

UNIVERSITE DE PARIS II PANTHEON-ASSAS

Faculté de droit et de Sciences Politiques

Ecole Doctorale de Droit Privé

**DOCTORAT
DROIT PRIVE**

Véronique Déborah COHEN

**La spécificité des contrats liés aux technologies issues du numérique.
Quelles singularités ces contrats présentent-ils, comparés à ceux du
monde analogique ?**

Tome I

Thèse dirigée par le Professeur émérite Francis Balle

Présentée et soutenue publiquement en vue de l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT

Le 16 décembre 2011

Jury :

Francis BALLE
Jacques BARRAT
Philippe BOULANGER
Jean-Marie COTTERET

Professeur émérite à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Professeur émérite à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Professeur agrégé à l'Université de Cergy-Pontoise
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

« Tout le talent d'écrire ne consiste après tout que dans le choix des mots. »
Gustave Flaubert, Extrait d'une Lettre, 22 juillet 1852

REMERCIEMENTS

A tous ceux qui m'ont aidée et soutenue durant la rédaction de ma thèse : cela n'a pas toujours été facile.

Je tiens à exprimer à Monsieur Francis Balle toute ma reconnaissance pour ses précieux conseils, sa gentillesse, sa patience, la grande disponibilité et l'attention qu'il a bien voulu porter à mon travail. Son travail m'a été extrêmement précieux.

Je remercie également Mme Huguette Pillant-Gomez et Mme Ghislaine Jean-Baptiste de la Mission Recherche du Centre Cujas pour leurs conseils avisés et leur accueil toujours chaleureux.

Je remercie ma famille pour son soutien, en particulier ma mère, ainsi que mes amis, en particulier, le Docteur en médecine, Pierre-Alain Mayeux, qui ont toujours cru en moi.

La spécificité des contrats liés aux technologies issues du numérique.

Quelles singularités ces contrats présentent-ils, comparés à ceux du monde analogique ?

RESUME

Les technologies issues du numérique ont donné naissance à des contrats qui nécessitent une approche particulière et qui posent parfois des difficultés de mise en œuvre, d'application, d'interprétation, et même de qualification, tant leur existence ne peut désormais plus être ignorée dans le paysage juridique. A cela, s'ajoute le fait qu'ils répondent à un réel besoin, à la fois de la part des praticiens du droit et des acteurs de ces contrats. C'est sans compter qu'ils se démarquent des conventions issues du monde analogique en de nombreux points, sachant que néanmoins, ils s'inscrivent dans le cadre d'une évolution logique et naturelle du droit. C'est ainsi que depuis quelques années, le droit voit se profiler des contrats imposant au législateur d'élaborer de nouveaux textes, en raison des lacunes juridiques encore grandes en la matière.

La question qui se pose d'emblée est alors de savoir quelle est leur place dans la vie juridique, et surtout, comment ils sont perçus et analysés par rapport à ceux plus « classiques » issus du monde analogique. Dès lors, d'autres interrogations s'enchaînent : dans quel type d'environnement évoluent-ils ? Quels sont les critères qui caractérisent le mieux les contrats liés aux technologies issues du numérique ? Et surtout, qu'est-ce qui les rend si spécifiques et si inédits par rapport aux autres contrats, et qu'est-ce qui fait leur essence même ?

On en vient alors à se demander si la dématérialisation de leur objet et leur orientation tournée vers les technologies influencent leur mode de formation et leur exécution. Autrement dit, quel est leur impact sur l'équilibre contractuel et quelles sont leurs implications juridiques concrètes ?

Une chose est sûre : si ces contrats font appel à un vocabulaire technique propre au monde numérique et que leur objet peut sembler de prime abord inédit et complexe, en réalité, il en est autrement, les prestations auxquelles ils renvoient étant au final, très proches de celles qui nous entourent depuis toujours.

MOTS-CLEFS :

CONTRAT, TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION, T.I.C., DROIT D'AUTEUR, PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE, PROPRIETE INDUSTRIELLE, LOGICIEL, LOGICIEL LIBRE, COPYLEFT, BASE DE DONNEES, AFFILIATION, AFFILIEUR, AFFILIE, INFOGERANCE, OUTSOURCING, EXTERNALISATION, MAINTENANCE, EVOLUTION, MISE A JOUR, BREVET DE PERFECTIONNEMENT, LICENCE, LICENCE DE DEPENDANCE, REFERENCEMENT, MOTEUR DE RECHERCHE, ANNUAIRE, LIEN HYPERTEXTE.

**The specificity of agreements linked to digital technologies.
What are their singularities, compared with the agreements of the
analogical world?**

ABSTRACT

Over the last decades, the fast-evolving technologies and the information and communication technologies (I.C.T) have been widespread in the current analogical world. They are engendered agreements which need a particular approach and which can't be ignored today, because of their difficulties of application, interpretation, and even of qualification. The analogical world failed to offer a legal framework to that innovative and dynamic digital world creating tremendous legal uncertainty. Consequently, the emerging lack of appropriate agreements forced policymakers, regulators and legislators to elaborate new governance, new regulation and new acts to respond to those needs and expectations issued of the Information Society. The purpose is also to answer to the real needs of the lawyers and the professors of Law.

These agreements are very different of the agreements of the analogical world in numerous points, but are inscribed in a logical and natural evolution of the Right of contracts. That's why, it's necessary to know what is their place in the legal life, and above all, how they are perceived and analyzed regarding the more "classical" contracts of the analogical world.

Furthermore, other questions may be asked : in which kind of environment they evolve? What is characterizing the contracts linked to the information and communication technologies? What makes them so specific and so particular compared with the other agreements? The dematerialization of technology centered object can influence their way of formation, their execution and the balance of the agreements? What are their legal implications?

If these agreements make reference to an specific and technical terminology of I.C.T., to the digital world, and if their object may be complex, in reality, the services generated by the Information Society are surrounding us in our daily life and are not different of the services we know since ever.

KEYWORDS :

AGREEMENT, INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES, I.C.T, COPYRIGHT, INTELLECTUAL PROPERTY, PIRACY, DIGITAL RIGHTS, SOFTWARE, FREE SOFTWARE, COPYLEFT, DATABASE, AFFILIATION, OUTSOURCING, MAINTENANCE, EVOLUTION, UPDATE, PATENT OF PERFECTIONNEMENT, LICENCE, GNU/GPL, CeCILL, REFERENCEMENT, SEARCH ENGINE, INDEX, HYPERTEXT LINK.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	3
RESUME	5
ABSTRACT	8
SOMMAIRE	10
SIGLES ET ABREVIATIONS	13
Introduction	19
Première Partie : Précarité et inégalité dans les contrats liés aux technologies issues du numérique	28
TITRE I : LES CONTRATS PORTANT SUR DES BIENS IMMATERIELS	31
CHAPITRE I : LES LICENCES D’UTILISATION DES LOGICIELS	33
Introduction	33
Section préliminaire : Brefs rappels sur la protection des logiciels par le droit d’auteur	42
Section 1 : La tentative de détermination du régime juridique des licences de logiciels	48
Section 2 : La licence de logiciel, un contrat précaire	71
Section 3 : La protection des logiciels par le droit des contrats : la rédaction des licences de logiciels ou des enjeux inégaux de part et d’autre	104
Conclusion	164
CHAPITRE II : LES LICENCES D’UTILISATION DES BASES DE DONNEES	168
Introduction	168
Section 1 : La protection juridique des bases de données.....	171
Section 2 : La protection des bases de données par le droit des contrats ou les licences d’utilisation de bases de données : la suprématie du producteur ...	187
Section 3 : Un retournement de situation ou la prédominance du licencié.....	228
Conclusion	239

TITRE II : LES CONTRATS PORTANT SUR DES PRESTATIONS DE SERVICES IMMATERIELLES	241
CHAPITRE I : LE CONTRAT DE MAINTENANCE	244
Introduction	245
Section préliminaire : Les différents types de maintenance	250
Section 1 : Le contrat de maintenance, contrat privilégiant les intérêts d'une partie	256
Section 2 : Le contrat de maintenance système ou le déséquilibre des relations contractuelles	271
Section 3 : Le contrat de maintenance logiciel ou des rapports de forces inégaux	322
Conclusion	337
CHAPITRE II : LE CONTRAT D'OUTSOURCING OU D'INFOGERANCE	339
Introduction	339
Section 1 : L'outsourcing, un projet réfléchi	341
Section 2 : La constatation du déséquilibre contractuel lors de la formation du contrat	360
Section 3 : La constatation du déséquilibre contractuel lors de l'exécution du contrat ou les clauses utilisées comme instrument créateur d'inégalité et de précarité	391
Conclusion	450
 Deuxième Partie : Les antidotes à la précarité et à l'inégalité des contrats liés aux technologies issues du numérique	452
 TITRE I : LIBERTE ET EGALITE CONTRACTUELLE	456
 CHAPITRE I : L'ANTIDOTE AUX LICENCES DE LOGICIELS : LES LICENCES DE LOGICIELS LIBRES	457
Introduction	457
Section 1 : Les licences de logiciels libres, remèdes aux licences de logiciels propriétaires.	469
Section 2 : Une liberté surveillée ou l'encadrement des logiciels libres par le droit d'auteur et par le droit des licences	490
<i>Sous-section 1 : L'articulation adroite entre le droit d'auteur et la liberté ou la compatibilité entre les deux notions</i>	490
<i>Sous-section 2 : L'encadrement des logiciels libres par les licences</i>	503
Conclusion	582

CHAPITRE II : L'ANTIDOTE A LA LICENCE D'UTILISATION DES BASES DE DONNEES : LE CONTRAT DE REFERENCEMENT	589
Introduction	589
Section 1 : Les moteurs de recherche et les annuaires comme antidotes aux bases de données	594
Section 2 : Le contrat de référencement ou l'expression de relations équilibrées	603
Conclusion	645
TITRE II : SOUPLESSE ET FLEXIBILITE	647
CHAPITRE I : L'ANTIDOTE AU CONTRAT DE MAINTENANCE : LE CONTRAT DE MISES A JOUR	648
Introduction	648
Section 1 : Les mises à jour informatiques ou un régime de souplesse et de liberté	653
Section 2 : La liberté surveillée des mises à jour ou l'hypothèse des brevets de perfectionnement	699
Conclusion	727
CHAPITRE II : L'ANTIDOTE AU CONTRAT D'OUTSOURCING : LE CONTRAT D'AFFILIATION SUR INTERNET	729
Introduction	729
Section 1 : Le contrat d'affiliation, un véritable partenariat	732
Section 2 : La rédaction du contrat d'affiliation, guidée par les intérêts respectifs des parties	747
Conclusion	838
Conclusion	842
ANNEXES	848
BIBLIOGRAPHIE	1042
INDEX	1061
TABLE DES MATIERES	1062

TABLE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

A.L.D.	Actualité législative Dalloz
al.	alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
AN	Assemblée nationale
anc.	ancien
ann.	Annexe
Ann. propr. ind.	Annales de la propriété industrielle
aff.	Affaire
Arr.	Arrêté
Art.	Article
ass. plén.	Assemblée plénière
BALO	Bulletin des annonces légales obligatoires
BC	
BLD	Bulletin législatif Dalloz
BOCC	Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation
BOPI	Bulletin officiel de la propriété industrielle
BRDA	Bulletin rapide du droit des affaires, Francis Lefebvre
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Cah. dr. auteur	Cahiers du droit d'auteur
Cah. dr. entr	Cahiers de droit de l'entreprise
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
Cons. conc.	Conseil de concurrence
C. consom.	Code de la consommation
Cons. const.	Conseil constitutionnel
C. pén.	Code pénal
C. pr. civ.	Code de procédure civile
C. trav.	Code du travail
c/	contre
CA	Cour d'appel
cass.	Cassation
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. réun.	Cour de cassation, chambres réunies
CCA	Commission des clauses abusives
CCC	Contrats, concurrence, consommation

Contrats, conc. consom.	Contrats, concurrence, consommation
CCE	Communication, commerce électronique
Comm. com. électr.	Communication, commerce électronique
CCI	Chambre de commerce internationale
CE	Communauté européenne
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CEE	Communauté économique européenne
cf.	confère
ch.	Chambre
ch. acc.	Chambre d'accusation
ch. cons.	Chambre du conseil
ch. corr.	Chambre correctionnelle
chap.	Chapitre
chron.	chronique ou partie « Chronique » (dans divers recueils et revues)
CGI	Code général des impôts
Circ.	circulaire
Circ. min.	Circulaire ministérielle
Civ. 1 ^{ère}	Cour de cassation, première chambre civile
Civ. 2 ^{ème}	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Civ. 3 ^{ème}	Cour de cassation, troisième chambre civile
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CMF	Conseil des marchés financiers
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNC	Conseil national de la consommation
coll.	collection
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale et financière
comm.	commentaire(s)
comp.	Comparer
concl.	Conclusion
Cons. CE	Conseil des communautés européennes
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnelle
Cons. Europe	Conseil de l'Europe
consid.	Considérant
consom.	Consommation
Cons. UE	Conseil de l'Union européenne
corr.	correctionnel(le)
conv.	convention
C. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire
C. pén.	Code pénal
CPC	Code de procédure civile

CPCE	Code des postes et des communications électroniques
CPI	Code de la Propriété Intellectuelle
CPT	Code des postes et télécommunications
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
crit.	Critique
CRT	
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
C. trav.	Code du travail
D.	décret
D.	Dalloz (recueil)
D. Aff.	Dalloz Affaires
D. Affaires	Dalloz Affaires
déc.	décision
dir.	Directive
dir.	directive communautaire
DIT	Droit de l'informatique et des télécoms (revue trimestrielle)
D.-L.	Décret-loi
doc.	Document/documentation
doctr.	partie « Doctrine » (dans divers recueils et revues)
DP	Dalloz périodique
Dr. pén.	Droit pénal
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen
éd.	édition(s)
épx/épse	Epoux/épouse
esp.	espèce
et a.	Et autre(s)
ex.	exemple
Expertises	Expertises des systèmes d'information (revue mensuelle)
fasc.	fascicule
G	général
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
gén.	général
id.	idem
ind.	Industriel(le)
INPI	Institut National de la Propriété Industrielle
IR	Partie « Informations rapides » (dans le Recueil Dalloz)
J.-Cl.	Juris-Classeur (Encyclopédies)
JCP	Juris-Classeur périodique (La Semaine juridique)
JCP E	Juris-Classeur périodique – Edition Entreprises et affaires
JCP G	Juris-Classeur périodique – Edition générale
JEX	Juge de l'exécution

JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JONC	Journal officiel (numéro complémentaire)
J.O.O.E.B.	Journal Officiel de l'Office Européen des Brevets
J.O.R.F.	Journal Officiel de la République Française
JONC	Journal officiel (numéro complémentaire)
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
Juris-Data	Juris-Data (base de données juridiques)
jurispr.	jurisprudence
L.	loi
Lamyline	base de données juridiques (www.lamyline.com)
L. const.	loi constitutionnelle
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites affiches
min.	ministre
n ^{o(s)}	numéro(s)
NP	Arrêt non publié au Bulletin civil de la Cour de cassation ou au Recueil Lebon
NPT	Arrêt titré non publié au Bulletin civil de la Cour de cassation ou au Recueil Lebon
obs.	observations
OEB	Office européen des brevets
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété industrielle
op. et loc. cit.	opere et loco citatis (dans l'ouvrage précité et au même endroit)
ord.	ordonnance
ord. réf.	Ordonnance de référé
p.	page
pan.	partie « Panorama » (dans divers recueils et revues)
PIBD	Propriété industrielle – Bulletin de documentation
plén.	plénière
préc.	précité
préf.	préface
Propr. industr.	Propriété industrielle
Propr. intell.	Propriétés intellectuelles
PV	procès-verbal
rapp.	rapport
Rec. CEDH	Recueil de la Cour européenne des droits de l'homme
Rec. CJCE	Recueil de la Cour de justice des communautés européennes
RCS	Registre du Commerce et des Sociétés
RD aff. int.	Revue de droit des affaires internationales
RD Banc. fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats

RD intell.	Revue de droit intellectuel
RD Propr. ind.	Revue du droit de la propriété industrielle (devenue depuis octobre 1991 la Revue du droit de la propriété intellectuelle)
RDTI	Revue du droit des technologies de l'information (éd. Larcier)
Rec.	Recueil
réf.	Référés
règl.	règlement
RLDI	Revue Lamy droit de l'immatériel
Rép. civ. Dalloz	Encyclopédie Dalloz ((Répertoire civil)
Rép. com. Dalloz	Encyclopédie Dalloz ((Répertoire commercial)
Rev.	Revue
Rev. conc. consom.	Revue de la concurrence et de la consommation
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RIPIA	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
RLDI	Revue Lamy Droit de l'immatériel
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RPI	Revue de propriété intellectuelle
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
s.	suivant
ss	sous
ss-sect.	sous-section
S.	Recueil Sirey
S.A.	Société anonyme
S.A.R.L.	Société à responsabilité limitée
section	section
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
Sté	société
suppl.	supplément
t.	tome
T. civ.	Tribunal civil
T. com.	Tribunal de commerce
T. confl.	Tribunal des conflits
T. corr.	Tribunal correctionnel
TDA	Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance

TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trim.	trimestrielle
UE	Union européenne
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
vol.	volume

INTRODUCTION

1. Il paraît loin le temps où les contrats étaient conclus simplement, entre deux personnes physiques situées en un même lieu et qui apposaient leur signature manuscrite sur un document papier pour valider leur engagement... Cela semble presque désuet à notre époque, compte tenu de l'évolution des technologies qui permettent notamment à tout à chacun de conclure des transactions via Internet, et de l'évolution du droit qui reconnaît la même valeur à la signature électronique et à la signature papier.¹ A cela, s'ajoutent des considérations écologiques cherchant à éliminer au maximum les documents papier et à limiter les stocks et les archives. La dématérialisation des contrats est donc devenue un phénomène naturel, que ce soit au niveau de sa formation que de son objet emprunt de technologies numériques.

Ainsi, la donne a plus que changé aujourd'hui : elle est bouleversée, les contrats pouvant être conclus de différentes façons, ce qui sous-entend que les consentements peuvent s'exprimer sous des formes inédites. Ce sera par exemple le cas pour les « *shrink-wrap licences* » de logiciels où le consentement est exprimé du fait du déballage du support renfermant lesdits logiciels, ou les « *click-wrap licences* » tant pour les logiciels libres que pour les logiciels propriétaires, pour lesquels il suffit de cliquer à un endroit précis pour valider son adhésion à une licence.

2. Outre le consentement, c'est le contrat dans son ensemble qui est remis en cause. Certes, un tel bouleversement ne date pas d'hier, dans la mesure où depuis une dizaine d'années, le Code civil a assoupli les règles de formation des contrats liées aux technologies issues du numérique par rapport aux contrats dits « classiques ».² Désormais, le moment et le lieu de formation du contrat, ainsi que la loi applicable sont déterminés avec plus de souplesse, le droit et la jurisprudence reconnaissant la validité des contrats « entre non présents », et même entre personnes qui ne se « connaissent pas ». De tels propos peuvent surprendre : en réalité, il s'agit de contrats conclus entre deux personnes qui ne se sont jamais vues et qui ne se verront peut-être jamais, telles

¹ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O.R.F. n° 62 du 14 mars 2000, p. 3968.

² Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, précité.

qu'une personne morale et une personne physique, ou même entre deux personnes morales, par exemple, dans le cadre d'une licence de logiciel ou d'utilisation de bases de données conclue en ligne, ou encore dans le cadre d'un contrat d'affiliation ou de référencement. A cette donnée inconnue, s'ajoute encore la présence nécessaire d'acteurs techniques comme le réseau, le serveur et l'hébergeur pour que la conclusion du contrat soit effective. Des intermédiaires ont également fait leur apparition, comme les plate-formes d'affiliation qui mettent en relation des affiliés et des affiliés. Ces « nouveaux » professionnels conduisant à l'élaboration de solutions spécifiques. A l'inverse, dans le monde analogique, les parties se connaissent, ne sont pas des « inconnus » l'une envers l'autre.

De plus, dans de telles hypothèses, le contrat est souvent d'adhésion : l'*intuitus personae* est absent, voire peu important, du moins du côté de la partie « forte », par opposition à la partie « faible » dont la décision de s'engager est souvent subordonnée à la notoriété de son cocontractant et à la qualité des produits ou des prestations qu'il propose. Si les rapports analogiques ont su se transposer avec plus ou moins de facilité à la dimension numérique¹, le droit a dû y faire face afin qu'ils n'échappent pas à tout cadre légal. C'est le cas notamment des licences de logiciels, des licences d'utilisation de bases de données, des contrats de publicité...

3. L'immatérialité touchant les contrats liés aux technologies n'est pas sans poser quelques problèmes d'application et d'interprétation quant aux règles relatives à leur formation, à leur exécution, et quant à la détermination de leur lieu de conclusion et de leur objet. C'est sans compter ceux posés par les données -par nature immatérielles- véhiculées par ces contrats. Une telle dématérialisation n'est donc pas sans conséquence, dans la mesure où par exemple, les parties peuvent se délocaliser artificiellement en changeant leur adresse électronique. Et l'on sait qu'en l'absence d'un élément de rattachement, leur localisation est incertaine, ce qui peut générer des problèmes d'application de la loi et des questions concernant la partie à « privilégier ».

La langue en tant qu'élément de rattachement du contrat n'est pas non plus en reste car, parfois, l'une des parties n'a pas d'autre choix que d'accepter un contrat en langue étrangère pour y adhérer. Soit elle n'aura pas compris un traître mot du contrat : c'est

¹ Parmi ces rapports, il y a le b to b (business to business), le b to c (business to consumer) ou encore le c to c (consumer to consumer).

notamment ce qui se produit avec les licences de logiciels libres telle que la licence GPL (General Public Licence) ou même certaines licences de logiciels propriétaires, encore que certaines traductions existent sur des sites spécialisés, avec toutefois la remarque que les licenciés n'iront pas les chercher systématiquement. Soit, la partie aura compris les grandes lignes du contrat, c'est-à-dire l'essentiel, mais pas l'intégralité, ce qui peut lui réserver quelques surprises, notamment en cas de litige ultérieur.

Notons que ces contrats présentant un élément d'extranéité se sont multipliés ces dernières années. Les conséquences ne sont pas négligeables, puisque de plus grandes perspectives sont offertes aux contrats conclus en ligne tels que, entre autres, les licences de logiciels, les licences d'utilisation de bases de données, les contrats de mises à jour, les contrats d'affiliation, les contrats de référencement de sites Internet...

4. Par ailleurs, le fait que les biens ou les prestations objets des contrats liés aux technologies de l'information et de la communication (T.I.C.) soient consommés en ligne -c'est ce qui se passe dans le cadre des contrats de louage d'ouvrage ou d'entreprise pour la fourniture d'informations, des licences d'utilisation de bases de données, des licences de logiciels, des mises à jour informatiques...- ne les dénie pas de toute substance, ni de tout sens. Ils apportent encore de l'eau au moulin à la distinction de ces contrats avec les contrats « traditionnels » où leur objet s'exécute « matériellement », concrètement, et nécessitent de s'interroger à leur égard d'une façon inédite. De telles technologies ont donc engendré une manière d'être, voire d'exister de contrats dont l'essence est, par nature, immatérielle et pour lesquels il est nécessaire d'intégrer à la structure les aspects de la dématérialisation. Dès lors, c'est en toute légitimité qu'il peut être affirmé que ces contrats vont se présenter comme ceux qui sont le résultat d'une confrontation entre le droit et l'évolution de la technique, comme l'avait été avant eux les contrats apparus à la suite de l'évolution des supports d'écriture, d'imprimerie, de technologies analogiques¹, immatérielles²... Ces contrats sont aujourd'hui banalisés et n'ont rien de nouveau, même si leur exacte qualification pose encore problème, avec tout ce qui en découle, à savoir le régime juridique et la loi applicable, les problèmes d'interprétation, la nature des obligations contractuelles et leur modes d'extinction, les conséquences de leur inexécution, les règles de

¹ Par exemple, les enregistrements audiovisuels.

² Par exemple, la radiophonie et la télévision hertzienne, laissant place ensuite à la télévision filaire et satellitaire.

responsabilité, de preuve, de capacité, notamment lorsque des mineurs adhèrent en ligne aux contrats, les conséquences de la nullité... Si pour les contrats « classiques » du monde analogique, le contentieux concernera surtout l'exécution ou l'accord des volontés, pour les contrats liés aux T.I.C., s'ajouteront les problèmes relatifs à leur formation sur les réseaux, les problèmes de mise en œuvre, de preuve, de sécurité, de traitement éventuel des données personnelles... De façon générale, leur appréhension ne se fera pas sans difficultés, qu'ils soient conclus en ligne ou non, même si aujourd'hui, ils sont intégrés au paysage juridique en raison de leur recours fréquent par les acteurs de la Net économie.¹ Le risque est que de nouvelles qualifications ou des qualifications *sui generis* voient le jour si des questions spécifiques nécessitent un traitement particulier. Car, le modèle de ces contrats est loin d'être le même que celui des contrats « classiques » tels que la vente. Un conseil judicieux à donner aux intéressés serait de ne jamais diviser un contrat lorsque l'objectif est de le qualifier, sinon de l'envisager de façon globale, avec la plus grande précision. A défaut, il y aurait atteinte à son unité.

5. Il est vrai que des incertitudes peuvent être légitimes, le droit français étant une discipline traditionnelle, rigoureuse, ancienne, et aux évolutions parfois lentes selon le domaine visé, alors que l'informatique et les technologies en général sont des disciplines plus récentes, tournées vers le progrès et l'innovation et évoluant rapidement. De plus, les technologies issues du numérique peuvent être des outils pour le droit² (notamment lorsque les contrats sont conclus à distance, par le biais de l'Internet avec la signature électronique exprimant l'expression d'un consentement) ou des objets de droit (par exemple dans les contrats de maintenance informatique, les contrats d'outsourcing...) selon les cas de figure envisagés. C'est pourquoi, lorsque le droit est confronté avec les technologies, des problèmes surgissent. Un double mouvement s'observe : le droit est tenu de s'adapter aux technologies en même temps que les technologies se doivent de s'adapter au droit. C'est sans compter les enjeux juridiques soulevés par le droit de la propriété intellectuelle tenu de s'adapter au contexte des réseaux et de la communication numérique, et révélant son lien étroit avec le droit des contrats et ces mêmes technologies dont les objets sont abstraits, immatériels, et parfois complexes. Ce qui a donné lieu à des évolutions législatives pour

¹ *La net économie*, A. Muller, PUF, coll. Que sais-je ? 2001.

² Dans une autre optique, l'informatique est un outil pour le droit, s'agissant des bases de données juridiques largement utilisées par les juristes, ainsi que des matrices informatiques de modèles de contrats qui aident à leur rédaction, et à celle d'actes juridiques en général. L'informatique oblige alors à envisager le contrat sous un angle autre que celui du papier.

tenir compte des nouvelles situations et problématiques juridiques, et notamment pour combler quelques lacunes en la matière. Le but étant notamment de « mettre de l'ordre » dans le droit des contrats et, par voie de conséquence, dans le droit en général. Pour y parvenir, la pratique contractuelle est très utile : elle permet aux praticiens du droit et aux acteurs des contrats de sortir d'impasses et de créer de nouvelles règles juridiques. Elle contribue également à enrichir le droit des contrats et à inspirer la création d'autres montages contractuels, voire de toute une catégorie de contrats. Ainsi, les contrats liés aux technologies issues du numérique pourront être utilisés comme des instruments pour évaluer le droit, c'est-à-dire comme des indicateurs mesurant la protection légale et son efficacité. En parallèle, seront mesurées les performances de ces contrats, tant à travers les enjeux qu'ils suscitent que des difficultés qu'ils soulèvent, sachant que le choix d'y recourir constituera un enjeu en lui-même. Cela permettra d'appréhender plus sereinement la portée effective des droits de chacune des parties.

6. La facilité des échanges entre parties et la multiplication des contrats liés aux technologies issues du numérique donneront encore lieu à des questions sur les droits d'auteur concernant les contenus véhiculés par les réseaux. Dès lors, la confrontation du droit à ce nouvel objet a conduit à son évolution inévitable et il est alors possible d'affirmer que de tels contrats sont désormais loin de ce qu'ils étaient lors de leurs premiers balbutiements, c'est-à-dire au début de l'ère du numérique, d'autant qu'ils se sont parfaitement et naturellement intégrés dans le cadre de la pratique contractuelle et que certains d'entre eux sont bien ficelés. En d'autres termes, le paysage juridique n'a pas été radicalement bouleversé dans la mesure où ces contrats s'y sont progressivement profilés et y ont trouvé une place légitime. Aujourd'hui, leur essor et leur place dans les rapports contractuels sont indéniables et un tel mouvement n'est pas prêt de s'arrêter. Ce sera le cas si l'homme renonce à tout progrès social et technique, avec les répercussions inévitables sur l'évolution du droit. Or, il n'est pas de la nature de l'homme de mettre un frein à tout progrès, quel qu'il soit. Le droit doit donc suivre son évolution naturelle et montrer que chaque convention répond à une utilité ainsi qu'à un intérêt pratique.

7. Au-delà de toutes ces considérations, il faut relever que ces contrats créent un déséquilibre évident au niveau des relations contractuelles, associée à une précarité de la partie dite faible. En effet, une absence de réciprocité au niveau des obligations est

observée, l'une des parties étant davantage soumise à des obligations que l'autre. Il y aura toujours une partie qui « dominera » l'autre, ce qui s'observe également dans des contrats du monde analogique. Si la partie faible se retrouve dans une telle situation, c'est parce que, soit elle l'a choisi en adhérant à un contrat-type, soit elle n'a pas correctement négocié les termes du contrat, et dans ce cas, la précarité est le résultat de l'absence de mise en avant de ses desideratas, de ses besoins et de ses attentes. Cela se produit notamment lorsque la partie visée n'a pas les compétences suffisantes pour défendre ses intérêts et faire valoir ses droits. Ainsi, dans les contrats où il suffit de cliquer pour valider son engagement, la partie concernée n'a aucune marge de manœuvre : elle n'a que deux alternatives qui sont, soit d'adhérer au contrat en cliquant, soit de refuser en s'abstenant de le faire.

Aborder ces contrats ne se fait donc pas sans difficulté : rares sont les situations où les rapports de force entre les parties se définiront de façon aisée. Il ne sera pas non plus évident de prouver que la partie faible a donné son consentement en connaissance de cause, même si celui-ci est virtuellement donné, qu'une page-écran récapitulant les conditions contractuelles s'est affiché sur son ordinateur et qu'il est possible, grâce aux moyens techniques, de retracer le chemin de la communication entre les cocontractants. Car, cela ne prouve pas qu'elle ait lu le contrat pour autant. C'est pourquoi, si l'interactivité et, de façon générale, les procédures automatisées ont généré de nouvelles formes de consentement facilitées, et qu'il n'est pas envisageable d'en conclure à une absence de volonté, cela n'a pas évité la survenance de problèmes. L'une des questions qui pourra se poser est celle de savoir s'il convient de protéger davantage ces parties dites faibles en raison de leur facilité à contracter.

8. Les conventions liées aux technologies issues du numérique nécessiteront parfois de s'interroger sur la théorie générale des contrats, sur ses principes de base et ses règles, sans pour autant les remettre en cause, sinon les remanier en fonction de l'environnement particulier dans lequel elles s'insèrent. En effet, toute convention, quel que soit son objet, informatique ou non, est la loi des parties et, par conséquent, ce qui a été convenu doit être respecté par elles.¹ Ce n'est pas tant l'objet de ces contrats qui les

¹ CA Paris, 5^{ème} ch. A, 20 mars 1985, deux arrêts, JCP éd. E, 1986, I, 15106, n° 13, obs. M. Vivant et A. Lucas.

rend spécifique que la particularité de cet objet qui est important et qui doit être retenu.¹ A titre d'illustration, les logiciels -qu'ils soient propriétaires ou libres- les bases de données, les sites Internet, les systèmes informatiques, les liens hypertextes, les moteurs de recherche, les annuaires... sont autant d'objets de droit touchant à l'informatique et aux technologies qui se sont démarqués par rapport aux objets auxquels le droit est habitué. Néanmoins, le droit y a toute sa place, de même que les obligations d'information, de conseil, de mise en garde et de collaboration, sachant que celles-ci seront davantage accentuées dans le domaine des T.I.C.

9. Toutefois, les contrats liés aux technologies issues du numérique n'étant pas prévus par la loi, ils se verront appliquer les règles de contrats qui, eux, bénéficient d'un cadre juridique bien défini et qui s'en rapprochent le plus. Autrement dit, sera mis en place un cadre contractuel cohérent, compréhensible, applicable, et surtout sécurisé pour les personnes, les biens et leur environnement, afin que l'objet visé se déroule dans des conditions optimales. Un vocabulaire technique, propre au monde numérique auquel les rédacteurs devront se familiariser et renvoyant à des objets de droit parfois complexes, sera utilisé en même temps qu'un vocabulaire juridique plus traditionnel. Cela permettra de donner une identité particulière au contrat visé. De plus, des règles plus spécifiques, propres à chaque situation contractuelle, s'ajouteront. Il s'agit de règles qui se formalisent jour après jour et qui s'intègrent, s'incorporent dans les règles de droit. Les juristes et les acteurs des contrats ont conscience des efforts réalisés en la matière et de ceux qu'il reste à faire pour que les contrats liés aux T.I.C. soient les plus fiables et les plus efficaces possibles.

Des contrats ont ainsi posé quelques problèmes tels que les licences de logiciels, notamment au niveau de leur qualification et de leur interprétation. C'est sans compter les distinctions qui se sont imposées entre le support du logiciel et l'œuvre logicielle elle-même, les deux devant être envisagés séparément (cf. : art. L. 111-3 al. 1^{er} CPI).²

¹ *L'informatique dans la théorie générale du contrat*, M. Vivant, D. 1994, p. 117. Cette chronique a été présentée lors du Congrès international de Saragosse (Espagne), *Sobre la reforma del derecho contractual y la protección de los consumidores* (A propos de la réforme du droit des contrats et de la protection des consommateurs), novembre 1993.

² « *La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel* ».

10. Si les contrats liés aux technologies issues du numérique présentent des avantages, ils présentent également des inconvénients du fait que certains d'entre eux engendrent des situations contractuelles précaires, du moins pour l'une des parties, et par conséquent, une inégalité au niveau de la protection des intérêts en présence, ainsi qu'un déséquilibre contractuel avéré (Première Partie). Les contrats portant sur des « biens » immatériels tels que les licences de logiciels propriétaires (Titre I, Chapitre I) et les licences d'utilisation de bases de données (Titre I, Chapitre II) dont les objets respectifs portent sur des créations à statut particulier et à protection toute aussi particulière, ainsi que les contrats portant sur des prestations immatérielles tels que les contrats de maintenance (Titre II, Chapitre I) ou d'infogérance (Titre II, Chapitre II) pâtiront de cette situation, même si certains d'entre eux se veulent imaginatifs et innovants.

Une simple étude descriptive et laborieuse de ces contrats serait dépourvue d'intérêt. C'est pourquoi, afin que l'analyse soit la plus exhaustive et la plus intéressante possible, il serait nécessaire d'expliquer quels sont leurs apports au droit des contrats tout en leur portant un regard particulier par rapport aux contrats du monde analogique. Une analyse d'un point de vue pragmatique, compte tenu de leur objet abstrait, dématérialisé, et du fait que leur essor n'est pas prêt de s'arrêter, sera envisagée. Cela permettra de savoir ce qui caractérise ces différents contrats, quels sont leurs points communs, et si certains de leurs aspects l'emportent sur d'autres. Tous ces éléments méritent attention et seront au cœur de notre réflexion.

L'intérêt est aussi de définir l'étendue des rapports contractuels et de comprendre comment ils s'articulent, afin d'appréhender de manière efficace les difficultés posées par les technologies issues du numérique dans un contexte contractuel, et à l'inverse, de comprendre les difficultés posées par les contrats lorsqu'ils ont pour objet ces mêmes technologies. Différentes branches du droit étant susceptibles de se combiner ou d'intervenir séparément pour assurer à l'objet de ces contrats une protection quasi-complète, cela rend d'autant plus intéressante l'analyse et montre qu'appréhender de tels contrats n'est pas si aisé qu'il y paraît. Il faudra alors s'interroger sur leur pertinence pour justifier le choix d'y recourir plutôt que d'opter pour une autre solution.

11. En outre, il faudra éviter de tomber dans le cliché selon lequel les contrats orientés vers les technologies ne sont « que » des contrats informatiques, alors qu'ils offrent de nombreuses et diverses possibilités, que leur diversité est grande, et qu'ils sont conçus pour évoluer vers de nouvelles sphères. Fort heureusement, des montages contractuels remédieront à la situation d'inégalité et de déséquilibre engendrés par ces contrats, en conciliant les intérêts de chacune des parties et en apportant souplesse, liberté et égalité, afin de ne pas réduire à néant une relation contractuelle avant même qu'elle n'ait commencée, et afin de ne pas faire fuir tout cocontractant potentiel (Seconde Partie). Dans ce contexte, les acteurs sont plus que de simples parties : il s'agit de véritables partenaires pour lesquels les valeurs immatérielles prennent de l'importance. Un tel phénomène s'observe tant dans le cadre des licences de logiciels libres (Titre I, Chapitre I), que des contrats de référencement (Titre I, Chapitre II), de mises à jour (Titre II, Chapitre I) ou d'affiliation (Titre II, Chapitre II) qui constituent les antidotes aux contrats étudiés en première partie et qui représentent autant de défis pour le droit en raison de leur objet et de leur construction même.

Première Partie : Précarité et inégalité des contrats liés aux technologies issues du numérique

12. Les contrats liés aux technologies issues du numérique, qu'ils portent sur des biens immatériels -logiciels et bases de données- ou sur des prestations de services, telles que la maintenance informatique et logicielle ou encore l'infogérance, présentent des caractéristiques que l'on ne peut ignorer. En effet, s'ils se veulent inédits par rapport aux contrats issus du monde analogique, et cela, dès leur conclusion, notamment par leur mode de formation et la qualité des parties pouvant entrer en relation contractuelle, la souplesse qui leur est octroyée par le droit ne les autorise pas à être incohérents au niveau de leur contenu et de leur exécution. Autrement dit, leur organisation et leur encadrement sont impératifs et doivent être stricts. A cela, s'ajoute le fait qu'ils posent des problèmes de mise en œuvre, d'application, d'interprétation, et même de qualification qui doivent être résorbés à bon escient.

13. De plus, ces contrats révèlent une inégalité au niveau des relations contractuelles et sont créateurs d'une précarité et d'un déséquilibre évidents, ce qui pourrait surprendre compte tenu de l'impact et de l'engouement qu'ils suscitent à l'époque actuelle. De tels effets constituent des obstacles freinant la conclusion de ces conventions, car certains « candidats » peuvent s'avérer réticents à devoir surmonter de telles difficultés. Des caractéristiques des contrats liés aux technologies issues du numérique dépend alors leur succès auprès du plus grand nombre.

Si leur spécificité mérite d'être relevée à bien des égards, notamment s'agissant de leur nature et de leur essence même, il n'en demeure pas moins que leurs conséquences sur un plan juridique sont loin d'être habituelles. Dès lors, les avantages qui semblaient représenter au départ des atouts indéniables se transforment rapidement en inconvénients, et non des moindres.

14. Pourtant, ces contrats sont devenus incontournables dans une société qui ne peut plus se passer des technologies. Sont ainsi visés les licences de logiciels, les licences d'utilisation des bases de données, les contrats de maintenance et d'infogérance. C'est sans compter leur adaptabilité par rapport aux situations qui se présentent et, de façon générale, par rapport à leur environnement. Tout cela est essentiel et mérite d'être relevé à plus d'un titre.

Ainsi, que ces contrats aient pour objet un logiciel ou une base de données (Titre I), ou une prestation de services telle que la maintenance ou l'outsourcing, (Titre II), la précarité et l'inégalité contractuelle sont observées, comme constituant des inconvénients majeurs à leur développement.

TITRE I : LES CONTRATS PORTANT SUR DES BIENS IMMATERIELS

15. Les contrats portant sur les biens immatériels que sont les logiciels et les bases de données doivent être étudiés avec attention pour toutes les raisons évoquées ci-avant. En premier lieu, s'agissant des logiciels spécifiques ou standards, ils existent depuis la création de l'informatique et, de ce fait, font l'objet de contrats aussi distincts que les licences, les cessions, les contrats de vente ou de location... Nous nous intéresserons ici uniquement aux licences car, leur analyse présente un intérêt particulier, notamment s'agissant de la détermination de leur régime juridique qui pose quelques difficultés. A cela, s'ajoutent la question de la protection des logiciels par le droit d'auteur et celle de la qualification exacte des licences de logiciels.

Contrat de transfert de technologies, la licence de logiciel est le cadre d'un investissement stratégique essentiel pour une entreprise, et non des moindres pour un particulier, en tant que bien économique et juridique. Son régime juridique demeure encore mal défini, qu'il s'agisse de logiciels spécifiques ou de logiciels standards, regroupés sous le nom de logiciels propriétaires. C'est sans compter la confusion encore trop fréquente entre logiciels et progiciels, pour lesquels la frontière étroite, entraîne des amalgames à prendre en compte.

16. En outre, l'impact de la qualification des licences ne sera pas superflue car, permettra de mieux cerner l'œuvre logicielle, ainsi que d'appliquer les règles les plus appropriées. Leur analyse détaillée montrera qu'il s'agit de contrats d'adhésion simplifiés dont les conséquences ne laissent pas indifférents. Dès le départ, leur formation soulèvera à la fois intérêt et interrogation : la manière dont le consentement est exprimé portera alors à discussion. En effet, de nouvelles formes de consentement sont apparues, par le biais de contrats spécifiques tels que les shrink-wrap licences -que l'on appelle aussi « licences de logiciels sous plastique »- ou les click-wrap licences, avec leurs implications juridiques particulières. Comparés aux contrats du monde analogique, de tels montages apparaissent inédits.

Quant à l'*intuitus personae*, il appellera également quelques observations à prendre en compte, afin d'appréhender de la manière la plus exacte possible les licences de logiciels. A l'inverse de la cession, ces dernières se révéleront radicalement différentes, précaires, instituant des relations fragiles entre parties. Leur rédaction révélera la présence de clauses savamment rédigées dans l'intérêt du concédant, de la clause objet à la clause résiliation. Pour rétablir l'équilibre entre les parties et limiter l'inégalité de leurs relations, des solutions efficaces et légitimes devront être trouvées.

17. En second lieu, s'agissant des bases de données, leur protection juridique amènera également quelques observations intéressantes, qu'il s'agisse de leur protection par le droit d'auteur, que de leur protection *sui generis*. Comme pour les licences de logiciels, les licences d'utilisation de bases de données seront rédigées en faveur de la partie forte, en l'occurrence le producteur de la base, quelles que soient la nature et la finalité de cette dernière. Malgré la bonne foi des parties, le licencié se positionnera dans une situation précaire. Quelques problèmes notamment relatifs aux manquements aux obligations contractuelles surgiront : des solutions efficaces et pérennes devront alors être apportées dans les meilleurs délais, et surtout, dans l'intérêt des parties. A cela, s'ajoute un déséquilibre évident au niveau des relations contractuelles qu'il faudra résorber afin de ne pas faire fuir les candidats potentiels aux licences. Il y va du succès et de la crédibilité de ces contrats. Leur portée amènera alors à s'interroger sur les rapports de force entre producteur de la base et licencié.

18. Ainsi, qu'il s'agisse de licences d'utilisation de logiciels (Chapitre I) ou de licences d'utilisation de bases de données (Chapitre II), leur analyse mettra l'accent sur l'inégalité qui sévit entre les parties, et sur la précarité dont souffre une partie en particulier. Leur opposition par rapport aux contrats issus du monde analogique sera également mise en évidence pour révéler une nouvelle approche du droit s'agissant des montages contractuels.

Chapitre I : Les licences d'utilisation des logiciels

Introduction

19. Historiquement, le logiciel existe depuis l'avènement de l'ère informatique, bien avant l'Internet et les réseaux numériques. C'est à cette période qu'il a commencé à soulever des questions, notamment juridiques. Dans les années soixante, le droit en la matière était pour ainsi dire inexistant et le logiciel n'était pas encore considéré comme un objet juridique. De plus, les programmes informatiques étaient liés de façon indivisible aux ordinateurs auxquels ils étaient destinés, autrement dit, au support, « l'hardware ». Chaque programme était alors spécifique d'une machine, puisque le logiciel n'en était qu'un accessoire, fût-il indispensable. Le logiciel n'avait pas de réalité propre, encore moins d'existence ou de statut juridique, bien que son utilité ne soit pas contestée. On aurait pu dire avec une certaine ironie que « *le software suivait le hardware* », par analogie avec l'expression selon laquelle l'accessoire suit le principal. Dès lors, les problèmes de compatibilité et d'interopérabilité étaient secondaires, même si l'importance de la valeur des logiciels était reconnue, ne serait-ce que pour faire fonctionner les machines.

20. Ce ne sera qu'au début des années quatre-vingt que les logiciels commenceront à avoir une existence juridique, économique et technique, indépendamment des ordinateurs auxquels ils sont associés, et qu'ils dépasseront la définition du simple programme informatique. Ils ne seront plus spécifiques de tel ou tel matériel, le terme « logiciel » prenant tout son sens, ce qui a ouvert la voie à un nouveau marché autonome des logiciels offrant à la vente des programmes, indépendamment des matériels sur lesquels ils peuvent être utilisés. Avant d'expliquer en quoi consistent les licences de logiciels et de les placer dans une dimension juridique, il est donc nécessaire de définir au préalable le terme de logiciel ou « software »¹ en anglais. Le Code de la propriété intellectuelle ne l'explique pas, ce qui peut surprendre, d'autant qu'il en régit le statut. C'est un arrêté du 22 décembre 1981 qui le définit comme « *l'ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au*

¹ Le terme « logiciel » a été créé pour contrecarrer l'emploi de son équivalent anglais « software ».

fonctionnement d'un ensemble de traitement de données ». ¹ La doctrine en donne également une définition : « *suite de commandes écrites comprises par les ordinateurs, après diverses transformations* » ² ou encore : « *programme d'instructions générales ou particulières adressées à une machine, en vue du traitement d'une information donnée.* » ³ Certains auteurs en donnent une définition pour la pratique contractuelle : le logiciel est « *l'application développée spécialement pour le client* », tandis que le progiciel est « *l'application informatique standard, adaptée aux besoins de plusieurs clients* ». ⁴

21. Concrètement, c'est un programme informatique dont les instructions permettent de faire réaliser certaines fonctions par un ordinateur ou une machine. Il est très utile puisque tous les équipements et systèmes informatiques tels que les routeurs, les modems et autres... ne peuvent fonctionner ensemble efficacement que parce qu'ils sont activés par un ou plusieurs logiciels. Ces derniers permettent aussi la communication au sein des réseaux tels que l'Internet. D'où, la diversité de leur utilisation. Au niveau du droit communautaire, la directive du 14 mai 1991 ⁵ en donne une définition plus large, puisque considère que le logiciel n'est pas « qu'un » programme informatique ⁶, ce dernier n'étant qu'un élément parmi les autres éléments

¹ Arrêté ministériel du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire informatique, J.O.R.F. du 17 janvier 1982, p. 624. A ce titre, la Commission générale de terminologie et de néologie des termes informatiques, placée sous l'autorité du Premier Ministre et dont le rôle est de contribuer à l'enrichissement de la langue française et de développer son utilisation, a beaucoup œuvré en ce sens. Elle est créée par le décret n° 96-602 du 3 juillet 1996 relatif à l'enrichissement de la langue française, J.O.R.F. du 5 juillet 1996, p. 10169. A côté d'elle, existent des commissions spécialisées telles que la « *Commission spécialisée de terminologie et de néologie en matière juridique* », instituée par arrêté ministériel du 16 février 1998 (J.O.R.F. n° 47 du 25 février 1998) ou encore la « *Commission spécialisée de terminologie et de néologie de l'informatique et des composants électroniques* », instituée par arrêté ministériel du 5 août 1997 (J.O.R.F. n° 195 du 23 août 1997).

Quant aux normes ISO, elles définissent le logiciel comme un « *ensemble de programmes, de procédés et règles, et éventuellement de la documentation auxiliaire* ». Il s'agit des normes ISO 9001 : 2000 et ISO/CEI 9126. *Ingénierie et qualité du logiciel et des systèmes*, Afnor, éd. Afnor, 2002, 2 Tomes 1 et 2.

² *Contrats informatiques et électroniques*, Ph. Le Tourneau, Dalloz, 6^{ème} édition, 2010/2011, n° 4.2, p. 168.

³ *Propriété littéraire et artistique*, P.-Y. Gautier, PUF, 6^{ème} édition, 2007, n° 121.

⁴ *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, n° 3101, p. 458.

⁵ Directive (C.E.E.) 91/250/CEE du Conseil des communautés européennes du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle (J.O.C.E. n° L 122 du 17 mai 1991, p. 42-46), modifiée par la directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (J.O.C.E. n° L 290 du 24 novembre 1993, p. 9-13). La directive de 1991 est codifiée par la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, J.O.C.E. n° L 111 du 5 mai 2009.

⁶ Ce texte définit le terme de programme informatique ou de « *programme d'ordinateur* » comme celui « *visant les programmes sous quelque forme que ce soit, y compris ceux qui sont incorporés au matériel ; il comprend également les travaux préparatoires de conception aboutissant au développement d'un*

immatériels constitutifs du logiciel et qui sont : le système d'exploitation (par exemple, Windows, MAC OS, Linux...), les applicatifs ou utilitaires qui font exécuter par l'ordinateur une ou plusieurs tâches déterminées (conception (CAO), dessin (DAO), fabrication (FAO), publication (PAO), enseignement (EAO) assistées par ordinateur, traitement de texte, tableur, traducteur, logiciels de comptabilité, de gestion, de jeux, systèmes de surveillance, navigation Internet, antivirus...), le firmware¹ ou programme intégré dans les circuits imprimés d'un matériel et gérant ses différentes fonctions, les spécifications externes, les instructions programmées nécessaires au traitement automatisé des données, le code source, le code objet ou exécutable², les interfaces de programmation ou graphiques, le matériel de conception préparatoire, le manuel d'utilisation, les structures des bases de données, la documentation de conception relative au programme... sans oublier le nom du logiciel susceptible d'être juridiquement protégé, s'il satisfait aux conditions légales. Le logiciel a donc des fonctions aussi différentes que celle de connexion, d'interactivité et de traitement.

La définition donnée du logiciel est alors la suivante : il s'agit d'« *un ensemble d'instructions qui a pour but de faire accomplir des fonctions par un système de traitement de l'information appelé ordinateur. Le programme, avec sa documentation auxiliaire et son matériel de conception préparatoire constitue le logiciel.* »³ Enfin, au niveau international, selon l'OMPI⁴, un logiciel est un ou plusieurs des objets suivants : un « *programme d'ordinateur* »⁵, une « *description de programme* »⁶ ou une « *documentation auxiliaire* ».⁷ A titre de comparaison, une loi américaine de 1976 sur le

programme, à condition qu'ils soient de nature à permettre la réalisation d'un programme d'ordinateur à un stade ultérieur. »

¹ Par firmware, il faut entendre logiciel interne qui permet à un appareil ou tout composant informatique de fonctionner. Il gère différentes fonctions telles que l'affichage, la navigation dans les menus, le décodage ou l'encodage, et est stocké sur la mémoire dudit appareil ou dudit composant. Le firmware témoigne de l'imbrication du logiciel et du matériel.

² Le code source et le code objet sont au cœur d'importants enjeux et débats juridiques, en particulier au niveau du procédé de décompilation, qui sera abordé plus loin.

³ Livre vert 1988, p. 170 et art. L. 112-2, 13° CPI.

⁴ OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle), Dispositions-types de l'OMPI relatives à la protection du logiciel, février 1979, art. 1^{er}.

⁵ Au sens de l'OMPI, un programme d'ordinateur est un « *ensemble d'instructions pouvant, une fois transposé sur un support déchiffrable par machine, faire indiquer, faire accomplir ou faire obtenir une fonction, une tâche ou un résultat particuliers par une machine capable de faire du traitement de l'information* » (art. 1 i. Dispositions-types de l'OMPI, précité).

⁶ Une description de programme est une « *présentation complète d'opérations, sous forme verbale, schématique ou autre, suffisamment détaillée pour déterminer un ensemble d'instructions constituant un programme d'ordinateurs correspondant* » (art. 1 ii. Dispositions-types de l'OMPI, précité).

⁷ Une documentation auxiliaire est « *toute documentation autre qu'un programme d'ordinateur ou une description de programme, créée pour faciliter la compréhension ou l'application d'un programme*

droit d'auteur définit le logiciel comme une suite d'instructions destinées à être utilisées directement ou indirectement dans un ordinateur pour obtenir des résultats.¹

22. D'un point de vue juridique, seuls les logiciels originaux sont protégés par le droit de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire ceux qui revêtent un caractère de nouveauté par rapport à ce qui existe déjà en la matière² et surtout, qui dénotent l'empreinte d'un effort ou d'un apport intellectuel de leur auteur. Le droit reconnaît à ce dernier des droits exclusifs, à condition toutefois qu'il ne s'agisse pas de copies pirates de programmes préexistants. Par ailleurs, tout élément du logiciel n'est pas protégé par le droit. C'est le cas de ses fonctionnalités.³

Il faut encore distinguer les « logiciels » des « progiciels » ou logiciels standards, termes fréquemment utilisés comme synonymes dans la pratique et qui, au surplus, font l'objet de confusions injustifiées. Cela se produit notamment dans des hypothèses où la présence du terme logiciel n'exclut pas qu'il puisse s'agir d'une convention portant sur un progiciel : le mot « logiciel » est alors utilisé dans le sens générique de programme. Il faudra se méfier des logiciels expérimentaux artificiellement qualifiés de progiciel.⁴ Notons que de nombreux Etats ont admis la protection du logiciel par le droit d'auteur.⁵

De même, dans cette optique, il devient plus que nécessaire de faire la distinction entre les licences respectives de ces deux réalités juridiques. Pour les licences de progiciels, il s'agira de contrats ayant pour objet l'utilisation de programmes informatiques déjà conçus et éprouvés, circulant comme des produits bien identifiés, et généralement, non modifiables.⁶ En revanche, les licences de logiciels organiseront l'usage de droits concédés sur des logiciels spécifiques, programmes informatiques avec tous leurs éléments accessoires établis sur la base d'un cahier des charges afin de répondre aux

d'ordinateur, par exemple des descriptions de problème et des instructions à l'usage d'un utilisateur » (art. 1 iii. Dispositions-types de l'OMPI, précité).

¹ Loi du 17 octobre 1976, « Copyright Act », section 101, modifiée en 1980: « *A computer program is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result.* »

² Pour le savoir, il faut se référer à l'état de l'art actuel.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 2005, n° 03-21.154, Juris-Data n° 2005-031257 ; JCP E 2006, 1896, note P. Masquart. Cet arrêt définit les fonctionnalités d'un logiciel comme : « *la mise en œuvre de la capacité de celui-ci à effectuer une tâche précise ou à obtenir un résultat déterminé.* »

⁴ *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Delmas, 6^{ème} édition, 2008, n° 503, p. 118.

⁵ Ainsi, les Etats-Unis ont adopté une loi n° 96517 le 13 décembre 1980, Taïwan en 1981...

⁶ *Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels*, Ph. Le Tourneau, JCP G 1982, I, 3078.

besoins d'une personne, futur utilisateur et futur licencié. En d'autres termes, le logiciel est particulier de par les spécificités techniques qui le caractérisent. A l'inverse, un progiciel¹ ou logiciel standard désigne un « *ensemble complet et documenté de programmes conçu pour être fourni à plusieurs utilisateurs en vue d'une même application ou d'une même fonction* ». ² La jurisprudence le définit d'ailleurs comme « *un produit standard qui ne répond pas à des préoccupations originales (...) et que fourni « pour un coût moindre, (il) n'a pas pour finalité d'inclure l'usage du code source du progiciel. (...) »* ³

23. Toutefois, malgré cette distinction entre logiciels et progiciels, tous deux bénéficient de la même protection juridique et sont considérés comme des biens incorporels pouvant faire l'objet d'un droit réel. Si les licences de progiciels sont naturellement non exclusives et interdisent donc toute sous-cession ou, de façon générale, tout droit pour le licencié de faire profiter un tiers du progiciel visé, en matière de logiciel, il en est autrement. En effet, l'exclusivité est possible ainsi que les sous-licences, si sont autorisées par une clause particulière.

S'agissant précisément des licences de logiciels, ces contrats ont longtemps suscité des interrogations -et en suscitent toujours- tant de la part des juristes, des praticiens, que des parties engagées contractuellement, telles que les éditeurs de logiciels, les auteurs, les particuliers consommateurs, les personnes morales... L'intérêt pour les logiciels est donc certain, y compris pour le législateur qui ne peut ignorer son évolution grandissante. Le terme « licence » a lui-même été longtemps inhabituel, voire dérangerant, et le logiciel n'a été véritablement pris en compte par le législateur qu'en 1985⁴, date à partir de laquelle il l'a inclus dans la catégorie des œuvres de l'esprit

¹ En anglais, le progiciel est désigné par le terme « *package* ». En français, il est la contraction des mots « *produit* » et « *logiciel* ».

² Arrêté ministériel du 22 décembre 1981, précité.

³ TGI Melun, 2 mars 1988, *OCI et Information/SCPA*, Revue Marchés Publics n° 245, octobre-novembre 1989. Un autre arrêt définit le progiciel comme : « *un ensemble cohérent et indépendant constitué de programmes, de services, de supports de manipulation ou d'une formation ou d'une documentation conçue pour réaliser les traitements informatiques standards, dont la diffusion revêt un caractère commercial et qu'un usager peut utiliser de façon autonome après mise en place d'une formation limitée.* » : CA Paris, 26 février 1999, RJDA 1999, n° 776.

⁴ La loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, J.O.R.F. du 4 juillet 1985, p. 7495.

protégées par le droit d'auteur, et institué un régime dérogatoire adapté à ses spécificités.¹

24. Puis, le droit communautaire s'en est mêlé car, consacre à ce sujet une directive², transposée en 1994 en droit français par une loi qui modifie le statut des logiciels³. L'objectif était de tenir compte de la réalité économique du logiciel, œuvre particulière, mais néanmoins œuvre de l'esprit, qui ne pouvait plus être ignorée. Dès lors, son régime juridique devait être créé, et surtout, organisé : à titre d'illustration, la rémunération de l'auteur et son droit moral devaient être envisagés en fonction de la spécificité du logiciel. Ainsi, la rémunération proportionnelle de l'auteur a laissé la place à une rémunération forfaitaire, et le droit moral de l'auteur a été envisagé différemment, dans le sens où il a été réduit « au strict minimum ». Depuis, le droit du logiciel n'a eu de cesse d'évoluer, et la jurisprudence a largement admis la protection du logiciel par le droit d'auteur, dès lors que celui-ci porte l'empreinte de la personnalité de son auteur.⁴ La conséquence est que ce dernier jouira pleinement du droit de propriété sur sa création, comportant des attributs patrimoniaux et des attributs moraux.

¹ Avant cela, en l'absence de protection légale spécifique, une partie de la doctrine et la jurisprudence faisaient bénéficier au logiciel des dispositions de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, J.O.R.F. du 14 mars 1957, p. 2723 : TGI Paris, 21 septembre 1983, D. 1984, 77, note Ch. Le Stanc ; Gaz. Pal. 1984, 1, 5, 1, note J.-R. Bonneau. TGI Paris, 27 juin 1984, Gaz. Pal. 23-24 janvier 1985, p. 8. *Contra* : CA Paris, 13^{ème} ch. A, 4 juin 1984, Gaz. Pal. 12-13 octobre 1984, p. 10, note J.-R. Bonneau ; JCP E, 1985, II, 14409, note M. Vivant. S'agissant de la doctrine en faveur de l'application de cette loi aux logiciels : *La protection par le droit d'auteur des œuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateurs en particulier*, E. Ulmer, RIDA 1972, 47. *La protection du logiciel par le droit d'auteur*, R. Plaisant, Gaz. Pal. 1983, 2, doct. p. 348. *La protection juridique du logiciel*, L. Goutal, D.S. 1984, chron. n° 33, p. 197. *Informatique et propriété intellectuelle*, M. Vivant, JCP 1984, I, 3169. *La protection juridique des logiciels*, Ch. Le Stanc, Cahiers Droit Entreprise, 1984, 3. Notons que la Convention universelle de Genève du 6 août 1952 sur le droit d'auteur (adoptée le 6 septembre 1952) imposa aux États signataires de protéger les logiciels par le droit d'auteur. L'art. 10-1 de l'accord ADPIC (Accord sur les aspects des Droits de Propriété Intellectuelle touchant au Commerce) d'avril 1994 et l'art. 4 du Traité OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur font de même.

² Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991, précitée. A l'origine, les logiciels étaient protégés pendant la durée de la vie de l'auteur, puis pendant 50 ans après sa mort. La directive de 1991 a supprimé cette durée de protection spécifique, affirmant que les logiciels, comme toutes les œuvres de l'esprit, sont désormais protégés durant toute la vie de l'auteur du logiciel, puis pendant 70 ans après son décès.

³ Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la directive (C.E.E.) n° 91-250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le Code de la propriété intellectuelle, J.O.R.F. n° 109 du 11 mai 1994, p. 6863. Cette loi a mis la législation française en conformité avec la directive européenne du 14 mai 1991 (voir infra).

⁴ TGI Bobigny, 11 décembre 1978, *Société Babolat c/Pachot*, Dossiers Brevets 1982, VI, p. 1. T. com. Paris, 18 novembre 1980, *Société Babolat c/Pachot*, Expertises 1982, n° 39, p. 1974.

CA Paris, 4^{ème} ch., 2 novembre 1982, *Société Babolat c/Pachot*, (appel interjeté contre le jugement précédent) Dossiers Brevets, 1982, VI, 1 ; Gaz. Pal., 1983, 1, 117, note J.R. Bonneau ; E.I.P.R., octobre 1983, note Ch. Le Stanc ; D. 1982, I.R. 481 ; P.I.B.D. 1982, 314, III, 261. *La protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur dans les pays d'Europe continentale*, Ch. Le Stanc, Dossiers Brevets 1979, IV, et *Copyright protection of computer software in civil law countries*, in *Legal protection of computer software* Oxford, E.S.C. publishing Ltd 1981, p. 92 s. Trib. Corr. Paris, 9 mars 1982, *Williams*

25. Environ une décennie après l'adoption en droit français de cette réglementation dérogatoire (art. L 122-6 et s. CPI), la pratique a donné naissance aux licences qui englobent tous les actes commerciaux portant sur le logiciel. Or, le terme de « licence » n'est pas utilisé par le Code de la propriété intellectuelle : seul le terme de « cession » l'est, ce qui peut prêter à confusion, licence et cession désignant des réalités différentes. De plus, la lecture du Code laisse penser que la cession englobe les licences, puisqu'envisage les situations qu'elles génèrent, mais sans faire de distinction entre les termes. Il y a alors confusion entre les deux, ce qui complexifie davantage la donne. Les situations justement visées par les licences de logiciels appelées aussi concessions d'un droit d'utilisation sont celles ayant pour objet « l'exploitation » desdits logiciels, pouvant aller du simple droit d'utiliser le logiciel à celui de le reproduire, de le diffuser, de le commercialiser, sachant qu'une telle hypothèse s'applique dans des cas particuliers : la nature et l'étendue des droits octroyés varieront selon le type de logiciel donné en licence. Ainsi, la licence de logiciel comprendra deux cas de figure différents : l'un consistant à concéder à un utilisateur ou licencié, un droit d'usage précaire et temporaire sur le logiciel, habituellement rémunéré sous forme de redevances périodiques. Et l'autre, conférant à l'utilisateur un droit définitif, habituellement rémunéré de façon forfaitaire, sachant que cela concerne surtout l'acquisition de logiciels dont la licence est inévitablement liée à l'achat de leurs supports. En effet, il est rare qu'une licence confère gratuitement à un tiers un droit personnel de jouissance. Toutefois, il faut là encore nuancer la portée de ce droit « définitif », dans la mesure où cela n'impliquera pas pour autant l'octroi de droits importants pour le licencié, notamment sur le terrain de la propriété intellectuelle.

electronics c/Presotto Jeutel, Dossiers Brevets 1982, I, 2. Trib. Corr. Paris, 8 décembre 1982, Dossiers Brevets 1983, *Affaire Atari*. TGI Paris, référé, 14 juin 1983, Gaz. Pal. 1983, I, 468, note J.-R. Bonneau ; D. 1983, I.R. 308. TGI Paris, 21 septembre 1983, *Apple c/Golem*, D. 1983, 79, note Ch. Le Stanc. **La Cour de cassation a admis la protection du logiciel par le droit d'auteur dans trois arrêts : Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, Société Babolat c/Pachot**, n° 83-10.477, Bull. Ass. Plén. 1986, n° 3, p. 5 ; D. 1986, p. 411, concl. Cabannes, note Edelman ; JCP éd. E, 1986, II, n° 14713, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant.

Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, Société Atari Ireland L.T.D. et autres c/Société Valadon Automation et autres, n° 84-93.509, Bull. Ass. Plén. 1986, n° 4, p. 6 ; JCP éd. E, 1986, II, n° 14713, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant : « *Un logiciel, dès lors qu'il est original, est une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur.* »

Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, Williams Electronics c/Presotto Jeutel, n° 85-91.465, Bull. Ass. Plén. 1986, n°4, p. 6 ; JCP éd. E, 1986, I, p. 15791, n° 5 : « *Pour que le logiciel soit protégé par le droit de la propriété littéraire et artistique, il doit être original.* » Dans l'arrêt *Société Babolat c/Pachot*, la Cour de cassation définit l'originalité : elle parle « *d'effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante* », et de « *marque de l'apport intellectuel de l'auteur* », critères subjectifs justifiant l'originalité. La matérialisation de cet effort devant résider dans une « *structure individualisée* », unique, donc propre à son inventeur (le programmeur).

26. D'une certaine façon, le développement de la pratique contractuelle viendra au secours du droit en comblant les lacunes juridiques en la matière. Car, la réalité montrera un écart entre ce qui est prévu par les textes et la réalité industrielle et économique du logiciel. Les développements qui suivent porteront sur les licences de logiciels spécifiques en grande partie, et dans une moindre mesure, sur les licences de logiciels standards. Le cas des licences de logiciels libres¹ sera écarté, faisant l'objet d'une analyse ultérieure (Deuxième Partie, Titre I, Chapitre I).

Notons encore que le logiciel est un bien meuble incorporel dont la valeur immatérielle ne nécessite pas moins, par son effet utile et son exploitation, un support matériel comme c'est le cas, par exemple, pour un livre, un CD musical... En effet, un logiciel se compose d'éléments de nature différente (cartes, lignes, bandes magnétiques...) et est matérialisé par un support magnétique (CD-ROM, anciennement les disquettes...) sur lequel il est enregistré. Dès lors, il faudra prendre en considération ces deux aspects du logiciel, matériel et immatériel, ce qui amène à un rapprochement avec certains contrats du monde analogique tels que les contrats d'édition entre un auteur et un éditeur, relativement à la publication d'un ouvrage... Mais, en matière logicielle, un support n'est pas indispensable, les programmes pouvant être téléchargés sur Internet.

Lorsqu'il s'agira d'appréhender les logiciels, ils seront alors impérativement distingués du matériel auquel ils sont destinés et dont ils commandent le fonctionnement, de leur support, ainsi que de l'objectif qu'ils cherchent à atteindre qui, au demeurant, n'est pas protégeable par le droit. Car, la protection d'un programme informatique, « bien » intellectuel, n'a rien à voir avec celle de ces éléments. De plus, la valeur économique d'un logiciel ne se trouve pas dans son support, sinon au niveau de sa performance technique. Autrement dit, ce n'est pas l'aspect physique, sinon les fonctionnalités du logiciel que l'on achète. Seuls importent les droits obtenus sur le logiciel, même si celui-ci est vendu dans un objet corporel. L'analyse des licences de logiciels comme contrat de transfert de technologie apparaît alors inédite par rapport à toute autre analyse effectuée sur les contrats portant sur des biens matériels.

¹ Les logiciels libres sont des logiciels « particuliers » dans la mesure où leur copie, leur distribution et leur modification sont encouragées par leurs auteurs. **Attention : cela ne signifie pas qu'ils sont libres de droits.** Comme les autres logiciels, ils font l'objet d'une protection par le droit d'auteur et, en aucun cas, ne font partie du domaine public. La différence principale réside dans le fait que leur exploitation est libérée des contraintes imposées par le droit d'auteur, grâce notamment au jeu de clauses particulières prévues dans les licences y afférentes.

27. Enfin, si le logiciel est susceptible de faire l'objet d'une protection diversifiée, tant sur un plan technique -par une sécurité physique au moyen du plombage, de verrous¹, de la lutte contre le piratage, les virus, les bombes logiques, les chevaux de Troie...- que juridique, par le biais de l'obligation partielle de dépôt légal² posée en 1992, et surtout, par le droit de la propriété intellectuelle regroupant une protection par le droit d'auteur et le droit de la propriété industrielle (droit des brevets, des marques, des dessins et modèles), le droit des contrats n'est pas en reste, en particulier celui des licences auxquelles nous nous intéresserons exclusivement, d'autant que des protections telles que celles assurées par le droit des marques ou des dessins et modèles demeurent nettement insuffisantes. A ce titre, seule la désignation commerciale du logiciel est protégée, et non le logiciel en tant que tel ; quant à la brevetabilité, elle n'est reconnue que si certaines conditions strictes sont réunies.³ Notons qu'un projet de directive

¹ Les verrous interdisent la duplication des logiciels et représentent une défense légitime contre les pratiques illicites sanctionnées par la loi.

² La loi n° 92-546 du 20 juin 1992 relative au dépôt légal, J.O.R.F. n° 144 du 23 juin 1992, p. 8167 (décret d'application n° 93-1429 du 31 décembre 1993 relatif au dépôt légal, J.O.R.F. du 1^{er} janvier 1994, p. 62), simplifie, unifie et modernise le régime du dépôt légal. Le dépôt du logiciel a pour but la collecte, la conservation de la mémoire collective, et la consultation des documents (art. 2 loi de 1992). Il est obligatoire (dès la mise à disposition du public du progiciel et si celle-ci est réalisée par la diffusion d'un support matériel : art. 1^{er} de la loi de 1992 précitée) et concerne uniquement les progiciels. Le déposant est l'éditeur du progiciel ou, à défaut, le producteur ou l'importateur. Le dépôt légal est effectué à la Bibliothèque Nationale, sans les sources, mais accompagné de la documentation relative au progiciel. Il n'a qu'une valeur déclarative : il date le moment de la divulgation d'une œuvre. L'intérêt pour l'auteur déposant est alors lié à l'exercice de ses droits patrimoniaux car, le dépôt fixe la date de la création logicielle et de son contenu. Si le dépôt légal n'assure à son auteur aucune « réservation » du logiciel en tant que création faite, il demeure important dans une démarche de protection, dans la mesure où il permet à un auteur de revendiquer certains de ses droits.

³ En France, contrairement aux Etats-Unis ou au Japon, les programmes d'ordinateur ne sont pas de véritables inventions brevetables (art. L. 611-10, 2 c) : « *Ne sont pas considérées comme des inventions les programmes d'ordinateurs.* » La brevetabilité des logiciels a été écartée par la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention, ainsi que par la Convention de Munich du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens (CBE), entrée en vigueur pour les premiers Etats signataires dont la France le 7 octobre 1977.

Par principe, **les logiciels ne sont pas brevetables (il faut entendre les logiciels « bruts », pris isolément, « en tant que tels »)**, sauf s'ils mettent en œuvre un procédé technique informatisé ou procédé industriel consistant non en « *une formule abstraite, mais dans une succession d'étapes concrètes, matériellement exécutées* ». La Cour d'appel de Paris l'a admis car, le logiciel en cause effectuait des opérations concrètes et le procédé en question mettant en œuvre des logiciels ne se réduisait pas à ces logiciels. Dès lors, la forme du programme n'excluait plus la possibilité d'un **effet technique**, qui est l'une des trois conditions de protection par le droit des brevets : CA Paris, 15 juin 1981, *Schlumberger*, Dossiers Brevets 1981, III, p. 1. A partir de cette date, la jurisprudence admet la **brevetabilité d'un logiciel intégré dans un procédé industriel brevetable**.

Par conséquent, si un tel procédé technique est nouveau et brevetable, tous les éléments qui le composent le sont, tels que le logiciel qui pilote ledit procédé. Toutefois, il faut que le logiciel soit un élément essentiel du procédé industriel. En conclusion, **seul l'objet ou le procédé dans lequel est impliqué un logiciel est brevetable**. Quand un logiciel est inclus dans un ensemble technique plus vaste, il n'est pas frappé de non-brevetabilité, car l'exclusion ne vise pas les dispositifs matériels permettant la mise en œuvre du programme ou obtenus grâce à la mise en œuvre d'un ordinateur. Autrement dit, n'est brevetable qu'une invention comportant un programme d'ordinateur qui se présente comme une étape de fonctionnement de l'invention revendiquée.

européenne du 20 février 2002 a proposé de reconnaître la brevetabilité du logiciel, mais a été abandonné. La présidente de l'Office Européen des Brevets a alors saisi le 24 octobre 2008 la Grande Chambre des Recours de cet organisme pour que soit tranchée la question de la brevetabilité des logiciels. Cette saisine a été déclarée irrecevable le 12 mai 2010 pour raison d'incompétence matérielle.¹

Hormis la protection des logiciels par les moyens précités, s'ajoutent les protections par le droit du savoir-faire, le droit pénal (pour sanctionner le délit de contrefaçon), le droit commun de la responsabilité civile (par exemple, l'action en concurrence déloyale, l'action contre le parasitisme...) et pénale...

28. C'est ainsi qu'au travers de ce chapitre, il sera démontré que le choix de la licence est fondamental pour les parties : en dépend la façon dont sera exploité le logiciel visé. C'est un choix stratégique qui ne doit pas être pris à la légère. Déterminer le régime juridique des licences de logiciels est donc essentiel (Section 1) afin de les analyser avec précision, de révéler la situation précaire du licencié (Section 2), et d'appréhender au mieux leur rédaction (Section 3). Mais, au préalable, il est nécessaire de rappeler les principes de base de protection des logiciels par le droit d'auteur (Section préliminaire).

Section préliminaire : Brefs rappels sur la protection des logiciels par le droit d'auteur

29. Par définition, le droit d'auteur est un droit exclusif accordé à son titulaire, c'est-à-dire au créateur de l'œuvre de l'esprit en question, de le copier, de le modifier, de le reproduire, de l'adapter, de le traduire, de le commercialiser... en tout lieu, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit. Après tout, c'est son œuvre : il peut en faire

Pour l'Office Européen des Brevets (O.E.B.), un programme informatique peut être breveté « *en tant que tel* » si une fois mis en œuvre ou chargé sur un ordinateur, produit ou est capable de produire un effet technique allant au-delà des « *interactions physiques normales existant entre le programme et l'ordinateur sur lequel il fonctionne* ». Dans une décision « *IBM* », l'une des chambres de recours de l'O.E.B. a estimé que le logiciel visé avait un **véritable aspect technique spécifique, nouveau et inventif, et que de ce fait, était brevetable** : O.E.B., 1^{er} juillet 1998, *IBM*, CRT, T. 1173/97, J.O.O.E.B. 1999, p. 609. Dès lors, le critère retenu pour qualifier une invention de brevetable est « *la contribution à l'état de la technique de l'invention considérée dans son ensemble* ». De même, la décision de l'OEB « *Koch* » du 21 mai 1987, TOO26/86 suit le même raisonnement.

Rappelons les conditions de brevetabilité des inventions : être **nouvelle**, c'est-à-dire n'avoir jamais été portée à la connaissance du public antérieurement ; être **inventive**, c'est-à-dire apporter à l'état de l'art antérieur une amélioration non triviale pour l'homme de métier ; être **industrielle**, autrement dit impliquant un « *effet technique* », voire un « *effet utile* ».

¹ Toutefois, la Grande Chambre des Recours n'écarte pas la protection du logiciel par le brevet dans le sens où elle renvoie à la jurisprudence des chambres de recours de l'OEB. Voir site de l'APRIL en faveur du logiciel libre : <http://www.april.org/fr/decision-de-la-grande-chambre-de-recours-de-loeb-sur-les-brevets-logiciels>

ce qu'il veut. L'auteur demeure protégé par la loi durant toute sa vie, ainsi que soixante-dix ans après sa mort, et pour cela, n'a aucune formalité particulière à accomplir. Est seule exigée l'originalité de l'œuvre concernée¹, sachant que tous les logiciels au sens large sont visés, c'est-à-dire les « *programmes d'ordinateurs* » y compris le « *matériel de conception préparatoire* ».² Mais, pour ce dernier, la protection ne lui sera accordée que s'il débouche sur un logiciel. La documentation auxiliaire relative au fonctionnement du logiciel bénéficie également de la protection en tant qu'un de ses éléments, la jurisprudence considérant qu'elle en est une partie intégrante, et qu'elle facilite sa compréhension ou son application.³ De même, le code source et le code objet sont protégés. Notons que seule la forme du logiciel peut être protégée et non les idées⁴ : sont visées la forme « *programmée* »⁵ et la forme « *exécutée* »⁶.

30. En outre, la loi et la jurisprudence⁷ considèrent de la même façon les logiciels spécifiques et les progiciels dits aussi « produits-programmes », quel que soit leur support et quelles que soient leurs fonctions techniques, qu'ils soient logiciels de base (c'est-à-dire qui commandent les fonctions internes d'un système ou d'un matériel informatique), logiciels d'exploitation (dont le rôle est de faire fonctionner une machine), logiciels d'application (faisant exécuter par l'ordinateur un travail bien déterminé répondant aux besoins de l'utilisateur), logiciels de navigation ou de messagerie, logiciels serveurs (permettant la mise en ligne et la diffusion des contenus stockés sur les mémoires des sites Internet), logiciels de routage (dirigeant les données vers leurs destinataires), logiciels de création de sites web, de mises à jour des bases de données ou des sites... Toutefois, dans la pratique, il n'est pas évident de déterminer l'originalité d'un logiciel, à moins d'être un professionnel, ni à partir de quel moment le logiciel devient protégeable, celui-ci se constituant au fur et à mesure de son écriture.

¹ T. com. Paris, 20 avril 2000, *Sté New Software*, Gaz. Pal. 2001, 1, somm. p. 266.

² Art. L. 112-2-13° CPI, « *Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire.* » Le matériel de conception préparatoire vise notamment les documents techniques et les travaux permettant d'aboutir à la conception et à la réalisation d'un logiciel, les schémas, les documents papier, les calculs des informaticiens...

³ CA Versailles, 14^{ème} ch., 15 juin 1992, n° 877/92.

⁴ Les idées incluent les algorithmes, les règles de jeux notoirement connues (pour le cas des logiciels de jeux ou ludiciels, par exemple), les structures de données, quelles qu'elles soient, comme les listes, les graphes, les tableaux, les arborescences... Ne sera protégeable que la mise en œuvre de ces idées d'une façon particulière et pour le traitement d'un certain problème.

⁵ La forme programmée comprend les plans d'organisation, les organigrammes, les listes de codes, les tables... constituant le programme informatique.

⁶ La forme exécutée comprend les éléments qui vont apparaître à l'écran, lors de l'exécution du logiciel, comme les boîtes de dialogues, les menus, les suites d'écrans...

⁷ La différence de fonctions n'entraîne pas de différence au niveau du statut juridique des logiciels : TGI Paris, 21 septembre 1983, JCP éd. G 1984, II, n° 20249, note Wagnet.

Sur ce dernier point, il est admis que le logiciel est protégé bien avant sa commercialisation et avant même qu'il ne soit définitivement conçu. Car, il peut faire l'objet d'une contrefaçon, même s'il n'est « *pas achevé, et pas opérationnel, s'il lui manque sa documentation fonctionnelle* », ce qui le rend « *inutilisable par une autre personne que (son créateur).* »¹ Il sera donc reconnu comme logiciel et protégé comme tel au fur et à mesure de sa création.

Au surplus, la protection par le droit d'auteur n'est pas toujours adaptée au logiciel, et surtout, à sa réalité. En effet, pour en bénéficier, l'œuvre doit être originale, dans le sens de créative, à la base d'une activité inventive. En introduisant dans l'état de la technique des nouveautés, les concepteurs de logiciels innovent et remettent en cause l'état de l'art. Or, nouveauté et inventivité sont les ingrédients à la base de l'originalité, justement exigée par le droit pour bénéficier d'une protection à ce titre. L'originalité sera recherchée dans la « *composition et l'expression du logiciel* », et seront protégés par le droit d'auteur ce que la jurisprudence qualifie d'« *éléments purement formels d'une œuvre* » et « *d'éléments originaux qui en forment la structure* ». ²

31. Mais, il n'est pas aisé d'apporter la preuve du caractère original d'un logiciel, d'autant que celui-ci n'a rien à voir avec l'originalité qui caractérise une œuvre d'art tel qu'un tableau, une sculpture, ou même un livre. En d'autres termes, elle n'est pas immédiatement « évidente », sinon davantage « intellectuelle ». C'est pourquoi, la protection par le droit d'auteur demeure insuffisante et pas totalement efficace. De plus, les logiciels ne bénéficient pas d'une présomption d'originalité ; la jurisprudence la reconnaît au cas par cas³, grâce à l'avis d'un expert, la plupart du temps. Par conséquent, il faut partir du postulat que le logiciel ne relève pas naturellement du droit

¹ T. com. Meaux, 3 novembre 1987, Petites Affiches, 24 août 1988, n° 102, p. 24. D'ailleurs, l'art. L. 111-2 CPI dispose que « *L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur.* »

² « *Un programme d'ordinateur est un bien incorporel original dans sa composition et son expression (...).* »

« *L'élaboration d'un programme d'application d'ordinateur est une œuvre de l'esprit allant au-delà d'une simple logique automatique et contraignante (...).* »

« *La protection légale est accordée non seulement à l'élément purement formel d'une œuvre, mais encore aux éléments originaux qui en forment la structure (...).* » : Cass. civ. 1^{ère}, 27 avril 2004, Bull. civ. I, n° 117. CA Paris, 4 février 2004, *Alto informatique*, Expertises, n° 280, p. 156. T. com. Paris, 15 octobre 2004, *Conex c/Tracing server*, Expertises, n° 287, p. 435.

³ Cass. com., 19 novembre 1991, *Sté anonyme de participation financière européenne c/Gerca info tech France* assistance technique tek axe sagice SNTT et satica et sataic, Expertises, n° 147. DIT 1994/1, p 31, note Gavanon ; CA Paris, 4 février 2004, *Freddy c/Alto informatique*, Expertises, n° 280, p. 156 et p. 146, note C. Bernault.

T. com. Paris, 15 octobre 2004, *Conex c/Tracing server*, Expertises, n° 287, p. 435.

d'auteur. Il représente un outil technique ou plutôt informatique, et son créateur n'est ni auteur littéraire, ni artiste, ni peintre, sinon informaticien. Ce dernier n'a pas pour mission d'éveiller des sensations esthétiques auprès des utilisateurs, ni d'exposer son œuvre, comme le ferait un artiste : son unique but est de faire fonctionner un logiciel sur un ordinateur. Il n'est alors pas aisé de faire reconnaître à un logiciel l'empreinte de la personnalité de son auteur, à la base de l'originalité exigée par la loi et la jurisprudence pour bénéficier de la protection par le droit d'auteur. Cette originalité étant caractérisée par un « *effort personnalisé* » allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante, et par « *la marque de l'apport intellectuel de l'auteur* », critères appréciés subjectivement.¹ La matérialisation de cet effort devant résider dans une structure individualisée, propre à son inventeur, le programmeur. La directive du 14 mai 1991 va dans ce sens, puisque dispose dans son art. 1-3, qu'un programme n'est original que s'il est « *la création intellectuelle propre à son auteur* ». Autrement dit, un apport de la part de ce dernier est nécessaire pour que l'œuvre logicielle puisse être juridiquement protégée. L'article précité ajoutant *in fine* « *qu'aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection.* »

32. Si des logiciels sont le reflet de leur auteur, ou s'ils sont générés par des logiciels eux-mêmes protégés, ils seront protégés. Cette dernière hypothèse fait référence aux œuvres composites définies à l'art. L. 113-2 CPI², et recouvrant les adaptations des logiciels consistant en des améliorations de programmes effectuées par des tiers programmeurs. Quant au bénéficiaire de la protection, c'est le créateur de l'œuvre logicielle elle-même, c'est-à-dire le concepteur, s'il a conçu et réalisé seul le logiciel dans sa globalité. L'art. 1^{er} de la loi du 11 mars 1957 disposant : « *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.* » Cette hypothèse est rare dans la pratique, le logiciel étant souvent le résultat d'une collaboration entre plusieurs personnes, informaticiens ou techniciens spécialisés, alors qualifiés de coauteurs et, *a fortiori*, si

¹ Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, *Société Babolat c/Pachot*, précité : « *Attendu (...) qu'après avoir justement relevé que le caractère scientifique des programmes informatiques n'était pas un obstacle à la protection par le droit d'auteur, et exactement retenir qu'il y a lieu de voir dans l'organigramme la composition du logiciel, et dans les instructions rédigées, quelles qu'en soient la forme de fixation, son expression, la Cour d'Appel a ainsi fait ressortir que le programme d'ordinateur ne constitue pas une simple méthode et que sa protection doit être examinée dans son ensemble.* »

² « *Est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière.* »

ledit logiciel est complexe, sachant que chacun de ses éléments sera individualisé.¹ L'œuvre sera qualifiée de collaboration ou collective selon les cas² : la détermination de la participation de chaque acteur dans son élaboration permettra de la qualifier véritablement dans un sens ou un autre.³ Il s'agira d'une œuvre de collaboration (art. L. 113-2 al. 1^{er}⁴ CPI) si plusieurs personnes physiques y ont concouru : chacune d'elles sera propriétaire du logiciel dans son entier et aura les mêmes droits dessus que les autres coauteurs, comme s'il s'agissait d'une sorte d'indivision (art. L. 113-3 CPI⁵). En revanche, il s'agira d'une œuvre collective si elle répond à la définition donnée par l'art. L. 113-2 al. 3 CPI⁶, c'est-à-dire si elle est créée à la demande d'une personne physique ou morale telle qu'une société, qui va la financer et qui va prendre l'initiative de la porter à la connaissance des tiers. La pratique veut que les droits sur l'ensemble de l'œuvre soient exercés par une personne morale, cessionnaire desdits droits, à côté des coauteurs, cédants. Certes, plusieurs informaticiens participent à son élaboration, comme dans l'hypothèse d'une œuvre de collaboration ; toutefois, leur participation respective ne sera pas individualisée, puisque se fondra dans la masse des participations. Il sera même impossible de déterminer quelle a été la part de chacun dans l'œuvre créée et, par conséquent, les droits de chacun sur le logiciel. Seule la personne physique ou morale à l'initiative du logiciel en sera propriétaire, ainsi que des droits d'auteur y afférents.⁷ De nombreux logiciels sont des œuvres collectives.⁸

33. S'agissant du cas particulier des logiciels créés par des salariés, à la demande de leur employeur, la loi est stricte : ils demeurent la propriété exclusive de l'employeur,

¹ A titre d'exemple, citons le cas d'un logiciel dit de « produit multimédia » composé des éléments suivants et pour lesquels plusieurs personnes vont collaborer : les logiciels d'interactivité, les logiciels de traitement de bases de données...

² Cass. com., 3 juillet 1996, *Fabrice G. c/Jean-Paul H.*, Expertises, n° 202, p. 76 ; DIT 1997/1, p. 31.

³ *Le logiciel confronté à l'œuvre collective*, Ch. Caron, Expertises, n° 202, p. 73. *Logiciel œuvre collective ou œuvre de collaboration ?* Ch. Caron, Expertises, n° 190, p. 31. CA Versailles, 15 juin 1992, *Harmand Jean-Paul c/Guedy Fabrice*, Expertises, n° 154, p. 350 ; JCP éd. E 1993, I, 46, n° 6.

⁴ Art. L. 113-2 al. 1^{er} CPI « *Est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques.* »

⁵ Art. L. 113-3 CPI : « *L'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs. Les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord. (...) Lorsque la participation de chacun des coauteurs relève de genres différents, chacun peut, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune.* »

⁶ Art. L. 113-2 al. 3 CPI : « *Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé.* »

⁷ Art. L. 113-5 CPI : « *L'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur.* » TGI Nanterre, 26 novembre 1997, JCP éd. E 1998, I, n° 803 ; RDPI 1997, n° 80, p. 51.

⁸ *Le logiciel : une nouvelle œuvre collective ?* E. Dreyer, Expertises, n° 223, p. 26.

seul titulaire de tous les droits d'auteur.¹ La jurisprudence, abondante sur ce point, va également dans le même sens.² Pour cela, il est nécessaire que le ou les logiciels en cause aient été créés dans l'exercice des fonctions des salariés, suivant les instructions de leur employeur, sur leur lieu de travail, et pendant leur temps de travail.³ Dès lors, tous les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation sont dévolus à l'employeur (art. L. 113-9 al. 1^{er} CPI).⁴ C'est ce que l'on appelle les « créations ou les inventions de mission » (art. L. 611-7 CPI). En d'autres termes, un salarié ne sera propriétaire d'un logiciel créé et n'en sera titulaire des droits d'auteur que s'il n'a pas été conçu dans l'exercice de ses fonctions. A défaut, sont cédés à son employeur ses droits d'exploitation, en raison de l'existence d'un contrat de travail. En revanche, si l'employeur met à la disposition de son employé des moyens matériels et techniques, en dehors de son lieu de travail, il lui reviendra de prouver que le logiciel a été créé dans l'exercice de ses fonctions, pour prétendre à la qualité d'auteur.

34. Afin d'éviter tout litige ultérieur, certains employeurs ne manqueront pas d'insérer dans les contrats de travail une clause prévoyant que leurs salariés leur céderont tous leurs droits sur les œuvres réalisées dans le cadre de leur mission, effectuée sous leur subordination hiérarchique. Il n'y aura aucun doute quant à la titularité des droits si l'objet du contrat de travail est la création d'un logiciel⁵, ou si le logiciel est créé par le salarié en dehors de son lieu de travail⁶, de son temps de travail,

¹ Art. L. 113-9 al. 1^{er} CPI modifié par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994 (art. 2) portant mise en œuvre de la directive (C.E.E.) n° 91/250/CEE du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle, J.O.R.F. n° 109 du 11 mai 1994, p. 6863 : « *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 (...).* »

Auparavant, la loi du n° 85-660 du 3 juillet 1985 précitée allait déjà dans le même sens : « *Sauf stipulation contraire, le logiciel créé par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs.* »

Les logiciels créés par les employés, V. Cottureau, Ed. Juris-classeur, Droit du travail, 1996/03 ; *Les logiciels de salariés*, L. Tellier, chron., RJDA, 1994/7, 603 ; *Les logiciels de salariés hors du champ d'application des lois de 1985 et 1994*, L. Tellier, RJDA, 1994/7, 603-606.

² CA Pau, 31 janvier 1996, *Alain Saiche c/Stab*, Expertises, n° 193, p. 162 ; JCP éd. E, 1997, I, n° 657 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 décembre 1992, *M. G. c/Nortène*, Bull. civ. I, n° 315 ; Expertises, n° 159, p. 115.

³ Cass. Ch. mixte, 3 février 2006, Expertises, n° 303, p. 195 et p. 189, note M. Lecardonnel.

⁴ *Droit de l'informatique et de l'internet*, A. Lucas, J. Devèze et J. Frayssinet, 2^{ème} édition, PUF, 2001, n° 535 et s.

⁵ Ce sera alors l'employeur qui sera propriétaire légitime du logiciel : TGI Paris, 9 juin 1995, *Philippe T. c/DJCM maintenance système*, Expertises, n° 192, p. 119 ; PIBD 1995, n° 596, III-478, cité par M. Vivant et Ch. Le Stanc.

⁶ CA Colmar, 3 octobre 1995, *Pierre T. c/Codat*, Expertises, n° 190, p. 37 ; DIT, 1996/04/01, 2, 21-23, note S. Picard. Cass. Com., 3 octobre 1995, *Affaire Nintendo c/Kaytel Vidéo*, DIT, 1996/04/01, 2, 21-23, note S. Picard. TGI Paris, 26 novembre 2002, *Guislain c/Forever Living Product*, Expertises, n° 271, p.

de ses fonctions, de l'activité de son entreprise employeur¹, et sans avoir fait usage des moyens matériels, techniques et informatiques mis à sa disposition. Le logiciel alors conçu n'ayant aucun lien de rattachement avec l'employeur, le salarié pourra légitimement se prétendre auteur.

Section 1 : La tentative de détermination du régime juridique des licences de logiciels

Logiciels et progiciels désignant des réalités différentes, ils ne doivent pas être envisagés de la même façon afin d'éviter les risques d'ambiguïté trop souvent rencontrés en la matière. Il en est de même pour leurs licences respectives. C'est pourquoi, il est nécessaire d'écarter dès le départ toutes les confusions (A) pour, dans un second temps, mieux appréhender le régime juridique des licences de logiciels (B) qui nous intéresse particulièrement.

A) Logiciels, progiciels et licences y afférentes : les confusions à éviter

Les principes d'une distinction entre logiciels et progiciels doivent être posés (1), même si la frontière entre les deux n'est pas clairement établie (2).

1) Les principes d'une distinction

35. Le progiciel, à la différence du logiciel spécifique, est préexistant, sa réalisation est déjà effectuée.² Il est fourni à plusieurs personnes ou plusieurs licenciés, contrairement au logiciel spécifique qui n'est en général donné en licence qu'à une personne particulière, sauf exceptions. En outre, le progiciel n'a aucune spécificité particulière et ne répond à aucune demande personnalisée, même s'il peut être paramétré, donc adapté³ aux besoins du futur utilisateur ou d'une catégorie d'utilisateurs, sachant que ces paramétrages seront obligatoirement limités. Sa seule finalité est de réaliser certaines tâches précises, prédéfinies et utilisables en l'état. Soit il sera créé pour satisfaire les attentes d'une profession ou d'un secteur économique déterminé -il s'agira alors de progiciels « verticaux »- soit il sera conçu pour une

234. CA Montpellier, 4 novembre 2004, *ICS c/Prioux*, D. 2006, p. 785, obs. Tréfigny. CA Versailles, 26 octobre 2006, *Chabane Khalfoun c/Apsys*, Expertises, n° 309, p. 441.

¹ Il s'agit du cas où le logiciel concerne un domaine d'application autre que celui de l'entreprise qui l'a recruté : Paris, 9 juin 1995, *Philippe T. c/DJCM maintenance système*, précité. CA Pau, 31 janvier 1996, *Alain Saiche c/Stab*, précité.

² Cass. com., 19 février 2002, *FF c/Lacroix*, Expertises 2002, p. 190. T. com. Paris, 5 mai 2004, Expertises 2004, p. 278. CA Toulouse, 26 juin 2004, CCE 2004, comm. n° 116, obs. L. Grynbaum ; TGI Caen, 18 janvier 2006, Expertises 2006, p. 118 et p. 105, note P. Challine.

³ Ici, il s'agit de l'« adaptation » au sens juridique du terme, c'est-à-dire au sens de l'art. L. 122-6, 2° CPI.

application particulière telle que la comptabilité ou la paye, et dans ce cas, il s'agira de progiciels « horizontaux ».¹ Dès lors, ils sont aussi bien destinés à une utilisation professionnelle que familiale ou individuelle. Les exemples de progiciels sont nombreux en la matière : il existe des logiciels de traitement de texte², de tableur³, de présentation de documents⁴... Cela ne signifie par pour autant qu'un progiciel soit par définition élémentaire : il peut être très complexe. De par ces caractéristiques, il est distribué au plus grand nombre dans le commerce, c'est-à-dire à ce que l'on a coutume d'appeler le « grand public », pour un coût pouvant être supporté par tout consommateur, et son auteur conservera le monopole d'exploitation que lui reconnaît le Code de la propriété intellectuelle. Autrement dit, l'auteur sera seul détenteur des droits de propriété intellectuelle sur le programme visé, incluant droits d'auteur et droits de la propriété industrielle, et les licenciés n'auront pas le droit de revendiquer des droits sur une œuvre à la réalisation de laquelle ils n'ont joué aucun rôle. C'est pourquoi, dans de telles circonstances, la licence est souvent consentie à titre non-exclusif et organise la concession d'un droit d'usage le plus limité possible.

36. En outre, lorsqu'un logiciel est donné en licence, est communiqué, par la même occasion, le savoir-faire qui l'entoure, ce qui n'est pas le cas pour une licence de progiciel où le licencié ne peut qu'utiliser « mécaniquement » ledit progiciel, en suivant les instructions qui lui sont transmises, sans aucune spécificité, et sans obtenir de prérogatives particulières. Aucune prestation intellectuelle personnalisée n'est fournie au licencié qui est noyé dans la masse des autres licenciés. D'où, les conséquences sur la remise du code source et sur la précarité des droits sur ledit code pour le licencié, qui feront l'objet de développements ultérieurs. A l'inverse⁵, un logiciel est spécifique dans la mesure où il fait l'objet d'une commande par une personne auprès d'un prestataire. Il est créé et développé sur-mesure pour répondre à ses besoins particuliers, notamment professionnels. Dès lors, il peut y avoir intérêt à s'en faire concéder les droits, ou du moins, une grande partie. Pour montrer l'ampleur des conséquences de la distinction entre logiciel et progiciel, la jurisprudence définit le premier comme « *le résultat d'un*

¹ *Le financement des logiciels : peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel ?* E.-M. Bey, Gaz. Pal. 1985, 2, doct. p. 396.

² Parmi les logiciels de traitement de texte, citons « *Word* » de Microsoft Office.

³ Par exemple, « *Excel* » de Microsoft Office.

⁴ Par exemple, « *Powerpoint* » de Microsoft Office.

⁵ La jurisprudence rappelle la distinction entre logiciel et progiciel : T. com. Paris, 20 avril 2000, *Sté New Software*, Gaz. Pal. 2001, 1, somm., p. 266. T. com. Paris, 5 mai 2004, *Sté Peyre c/Sté Silog*, Expertises, 2004, p. 278. TGI Caen, 18 janvier 2006, *Acibois c/Silog*, Expertises, 2006, p. 118 ; Legalis.net 2007/1, p. 59.

travail que (le client) a spécialement commandé, auquel il a généralement participé et qui correspond à des préoccupations originales : (son) prix est alors supérieur à la simple mise à disposition d'un progiciel ; l'utilisateur d'un logiciel spécifique dispose dans le cadre de cette prestation, du droit de pouvoir le maintenir et le modifier en fonction de ses besoins personnels, sans devoir faire appel à la société fournisseur ; en conséquence, la communication des sources à l'utilisateur s'impose, les sources représentant alors un accessoire de la prestation fournie. »¹ Quant au second, il est défini comme « un ensemble cohérent et indépendant constitué de programmes, de services, de supports de manipulation ou d'une formation et d'une documentation conçue pour réaliser les traitements informatiques standards, dont la diffusion revêt un caractère commercial et qu'un usager peut utiliser de façon autonome après mise en place d'une formation limitée. »²

37. La distinction entre logiciels et progiciels est encore fondamentale car, va constituer le point de départ de toute une analyse sur les licences, avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent. De plus, elle révèle une protection plus importante de la loi en faveur de l'auteur d'un logiciel spécifique, surtout lorsqu'il est concédant. Cela se produit lorsque l'auteur conçoit entièrement le programme au profit d'une seule personne. Il détient tous les droits sur l'œuvre logicielle et la personne qui en a demandé la conception/réalisation peut espérer être licencié exclusif dans le meilleur des cas, ou non exclusif, dans le pire. Des aménagements contractuels seront prévus pour permettre au destinataire du logiciel d'améliorer sa situation, face à un auteur, naturellement détenteur des pleins pouvoirs sur l'œuvre de l'esprit ayant un caractère d'originalité reconnu. En règle générale, la licence de logiciel ne consiste pas en une simple mise à disposition dudit logiciel, contrairement à la licence de progiciel : elle va plus loin.

38. Mais, des problèmes résulteront parfois de la création d'un logiciel auxquels les parties intéressées devront faire face. A titre d'exemple, un logiciel réalisé pour les besoins d'une personne peut poser des difficultés car, la licence ainsi concédée devra répondre à la problématique de la répartition des droits de propriété intellectuelle entre l'auteur et le licencié. Or, l'auteur peut souhaiter conserver l'intégralité des droits sur le

¹ TGI Melun, 2 mars 1988, *OCI et Information/SCPA*, précité.

² CA Paris, 26 février 1999, *CGIP*, RJDA 1999, n° 776.

logiciel pour se laisser toute liberté par la suite en cas de décision de projets ultérieurs. Ne souhaitant pas être freiné dans ses élans, il sera alors enclin à conserver l'essentiel des droits, si ce n'est leur intégralité, et ne concèdera à la personne concernée qu'une simple licence d'utilisation. Cela se produit lors de projets de réutilisation postérieure de l'œuvre réalisée, de création d'une œuvre dérivée à partir de l'œuvre initiale, ou encore de développements à partir du logiciel préexistant... L'intérêt pour le concédant étant de pouvoir réutiliser son œuvre en toute liberté, donc sans aucune contrainte posée par un quelconque contrat, par exemple pour d'autres licenciés appartenant au même secteur d'activités que son « premier » licencié, ou à des secteurs proches économiquement...

39. Or, une telle situation s'avèrera difficile à supporter pour le licencié, qui estimera qu'ayant financé la création d'un outil spécifiquement adapté à ses besoins, la propriété doit lui en revenir. Malheureusement, sans disposition qui le stipule, il ne sera pas en mesure de revendiquer quoi que ce soit et restera lésé. Quant au logiciel, il sera à juste titre qualifié d'œuvre de commande avec pour seul titulaire de droits reconnu par la loi, son auteur. C'est pourquoi, il est recommandé, que ce soit pour l'un ou l'autre des acteurs à la création d'un logiciel, de déterminer d'emblée la nature du contrat afin d'éviter les déconvenues ultérieures. Il sera alors plus aisé de répartir à chacun les droits qui lui reviennent. Une des questions qui se pose et à laquelle il sera répondu dans d'autres développements est donc de savoir si la licence de logiciel est susceptible de s'analyser comme un contrat de vente, un contrat de location ou d'entreprise, voire comme un contrat de communication de savoir-faire ou « know-how », selon lequel ce qui est fourni est moins une réalisation que « *l'ensemble de connaissances et d'expériences, directement applicables dans la pratique, et servant à une exploitation industrielle* ». ¹

40. La réponse à une telle question n'est pas si évidente qu'elle y paraît, les licences de logiciels couvrant elles-mêmes des réalités différentes, à distinguer de celles des licences de progiciels. Dans tous les cas, il faudra rechercher si le logiciel développé remplit ou non les conditions pour bénéficier d'une protection par le droit d'auteur : ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il sera possible de donner une qualification appropriée au contrat visé. C'est sans compter les difficultés posées par les tribunaux,

¹ *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, P. Mathély, édition Librairie du JNA, 1991.

des décisions judiciaires récentes¹ rappelant que la notion de « licence » leur est inconnue, puisqu'est appliqué, tantôt le régime de la vente, tantôt celui du contrat d'entreprise ou du louage d'ouvrage, ou encore celui de la location, pour régler la situation des droits accordés au titre d'une licence de logiciel. Ce qui illustre bien que le droit est encore hésitant face à ce phénomène que constituent les licences de logiciels. En particulier, il faut dépasser l'idée que l'expression « licence de logiciel » désigne le nombre de copies en code objet pour lesquels un droit d'usage est concédé, idée largement admise au sein de la communauté des techniciens et des commerciaux. Il faut également écarter l'hypothèse des contrats de distribution portant sur des logiciels et qui sont considérés par les parties comme de véritables licences. Or, il n'en est rien dans la mesure où le distributeur ne jouit pas automatiquement d'un droit d'usage direct sur le logiciel distribué, impliquant à la fois un droit d'utilisation personnelle et un droit de reproduction à destination de sa clientèle. Il sera fait abstraction d'une telle situation dans nos développements.

2) Une frontière difficilement établie

41. Dans certains cas, la frontière n'est pas clairement établie entre logiciel standard et logiciel spécifique ; elle peut même fortement s'atténuer pour ne devenir qu'illusoire, notamment lorsque le premier fait l'objet de développements particuliers pour être intégré dans un environnement déterminé. Sans devenir un logiciel spécifique à proprement parler -qui lui, est protégé par le droit de la propriété intellectuelle en raison de son originalité- il devient particulier dans une certaine mesure car, adapté à des besoins², ce qui risque de poser problème au niveau de son analyse et des contrats y afférents. De même, le concepteur d'un logiciel spécifique peut souhaiter le commercialiser sous la forme d'un progiciel, plus ou moins dérivé, à condition que cela ne soit pas expressément interdit au contrat par une clause d'exclusivité. Il peut aussi envisager de réutiliser certains composants du logiciel pour en faire un logiciel différent, toujours dans un but de développer son activité.³ Il est donc possible de passer du logiciel au progiciel et inversement. Après tout, étant un homme d'affaires, son but est de rentabiliser son activité et de faire des bénéfices. Or, un logiciel

¹ A titre d'exemple : CA Aix-en-Provence, 21 mai 1997, JCP E 1998, I, p. 845, n° 15, obs. M. Vivant et Ch. Le Stanc. En l'espèce, les juges ont appliqué aux licences de logiciels le régime de la vente.

² Cass. com., 19 mai 1998, n° 96-12.801, Expertises 1998, p. 267. *La délivrance des progiciels de gestion intégrée ERP*, H. Bitan, Gaz. Pal. 2001, doct. 1124.

³ CA Toulouse, 29 juin 2004, *Sté Igréc c/Sté PSI*, CCE 2004, n° 116, note L. Grynbaum : en l'espèce, le concepteur du logiciel avait réutilisé ses éléments constitutifs et les avait assemblés différemment pour en faire un tout autre logiciel.

commercialisé auprès d'une seule personne n'est pas rentable à terme. A l'inverse, il est possible que le concepteur d'un progiciel accepte de faire quelques modifications au profit de l'un de ses licenciés, qui est aussi l'un de ses clients importants. Les adaptations ainsi réalisées ont pour conséquence que l'œuvre ne peut plus être légitimement qualifiée de « progiciel », sinon de logiciel.¹ Reste encore le cas du système expert comprenant un logiciel spécifique, une base de données spécialisée, et un savoir-faire. Une telle création complexe doit être envisagée dans son ensemble.

42. Les licences connaissent également des situations diverses : l'exemple des licences d'utilisation ponctuelles et immatérielles l'illustre. Elles sont accordées par certains éditeurs de logiciels qui permettent aux internautes, futurs licenciés, d'utiliser leurs logiciels sur Internet, sans charger leur disque dur, moyennant paiement d'une redevance proportionnelle à la durée de la connexion. Une telle licence d'utilisation concerne surtout les applications professionnelles des logiciels. C'est pourquoi, il n'est pas toujours judicieux de s'arrêter à la distinction radicale entre les progiciels et logiciels, et d'avoir une position tranchée en la matière. Il faut aller au-delà pour régler le sort de chacun, même si cela reste difficile. Pour sortir de cette situation délicate et surtout pour organiser ces « nouvelles » relations qui s'instaurent, le principe de la liberté contractuelle va s'appliquer et donner lieu à des contrats sur-mesure, lorsque les logiciels qui en sont l'objet seront spécifiques et répondront à des besoins particuliers des acteurs en présence. Pour les logiciels standards, le titulaire des droits concernés ne manquera pas de souligner dans les contrats l'importance de son poids qui commence dès la négociation et qui s'étend tout au long de la relation entre les parties.

B) Les licences de logiciels ou un régime juridique aux contours encore mal définis

Le problème de qualification des licences de progiciels et de logiciels doit être posé (1) afin, d'une part, de donner l'exacte qualification au premier contrat (2) ainsi que, d'autre part, au second (3).

1) Position du problème

43. Il est nécessaire de qualifier juridiquement les licences de logiciels standard et les licences de logiciels spécifiques afin de pouvoir les appréhender de façon efficace,

¹ Cass. com. 19 mai 1998, n° 96-12.801, *ENSI*, NP ; Expertises, 1998, p. 267 : en l'espèce, il s'agissait de la commande d'un « progiciel et de prestations complémentaires », ces dernières consistant précisément à « adapter ce produit ».

d'en comprendre le fonctionnement, et de déterminer la nature des rapports de force entre les parties. En effet, selon les cas, l'une des parties aura l'avantage sur l'autre et bouleversera l'équilibre contractuel. Aussi, s'interroger sur la nature juridique de ces contrats permettra de voir plus clair sur leur régime juridique, leur portée, et leurs conséquences. Car, certaines règles d'ordre public y seront peut-être attachées et il ne sera pas possible d'y déroger. A cela, s'ajouteront des règles supplétives dont la finalité sera de palier aux carences en la matière, aux imprécisions éparses, ainsi que des règles posées par la jurisprudence. Au surplus, les droits et obligations des parties, au cœur du contrat et conditionnant son exécution, n'en seront alors que mieux déterminés. En d'autres termes, le rédacteur du contrat, à savoir le titulaire de la licence ou concédant, devra, en plus de respecter le droit en vigueur, bien connaître l'objet de son contrat afin de lui donner la qualification requise.

44. Quelle que soit la qualification envisagée, vente, location, ou même contrat *sui generis*, et qu'il s'agisse de logiciel standard ou de logiciel spécifique, le licencié reste dans une situation précaire et n'acquiert jamais la totalité des droits sur l'œuvre, quels que soient les aménagements faits au contrat. Lorsqu'il s'agira d'envisager les différents montages contractuels qui leur seront soumis en cas de litige, les juges « piocheront » dans le droit en vigueur les règles à appliquer à l'espèce étudiée, règles qui concerneront tantôt la vente, tantôt la location, voire un autre contrat : tout dépendra du cas visé. Ainsi, même s'il s'agit du même contrat, appelé « licence d'utilisation », « concession de droits d'usage », ou plus rarement, « cession de droit d'usage »¹ ou « concession du droit à l'usage d'un programme »², les règles de droit à appliquer divergeront en fonction des circonstances. Par conséquent, qualifier la licence de logiciel ou de progiciel constitue une tâche essentielle en plus de représenter un véritable enjeu juridique, pratique, et économique. Les incertitudes qui existent en la matière imposent de trouver les solutions contractuelles adéquates.

2) La qualification juridique des licences de logiciels standards

45. S'agissant du progiciel ou logiciel standard, comme tout logiciel, il constitue une œuvre de l'esprit au sens du Code de la propriété intellectuelle. Par conséquent, il a droit à la même protection légale qu'un logiciel, fût-il spécifique. Mais, lorsqu'il

¹ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, A. Lucas et H.-J. Lucas, Litec 2000, n° 685.

² *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, édition Delmas, 6^{ème} édition, 2008, n° 503, p.118.

s'agit de l'analyser juridiquement, il faut faire une distinction entre le logiciel en tant que tel et son support qui sont deux choses radicalement différentes, peu importe que le support soit matériel ou dématérialisé. Quant à la licence de logiciel standard, il s'agit de savoir de quel contrat elle se rapproche le plus. Si l'on considère qu'elle constitue une vente, ce ne sera qu'à la condition que les droits intellectuels liés au logiciel en soient exclus, auxquels cas, il s'agirait d'une cession qui consiste à transmettre à une personne appelée cessionnaire, l'ensemble des droits patrimoniaux que l'auteur détient sur ledit logiciel, excepté son droit moral. Certains auteurs considèrent qu'un tel contrat est un contrat d'entreprise ; d'autres considèrent qu'il s'agit à la fois d'une vente de support et d'une location sur le programme qui y est contenu. D'autres enfin, rejettent l'idée de vente car, celle-ci implique un transfert de propriété d'une personne à une autre. Si tel était le cas pour les relations entre concédant et licencié, ce dernier obtiendrait alors un droit de jouir et de disposer de la chose -le logiciel- de façon absolue (cf. : art. 544 du Code civil¹). Or, ce n'est pas le cas en matière de licence de progiciel puisque le concédant conserve l'essentiel des prérogatives attachées au droit d'auteur.²

46. Toutefois, dans la réalité, seul le contenu, donc le programme d'ordinateur, importe pour celui qui contracte une licence de logiciel. Cela va de soi : acquérir un support vide ou dont le contenu est inintéressant est dépourvu d'intérêt. Dans la pratique, une telle licence de progiciel concerne de nombreux utilisateurs, puisque ledit progiciel sera diffusé en de nombreux exemplaires, contrairement aux logiciels spécifiques, diffusés en nombre plus réduit. Selon les cas, le contrat s'analysera comme une vente, une location ou un contrat *sui generis*. La première qualification est juridiquement possible car, l'opération consiste à transférer la propriété d'une chose, en l'occurrence, un exemplaire de l'œuvre logicielle à une autre personne, l'acquéreur. Cela implique que ce dernier devienne propriétaire de cet exemplaire et puisse en disposer librement, le revendre, donc le céder à autrui... Un exemple concret de logiciels standards pourrait être illustré par les jeux vidéo qui se revendent, neufs ou d'occasion. Toutes les phases de la vente classique sont ici réunies : de la délivrance de la chose ou plutôt « recette » (supra n° 192 s.) au paiement d'un prix forfaitaire, en

¹ « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

² *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, précité. Cet auteur considère que la licence de progiciel n'est ni un contrat nommé, ni innommé, sinon un contrat *sui generis*.

passant par le jeu de garanties telles que celle des vices cachés, obligatoire, et qui ne peut faire l'objet d'aucun aménagement au contrat, ni d'aucune exonération au profit de la partie forte, le « vendeur ». En revanche, dans le cas d'un contrat *sui generis*, la partie forte pourrait davantage limiter sa responsabilité et aménager le contrat de façon à réduire ses obligations.

47. Juridiquement, seul le support est transféré et fait l'objet d'une vente : l'œuvre logicielle en tant que telle est exclue de cette opération. D'ailleurs, en matière de logiciel, le support n'en est que l'accessoire et il serait inconcevable d'analyser le logiciel comme le support qui le contient. La fourniture du logiciel n'est donc jamais totalement réalisée par la seule vente de ce support.¹ D'où, finalement, la précarité des droits obtenus sur le progiciel, contrairement à ce que l'on pourrait penser. Une telle acquisition est définitive dans la mesure où le support est acquis pour toujours par celui qui l'a payé. Toutefois, l'œuvre logicielle qui y est contenue n'est pas acquise : seuls quelques droits sont accordés, droits au demeurant précaires et temporaires, la licence devant être renouvelée pour que le licencié puisse continuer à utiliser le logiciel. Il faut préciser que le droit d'utiliser l'œuvre est souvent le seul droit octroyé, avec éventuellement celui de faire une copie de sauvegarde, accompagné de quelques prérogatives sans conséquence.

48. La jurisprudence a reconnu la qualification de la licence de logiciel standard en contrat de vente, en considérant qu'un logiciel contaminé par un virus tombait sous le coup de l'application des articles 1641 et suivants du Code civil relatifs à la garantie des vices cachés. En appliquant à la licence de progiciel le régime de la vente, elle la qualifie et la reconnaît implicitement comme telle.² D'ailleurs, il paraît plus exact et plus opportun de qualifier une licence de logiciel standard en une vente, par rapport à d'autres montages contractuels comme le contrat d'entreprise, dans la mesure où la jurisprudence distingue les deux avec rigueur. Ainsi, une production en série susceptible d'être réalisée au profit d'autres clients, par exemple de progiciels, et qualifiée de vente, se distingue de « *la réalisation d'un travail spécifique en vertu de prescriptions particulières ou en vue de répondre aux besoins spécifiques d'un client* »³ qui, elle,

¹ *Le contrat dit de licence de logiciel*, H. Croze et Y. Bismuth, JCP E 1986, II, 14659, p. 122.

² CA Aix-en-Provence, 21 mai 1997, JCP E 1998, I, p. 845, n° 15, obs. M. Vivant et Ch. Le Stanc.

³ Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, Bull. civ. III, 2005, n° 10. Cass. com., 7 novembre 2006, Bull. civ. IV, n° 215, BICC n° 719 du 1^{er} avril 2010 et Légifrance.

correspond à la définition du contrat d'entreprise. Si ce dernier est incompatible avec la vente, il l'est également avec la licence qui concerne la jouissance d'un ou de plusieurs droits sur un bien pendant un certain temps. Il en est de même pour les licences de progiciels qui accompagnent la vente d'un matériel informatique tel qu'un ordinateur, une imprimante, un scanner... en un mot, les licences dites « OEM » (Original Equipment Manufacturer). Ces ventes pourraient être qualifiées de « ventes liées »¹ car, sont subordonnées à l'achat d'un tel matériel. Software et hardware formant un ensemble indivisible, un produit intégré unique²: tant le logiciel original préinstallé que ses copies seraient inclus dans cet ensemble. Ils ne peuvent en être séparés, ni transférés qu'avec les matériels qu'ils accompagnent. A titre d'exemple, il faut citer les contrats portant sur l'équipement et l'installation de progiciels et de matériels informatiques, y compris les développements spécifiques des progiciels, ou encore le contrat de mise à disposition d'un progiciel lié à un contrat de fourniture de matériel qui en est le support. Le régime de la vente est davantage applicable à ces licences qu'aux autres. Avant cela, certains auteurs, déjà précurseurs en la matière, analysaient la licence de progiciel comme une vente avec toutes les garanties qui en découlent.³

¹ Par définition, la vente liée ou subordonnée consiste à regrouper dans un lot ne comportant qu'un prix, plusieurs produits sans qu'il soit possible de se les procurer séparément. Le consommateur n'aura pas d'autre choix que d'accepter le contrat pour acquérir le bien qu'il vise : ainsi, pour posséder un ordinateur, il devra également acheter les logiciels et leurs licences.

Aujourd'hui, il est quasiment impossible d'acheter un ordinateur sans logiciels, qu'il s'agisse de système d'exploitation ou d'autres programmes informatiques. Aussi, l'art. L. 122-1 C. consommation interdisant les ventes liées et l'art. L. 113-3 du même Code concernant l'obligation d'afficher les prix de vente des produits, semblent difficilement s'appliquer. La vente liée dans le domaine informatique est donc tolérée, même si est illégale. Lorsqu'un ordinateur est vendu, le prix des logiciels n'est généralement pas indiqué dans le but de les présenter comme faisant partie intégrante dudit ordinateur acheté. Cependant, des arrêts isolés ont condamné les pratiques de ventes liées : Tribunal de proximité de Puteaux, 23 juillet 2007, *Affaire Acer France* : la société *Acer France* a été condamnée à rembourser à un consommateur les logiciels fournis avec l'ordinateur vendu dont le logiciel d'exploitation *Windows XP*, ainsi que des dommages-intérêts. Mais, cette décision a été motivée par le contrat même d'*Acer* stipulant la **possibilité pour le client d'être remboursé du prix des logiciels dont il n'a pas l'usage**. Dans cette affaire, le remboursement des logiciels autres que *Windows XP* a été exigé car, les publicités d'*Acer* étaient trompeuses, dans la mesure où elles ne précisaient pas clairement qu'il s'agissait de versions de démonstration. Il s'agissait donc davantage ici d'un problème d'interprétation du contrat que d'un problème de vente liée. <http://www.zdnet.fr/actualites/vente-liee-acer-france-condamne-a-rembourser-windows-xp-39373559.htm>

Dans la même lignée, un juge de proximité de Caen a condamné le 30 avril 2008 la société taiwanaise *Asus* à rembourser à un consommateur le prix de la licence *Windows XP* et celui d'autres logiciels préinstallés dont il ne voulait pas, au motif qu'*Asus* avait eu un « comportement assimilable à la pratique de la vente liée ou subordonnée ». <http://www.01net.com/editorial/379499/la-vente-liee-pc-logiciel-de-nouveau-condamnee/>

² CA Douai, 26 janvier 2009, n° 09/157, *Gaz. Pal.* 2009, 2, somm., p. 2698, obs. B. de Roquefeuil et G. Bourge ; D. 2009, pan. 2000, obs. C. Le S. TGI Paris, 31^e ch., 25 juin 2009, RLDI 2009/53, obs. M. T.

³ *Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels*, Ph. Le Tourneau, JCP G 1982, I, 3078.

49. De façon générale, le fait que la licence de progiciel concerne un programme diffusé en plusieurs exemplaires justifie une approche matérialiste considérant une telle licence comme une vente. C'est pourquoi, il faut utiliser avec précaution les expressions « *licence de droit d'usage* » ou « *concession de droit d'utilisation* » utilisées en matière de progiciel car, si elles expriment l'idée d'un droit provisoire, d'une location, elles n'en demeurent pas moins compatibles avec celle de vente lorsqu'un progiciel est visé. Or, la vente implique un droit de propriété définitif alors que dans le cadre des licences de progiciels, les concédants ne transfèrent aucun droit de propriété, qu'il s'agisse de la propriété de l'œuvre elle-même ou des droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre logicielle. De plus, de telles expressions portent à confusion car, sont également utilisées en matière de licences de logiciels spécifiques qui s'analysent plutôt comme des locations. D'où, affirmer que la licence de progiciel est une vente n'est pas si simple et si exact qu'il y paraît.

50. Le droit communautaire estime également qu'une telle licence de logiciel est une vente, l'article 4 de la directive du 14 mai 1991¹ traitant de première « *vente* » de logiciel, dans une optique de libre circulation, des biens pouvant être des programmes informatiques, c'est-à-dire des œuvres de l'esprit. Ici, sont mis en avant la notion d'« *épuiement des droits* »² ainsi que le principe de libre cessibilité des exemplaires de logiciels. La règle de l'épuiement des droits autorise l'acquéreur d'un logiciel à le céder « *dans les conditions où il l'a acquis et telles que définies au contrat et dans la licence d'utilisation dont il a accepté les termes avant sa mise en fonctionnement* ». ³ Or, ces deux idées -épuiement des droits et libre cessibilité- permettent de qualifier à juste titre la licence de logiciel standard de vente.

51. Toutefois, si le contrat est limité dans le temps et si aucun transfert de propriété n'est prévu, il s'agira plutôt d'une location et non d'une vente. Là encore, en donnant une telle qualification au contrat, est exprimée la volonté de n'octroyer que de faibles prérogatives à la partie visée, en l'occurrence, le licencié. En dehors de ce cas, la licence

¹ Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 précitée.

² La première mise sur le marché (ou vente) d'un exemplaire de logiciel dans le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace Economique Européen (EEE) par son 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 ou plutôt la « *vente* » du logiciel selon les termes de l'art. L. 122-6 CPI. L'auteur ne peut donc plus poser de conditions restrictives de commercialisation, sauf contrat particulier.

³ CA Douai, 26 janvier 2009, n° 09/157, Gaz. Pal. 2009, 2, somm., p. 2698, obs. B. de Roquefeuil et G. Bourge.

de progiciel est généralement analysée comme une vente, c'est-à-dire un mécanisme juridiquement connu et très encadré. C'est pourquoi, la présente étude se limitera exclusivement à celle des licences de logiciels spécifiques, celle des licences de logiciels standards envisagées comme une vente n'apportant rien au débat, la vente étant déjà largement décrite par la doctrine. Des comparaisons avec le régime de ces licences seront néanmoins fournies afin d'enrichir les développements et de montrer que dans l'un ou l'autre cas, le concédant demeure la partie forte au contrat et creuse un déséquilibre entre les parties.

3) Les licences de logiciels spécifiques

Une analyse rapide de la situation doit être faite (a) pour déterminer la qualification la plus appropriée à la licence de logiciel (b), par rapport à d'autres qualifications (c). Cela permettra d'en définir les conséquences (d).

a) Brève analyse de la situation

52. Le logiciel spécifique est le résultat d'une commande¹ d'une personne : c'est un programme spécialement conçu et développé pour elle et correspondant à ses exigences. A ce titre, une partie de la doctrine qualifie l'accord visé de contrat d'entreprise² dit aussi de louage d'ouvrage (art. 1782 à 1799 C. civ.). Car, le logiciel réalisé sur-mesure sera distribué à une seule personne, voire à un nombre réduit de personnes ou d'utilisateurs, le nombre d'exemplaires produits étant limité. A défaut, il s'agirait d'un progiciel répondant à de plus larges besoins. Quant aux droits accordés sur le logiciel, ils sont de nature différente et leur degré d'importance variera selon les cas. En effet, passer commande d'un logiciel n'implique pas pour autant qu'il y ait cession automatique de tous les droits sur ledit logiciel au profit de la personne visée. Seuls des droits limités lui seront octroyés la plupart du temps, la licence accordant au licencié un droit d'usage précaire et temporaire du logiciel visé.³ De plus, l'art. L. 111-3 CPI posant le principe d'indépendance du support matériel et des droits intellectuels de l'œuvre⁴, le transfert de propriété du support n'emporte, à lui seul, aucun transfert des droits de propriété incorporelle : ceux-ci demeurent à l'auteur. Or, souvent, le bénéficiaire de la

¹ On parle de contrat de commande ou de développement en matière de logiciel.

² *Traité de la propriété littéraire et artistique*, A. et H.-J. Lucas, 2^{ème} édition, Litec, 2001, n° 686.

³ *Informatique, Télécoms, Internet*, A Bensoussan, édition Francis Lefebvre, 2001, n° 109.

⁴ « *La propriété incorporelle définie par l'art. L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel (...)* ».

licence souhaite obtenir le transfert de l'intégralité des droits, parfois à titre exclusif. Toutefois, le contrat peut être envisagé comme une vente ou comme une location¹, ce qui donne à chaque fois une nouvelle perspective quant à la nature des droits octroyés. Quoiqu'il en soit, les débats sur la qualification de la licence restent nombreux en la matière.² Le problème sera alors de donner la qualification la plus adéquate à la licence afin de lui appliquer le régime juridique qui lui convient le mieux.

b) La qualification de location envisagée

53. Si l'on considère que la licence de logiciel est une location³, c'est parce qu'elle semble correspondre à sa définition posée par l'art. 1709 du Code civil⁴ relatif au louage de choses : en effet, la location a pour objet de permettre à une personne la jouissance d'une chose, pendant une certaine durée et moyennant paiement d'une somme d'argent, prenant la plupart du temps la forme d'une redevance. Autrement dit, elle confère au preneur un droit personnel de jouissance. Le contrat étant forcément à titre onéreux, il ne peut aucunement s'agir d'un prêt à usage ou commodat⁵ et toute chose peut être visée, meuble ou immeuble (cf. : art. 1713 C. civ.⁶), ce qui inclut les biens corporels ou incorporels tels que les logiciels. Or, c'est également la définition de la licence de logiciel, puisque celle-ci a pour objet d'offrir la jouissance paisible dudit logiciel contre une rémunération, pendant un certain temps, et dans le respect de certaines conditions prévues au contrat. De plus, comme dans le cadre d'une location, les prérogatives de la partie « faible », c'est-à-dire celle qui utilisera le bien objet du contrat, ne pourront être que limitées, et la cessibilité du logiciel ne sera pas possible, puisque par définition, la location ne confère aucun droit de propriété, que le bien visé soit matériel ou immatériel tel qu'un logiciel. Le loueur ne s'en dépossède pas et conserve la possibilité de le louer à d'autres utilisateurs.

¹ F. Toubol in *Le logiciel, analyse juridique*, LGDJ, 1986, n° 148 : « Si la transmission ne porte que sur l'usage (du logiciel)... le contrat sera peut-être qualifié de **bail** lorsque la convention est à exécution successive. » Ou encore : H. Desbois in *La protection juridique des logiciels*, Ch. Le Stanc, JCP E 1984, n° 24, p. 25 : « Le concessionnaire n'est investi que d'un droit personnel, **analogue à celui d'un locataire ou d'un preneur.** »

² J. Huet et H. Maisl in *Droit de l'informatique et des Télécommunications*, Litec, 1989, n° 45 et 460. La protection juridique des logiciels, Ch. Le Stanc, JCP E 1984, n° 24, p. 22 : « Ce droit réservant à l'auteur la commercialisation des logiciels, leur vente ou leur louage. »

³ *Et si la licence de logiciel était une location ?* M.-A. Ledieu, CCE, novembre 2003, chron. p. 12.

⁴ « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer. »

⁵ Le commodat s'applique aux « choses dont on peut user sans les détruire » (art. 1874 C. civ.). Il est par nature « essentiellement gratuit » (art. 1876 C. civ.) et est soumis au régime des articles 1875 à 1891 du Code civil.

⁶ Art. 1713 C. civ. : « On peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles ».

54. Analysée sous cet angle, la licence de logiciel apparaît comme un contrat de location et non comme un contrat de bail car, ce dernier ne peut porter que sur un bien corporel, contrairement à la licence qui peut concerner tant un bien corporel qu'incorporel. Plus précisément, il est d'usage de distinguer le bail qui porte plutôt sur les biens immeubles, par opposition à la location qui porte sur les biens meubles. En outre, la licence fait appel à des dispositions inapplicables en matière de bail : il en est notamment ainsi de l'obligation de conseil obligatoirement présente dans tous les contrats informatiques, mais aucunement en matière de bail ou de louage de chose où elle est inexistante. La licence de logiciel se rapproche encore du contrat de location car, comme lui, est un contrat à exécution successive, c'est-à-dire qui s'inscrit dans le temps, à l'inverse de la vente qui est un contrat à exécution instantanée. En effet, le logiciel pourra être utilisé sur une certaine durée prévue au contrat. Dès lors, la résiliation sera possible et non la résolution susceptible de s'appliquer en cas de vente. Un autre point commun entre les deux contrats se manifeste par le fait qu'ils n'ont pas besoin d'être écrits pour être juridiquement valables et pour être prouvés. Ainsi, l'art. 1714 C. civ. dispose qu'« *on peut louer ou par écrit ou verbalement (...)* » et s'agissant des licences de logiciels, de nombreuses licences souscrites sur Internet ne font pas l'objet d'un contrat écrit. Cela ne pose pas problème, en particulier lorsque la licence est conclue entre professionnels, la preuve de leurs actes pouvant être apportée par tout moyen (cf. : art. L 110-3 C. com.).¹ En revanche, lorsque la licence de logiciel concerne un consommateur, un contrat écrit est nécessaire, les technologies s'adaptant aussi à cette exigence, puisqu'une click-wrap licence est écrite. De même, un support de logiciel vendu sous plastique ou shrink-wrap licence sera accompagné de ses conditions générales d'utilisation, fussent-elles brèves.

55. Toutefois, dans le cadre des licences exclusives conclues *intuitus personae*, la cession du contrat et donc du logiciel à un tiers serait inenvisageable, puisque le concédant n'entend avoir de relations contractuelles qu'avec une personne en particulier. A l'inverse, dans le cadre d'un contrat de location, la sous-location ou la cession est possible et autorisée par la loi.² Si une cession était effectuée, cela constituerait un motif de résiliation, le licencié ayant commis une faute et le concédant se retrouvant avec un cocontractant autre que celui avec qui il avait décidé de s'engager.

¹ « *A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver **par tous moyens** à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi.* »

² Art. 1717 C. civ. : « *Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite (...).* »

Seule une clause au contrat pourrait autoriser le licencié à céder, ce qui est rare dans la pratique ; il en est de même en matière de sous-location ou de sous-licence. Dans le cadre des licences non exclusives, une telle interdiction est encore plus logique car, dans le cas contraire, ce serait vite « l'anarchie », les licenciés pouvant développer chacun des réseaux de distribution parallèles. Or, le concédant entend contrôler la circulation des exemplaires de son logiciel en conservant par exemple le droit de reproduction.

56. La licence de logiciel et le contrat de location se rapprochent encore, s'agissant des obligations des parties. Dans le cadre d'un contrat de location, le loueur est tenu de trois principales obligations : la délivrance de la chose, l'entretien de la chose conforme à sa destination et la garantie de jouissance paisible (cf. : art. 1719 C. civ.). S'agissant de la première obligation, elle est facilement applicable à la licence de logiciel, le concédant devant remettre au licencié un logiciel conforme à ses exigences et susceptible d'être utilisé. La procédure particulière de recette consistant en l'action de recevoir et de vérifier l'objet du contrat tel qu'un logiciel, viendra finaliser cette délivrance. La délivrance s'observe également dans le cadre des licences de progiciels par la remise du support matériel renfermant le programme, l'exemple le plus simple étant celui des logiciels sous plastique. Quant à l'obligation d'entretien, elle est difficilement transposable au cas du logiciel, bien immatériel qui ne s'altère pas par l'usage ; seul son support peut l'être du fait de l'usure du temps ou d'une rayure s'il s'agit d'un CD-ROM... Selon une vision large, elle peut être rapprochée de l'obligation éventuelle de mise à jour et de celle de fournir régulièrement des nouvelles versions au logiciel. L'obligation de réparation, quant à elle, fait notamment référence aux vices cachés, aux erreurs de programmation susceptibles d'affecter le logiciel, et aux corrections apportées. Elle fait également référence à la maintenance, et en matière de progiciel, implique la possibilité de télécharger gratuitement sur le site de l'éditeur des « patches »¹ permettant de « stabiliser » l'utilisation du programme et de réécrire sa partie défaillante. La garantie des vices cachés s'appliquera tant en matière de location (art. 1721 C. civ.)² qu'en matière de licence de logiciel, avec possibilité de limitation de responsabilité dans certains cas (supra n° 206 s.). Quant à l'obligation de garantie de jouissance paisible ou d'éviction (supra n° 201 s.), elle est présente dans les deux

¹ Un patch est une section de code ajoutée à un logiciel pour y apporter des modifications mineures, notamment en vue de le stabiliser.

² « Il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail (...). »

contrats (art. 1726 et 1727 C. civ. pour le contrat de location), le concédant garantissant notamment au licencié la continuité de l'usage du logiciel.

57. Enfin, s'agissant des obligations du locataire, elles sont les suivantes : payer le prix, utiliser la chose louée conformément à l'usage auquel elle est destinée, et la restituer à l'expiration du contrat. En premier lieu, il va de soi que le licencié soit tenu d'une obligation de paiement, comme le locataire, puisque doit s'acquitter du prix de redevances en contrepartie de l'usage du logiciel qui lui est concédé, la licence gratuite étant plutôt rare. En second lieu, le licencié a pour devoir d'utiliser le logiciel en bon père de famille, c'est-à-dire conformément aux exigences posées au contrat afin que le concédant conserve une certaine maîtrise sur le logiciel. Il en est de même pour le locataire (art. 1728 1° C. civ.)¹. De plus, le licencié ne pourra exercer que les prérogatives qui lui sont accordées par son cocontractant (supra n° 181 s.). En troisième lieu, à l'expiration de la licence, le licencié devra restituer au concédant tous les exemplaires du logiciel et ses copies, ainsi que la documentation y afférente, ou devra les détruire (supra n° 167 s.). Bien entendu, cette dernière obligation n'est possible qu'en matière de licence de logiciel spécifique car, dans le cas d'un logiciel standard dont le paiement est forfaitaire, une restitution ne serait pas envisageable.² L'intérêt étant d'empêcher la poursuite de l'usage d'un logiciel au-delà de la licence, qui pourrait s'analyser comme une contrefaçon, le cas échéant. De la même façon, à l'arrivée du terme du bail, un locataire est tenu de quitter les lieux loués, s'il s'agit d'un immeuble, ou de restituer la chose louée, s'il s'agit d'un bien meuble. Par conséquent, les obligations des parties, tant dans le cadre du contrat de location que de la licence, laissent penser que ces deux contrats se ressemblent.

58. Un autre argument permettant de rapprocher les régimes de licence et de location est consacré par l'art. L. 122- 6 CPI³ qui énonce que le logiciel peut faire l'objet d'une location. S'agissant des prérogatives octroyées au licencié, prérogatives en général limitées, à titre d'exemple, la partie forte ou auteur du logiciel pourra, par application de l'art. L. 121-7, 1° CPI, « *s'opposer à la modification du logiciel par le*

¹ « *Le preneur est tenu d'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention.* »

² C'est sans compter le fait que la licence de logiciel standard s'analyse en une vente.

³ « *Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit (...) d'autoriser 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 (...).* »

licencié, si stipulation contraire plus favorable » : le contrat sera alors orienté dans une perspective de protection des intérêts de l'auteur. Ce dernier sera placé dans une situation plus favorable que celle de son cocontractant. Il pourra décider qu'il sera le seul à pouvoir modifier le logiciel ; de même, il pourra se réserver le droit de corriger les erreurs du logiciel (art. L. 122-6-1 al. 2 CPI), ce qui limite et précarise d'autant les droits du licencié. En d'autres termes, l'auteur sera seul compétent pour assurer la maintenance ou pour la confier à une entreprise tierce de son choix. Le licencié ne pourra prendre d'initiative dans ce domaine. D'ailleurs, bien souvent, les contrats de licence de logiciels comportent en annexe un contrat de maintenance qui prévoit que celle-ci sera effectuée par la société éditrice du logiciel objet du contrat. Tout cela montre que le licencié n'a finalement que peu de droits et qu'il se situe dans une situation d'inégalité contractuelle par rapport à la partie forte, le concédant.

59. Mais, qu'en est-il des licences de logiciels qui ne prévoient pas de durée limitée dans le temps, autrement dit, qui sont à durée indéterminée ? Peut-on encore considérer que la licence est une location ? Dans tous les cas, même si la licence ne prévoit pas expressément de durée, les droits du licencié sont légalement limités à la durée de la protection des droits d'auteur qui est de soixante-dix ans après la mort de l'auteur du logiciel, ou après la divulgation de l'œuvre visée si celle-ci est une œuvre collective.¹ Cette dernière hypothèse étant la plus fréquente, puisque le logiciel résulte souvent d'un travail d'équipe. Par conséquent, une durée indéterminée doit être entendue comme limitée à la durée de la protection du droit d'auteur. Une telle observation est intéressante dans la mesure où le licencié qui obtient une licence de logiciel, pense à tort qu'une durée indéterminée signifie une durée perpétuelle et qu'il devient « propriétaire » de l'œuvre logicielle par le seul fait d'en détenir une licence. Or, cela n'est pas possible puisque, d'une part, le droit interdit les engagements perpétuels et que, d'autre part, le concédant n'entend pas céder l'intégralité de ses droits sur son œuvre. Au contraire : il ne souhaite qu'accorder un nombre de prérogatives limité au licencié et garder le « dessus » sur celui-ci. Dès lors, il résulte de ces développements que la licence de logiciel peut être analysée comme un contrat de location ou de louage de choses incorporelles, ladite licence en reprenant les caractéristiques essentielles. Il est donc possible de calquer les dispositions de la licence sur celles de la location, et cela, même si sa durée n'est pas déterminée.

¹ Cf. : Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, précitée.

60. Par ailleurs, la licence de logiciel sur-mesure comporte encore des spécificités qui méritent attention. En effet, contrairement aux licences de logiciels, le contrat est conclu entre deux personnes morales, la plupart du temps, sociétés commerciales, ce qui implique une certaine liberté contractuelle, la possibilité de prévoir des aménagements au contrat, des dispositions particulières à la demande de l'une ou l'autre des parties... Cela ne signifie pas pour autant une totale égalité contractuelle. Bien au contraire. Certes, dans les licences de logiciels spécifiques, il y a possibilité de négociation là où il n'y en existe pas dans les licences de logiciels standards. Cependant, dans le cadre des premières licences, le concédant garde toujours « l'avantage » par rapport au licencié : il ne va pas lui octroyer la totalité des droits sur son œuvre. Pour l'essentiel, il se verra accorder un droit d'utilisation, en un mot une licence. A défaut, il s'agirait d'une cession de droits à titre exclusif (voir supra n° 108 s.), ce qui est rarement le cas. Quoiqu'il en soit, cet élément de liberté contractuelle étendue vient s'ajouter aux critères de définition de la location « classique », et à ce titre, le contrat de licence de logiciel sur-mesure peut être qualifié de contrat *sui generis*. En revanche, dans le cadre des licences de logiciels standards, l'une des parties est la société éditrice du logiciel, tandis que l'autre est un consommateur. Dès lors, un droit protecteur s'applique à ces derniers, le droit de la consommation, afin de faire face à la situation de déséquilibre contractuel que connaît la licence. Ce qui n'est bien sûr pas le cas pour les licences de logiciels spécifiques qui sont uniquement octroyées à des personnes morales, pour des raisons évidentes, celles touchant au prix de l'œuvre logicielle.

c) Les autres qualifications

61. Il serait difficilement envisageable d'analyser la licence de logiciel spécifique comme une vente, dans la mesure où celle-ci ne pourrait concerner que le support qui renferme le programme informatique et non le programme lui-même. Or, la fourniture d'un logiciel ne se réalise pas totalement par la seule vente de son support¹, celui-ci n'étant qu'un accessoire du logiciel. Quant aux droits du licencié, ils ne se limitent pas à ceux obtenus sur le support. La situation du licencié est plus complexe que cela car, la licence lui permet de bénéficier d'un « service » prévu et offert spécifiquement par le logiciel en question. Qualifier de vente la licence de logiciel serait alors hasardeux. Néanmoins, dans certains cas, cela peut s'avérer utile et bénéfique pour le licencié.

¹ *Le contrat dit de licence de logiciel*, H. Croze et Y. Bismuth, JCP E 1986, II, 14659, p. 122.

62. Enfin, la qualification de la licence de logiciel en contrat d'entreprise se défend également dans l'hypothèse de la commande d'un logiciel spécifique. En effet, un contrat d'entreprise est un contrat selon lequel un prestataire réalise une prestation pour un client, conformément à ses demandes. Sa définition est donnée par le code civil, qui dans son article 1710 indique que « *le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». C'est également le cas lorsqu'une personne demande à un éditeur de logiciels de concevoir un logiciel spécifique correspondant à ses attentes. Une partie de la doctrine semble d'accord sur ce point.¹

63. Or, si un contrat d'entreprise semble « définitif » quant à la transmission de la chose réalisée pour un client, dans le cadre d'une licence, seront uniquement prévus des droits d'utilisation du logiciel conçu. Car, à moins que le contrat ne soit qualifié de cession, l'auteur d'un logiciel ne cèdera jamais son œuvre à celui qui lui en fait commande, encore moins l'intégralité de ses droits dessus. Dès lors, le licencié n'obtenant qu'un droit limité d'utiliser le logiciel, cela va à l'encontre de la définition même du contrat d'entreprise. Au surplus, il est nécessaire de régler le sort des droits de propriété intellectuelle sur le logiciel, qui sont au cœur de la licence. Malheureusement, le contrat d'entreprise ne prévoit rien sur ce point. Il faut alors se référer aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit qu'en l'absence de règles posées en la matière, les droits restent attachés à l'éditeur, donc au concédant. Ainsi, « *l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa* (de l'art. L. 111-1 CPI) », c'est-à-dire à la jouissance par l'auteur d'une œuvre de l'esprit « *d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* » (art. L. 111-1 al. 1^{er} CPI). De plus, il résulte de la définition donnée par le Code civil qu'il manque l'un des volets de la définition de la licence : la durée. Rappelons à ce titre que la licence de logiciel a pour objet de permettre la jouissance paisible dudit logiciel contre une rémunération, pendant un certain temps, et dans le respect de certaines conditions préalablement stipulées. Or, la définition du contrat d'entreprise est muette quant à la durée des relations contractuelles. Il semblerait que

¹ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, A. Lucas et H.-J. Lucas, Litec, 2000, n° 686 : la qualification de la licence de logiciel en contrat d'entreprise n'est pas discutée pour le logiciel développé pour les besoins spécifiques du client. Idem : *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, J. Huet, LGDJ, 2^{ème} éd. 2001, n° 32137 et s. et n° 32236 et s., et *Le logiciel, analyse juridique*, F. Toubol, LGDJ 1986, n° 138.

cette durée court jusqu'à la réalisation de l'objet du contrat, ce qui peut être très variable. C'est pourquoi, il paraît difficile de qualifier de contrat d'entreprise la licence de logiciel.

d) Conséquences de la qualification de la licence de logiciel

64. Les conséquences de la qualification du contrat de licence ne sont pas négligeables. Certes, la liberté contractuelle existe en matière de licence de logiciel spécifique, mais demeure limitée, le concédant n'accordant pas au licencié l'intégralité des droits sur son œuvre. En outre, quand bien même il y aurait possibilité de négocier certains droits, la commune intention des parties ne peut aller à l'encontre des règles d'ordre public. Autrement dit, l'art. 1134 du Code civil ne saurait éluder de telles règles. Le problème se pose lorsque l'intention des parties n'est pas clairement établie. Dans ce cas, le juge peut rechercher la qualification qui convient à l'accord qui lui est soumis, et décider qu'il s'agira d'une licence. Il peut le faire en vertu de l'art. 12 al. 2 du Code de procédure civile disposant que le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties auraient proposée.* » Dès lors, la liberté contractuelle des parties est doublement limitée, soit par la partie forte au contrat, le concédant, soit par le juge.

65. Outre la liberté contractuelle qui précarise la situation des parties et, *a fortiori*, du licencié, la clause de garantie des vices cachés et la clause de cession de droits révèlent également un déséquilibre au niveau des relations contractuelles. En premier lieu, s'agissant de la première clause, elle doit être rédigée de façon à protéger les cocontractants. Si le contrat de licence est considéré comme une vente, la garantie des vices cachés s'appliquera avec toute la force qui lui est reconnue. Autrement dit, la partie dominante, le concédant, sera tenue de garantir tous vices de conception qui rendent le logiciel « *impropre à l'usage auquel il est destiné* »¹, et il ne sera pas possible d'y déroger par une disposition particulière, sauf si les parties concernées sont des professionnels de la même spécialité. Quand bien même les licences ne contiendraient pas de dispositions relatives aux garanties de vices cachés ou en contiendraient certaines limitant leur portée, celles-ci devraient être écartées.

¹ Cf. : Art. 1641 du Code civil.

66. En revanche, si la licence est analysée comme une location, la garantie des vices cachés sera moins stricte. Ce sera l'art. 1721 du Code civil qui s'appliquera : il ne prévoit pas de bref délai, sinon supplétif, pour agir en garantie de vices cachés : « *il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage (...)* » et précise que « *s'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser* ». La garantie des vices cachés devra donc faire l'objet d'une disposition expresse dans la licence pour qu'elle puisse être mise en œuvre, en raison du caractère non impératif de cette garantie en matière de location. De plus, les clauses limitatives ou suppressives de garantie seront considérées comme valides, à condition que le loueur ne soit pas de mauvaise foi (notamment, s'il avait connaissance d'un vice) ; toute faute lourde ou dol ne pourra exonérer le loueur de sa responsabilité et seront interdites toutes stipulations écartant l'obligation essentielle du contrat et libérant ledit loueur de toute charge. A défaut, le contrat serait résolu pour défaut d'objet.

67. En matière de vente, que ce soit dans le monde réel ou dans le monde virtuel, et que le contrat porte sur un bien matériel ou immatériel, il n'est pas possible de limiter la responsabilité du vendeur pour vices cachés, sauf en présence de deux professionnels de même spécialité. Dès lors, selon que la licence sera analysée comme une vente ou comme une location, le licencié ne bénéficiera pas de la même protection. Dans le premier cas, il se placera dans la situation avantageuse d'un acheteur, tandis que dans le second cas, dans celle moins favorable d'un locataire.

68. En second lieu, si une clause de cession de droits figure au contrat, son analyse sera différente selon qu'il s'agira d'une vente ou d'une location. Ainsi, une licence de logiciels spécifiques peut être envisagée comme une vente si l'on considère que les programmes informatiques élaborés répondent aux besoins particuliers d'une personne ou, la plupart du temps, d'une entreprise. Ces programmes s'intégrant dans une œuvre dite de commande. Les personnes à l'origine d'une telle demande estimeront qu'en se faisant livrer un logiciel correspondant exactement à leurs spécifications, logiciel pour lequel ils auront préalablement payé un prix, ils en deviendront propriétaires. C'est alors naturellement que sa propriété ainsi que ses droits y afférents devront leur être transmis : une clause organisant une telle cession, conformément à l'art. L. 131-3 CPI sera exigée. Or, cela n'est pas juridiquement possible, l'art. L. 111-1 al. 3 CPI disposant

que « *l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu* (de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous). » La cession de droits de propriété intellectuelle au profit du licencié n'est, par conséquent, pas envisageable. Elle n'est possible que si l'auteur du logiciel décide expressément de transmettre certains de ses droits au licencié, par le biais d'une clause de cession, ce qui n'est pas fréquent dans la pratique.

69. Par ailleurs, si la licence est considérée comme une location, la question de la cession ne se posera pas, puisque le régime de la cession est incompatible avec celui de la location : les deux ne peuvent coexister. Le licencié n'obtenant que le droit d'utiliser le logiciel visé, autrement dit, un droit de jouissance paisible, conformément au contrat. En effet, une cession supposerait que le titulaire des droits sur l'œuvre logicielle les transfère à un tiers pendant toute la durée de protection légale du logiciel et que ce tiers, alors cessionnaire, puisse exploiter librement l'œuvre, la céder à son tour, voire l'offrir à un créancier comme sûreté réelle... ce qui est inconcevable. Certains considèrent encore que la licence de logiciel peut être analysée comme un contrat d'entreprise ou louage d'ouvrage, puisque porte sur des prestations intellectuelles répondant à des besoins particuliers. En réalité, l'analyse et l'interprétation de ce contrat ne sont pas des plus simples, en particulier lorsqu'un logiciel spécifique est réalisé à partir d'un logiciel de base présentant les caractéristiques d'un logiciel standard. Ce qui complexifie encore la donne. Ainsi, la prédominance d'une prestation standardisée par rapport aux développements spécifiques permettra d'appliquer le régime de la vente. Dans le cas contraire, c'est celui de la location ou du contrat d'entreprise qui dominera selon les cas. C'est pourquoi, selon le contexte envisagé, le contrat revêtira une qualification particulière avec les conséquences juridiques qui en découlent. D'où, l'intérêt d'être vigilant lorsque l'on tente d'analyser ce contrat. De plus, il faudra rechercher l'intention du concédant, partie forte au contrat : en fonction de celle-ci, l'analyse du contrat variera. Ainsi, si le concédant souhaite échapper aux règles qui entourent la vente, très protectrices à l'égard de l'acquéreur consommateur, notamment en matière de garanties (vices cachés...), il enrichira le contrat de clauses allant davantage dans le sens d'une location. A titre d'exemple, le paiement du prix sous forme d'une redevance périodique rappellera celui d'un bail. De même, il limitera les droits du licencié au strict minimum, c'est-à-dire à un droit d'usage, et cela, sur une

certaine durée, avec obligation de restituer le logiciel et/ou d'en détruire toute copie à l'arrivée du terme du contrat, causée ou non par une résiliation (supra n° 167). L'existence d'une maintenance constituera également un indice laissant supposer que le contrat en cause est un contrat de location.

70. Des développements précédents, il résulte que la licence de logiciel est un contrat qui présente des avantages, mais également des inconvénients pour les parties, en particulier pour le licencié. En effet, la licence de logiciel n'est que l'autorisation accordée au licencié d'utiliser de façon limitée ledit logiciel, les droits octroyés étant précaires. Par conséquent, sa situation est loin d'être sécurisante, en dépit de la rédaction d'un contrat, dans le sens où les prérogatives qui lui sont accordées ne sont ni permanentes, ni définitives. En un mot, sa situation n'est pas si envieuse qu'elle y paraît.

71. En conclusion, si pour les progiciels, la tendance est plutôt de parler de vente, pour les logiciels spécifiques utilisés dans un cadre professionnel et nécessitant une maintenance particulière, la qualification est plus incertaine, même si la tendance penche davantage en faveur du contrat de location.¹ Dans tous les cas, on parlera de « licence d'utilisation », expression plus représentative de la situation des parties, que de « licence d'exploitation », ou autre.

72. Après avoir tenté de déterminer le régime juridique de la licence de logiciel, il est nécessaire de l'analyser de façon détaillée afin d'en faire ressortir les principales caractéristiques (Section 2).

¹ *Et si la licence de logiciel était une location ?* M.-A. Ledieu, CCE, novembre 2003, chron. p. 12.

Section 2 : La licence de logiciel, un contrat précaire

Analyser la licence de logiciel ne se fait pas sans difficulté (A). Un constat s'impose : il s'agit d'un contrat d'adhésion simplifié (B) dont l'*intuitus personae* varie selon les cas (C). En outre, il en ressort un caractère de précarité, accentué lorsqu'il est comparé à la cession (D).

A) Vue d'ensemble et problèmes posés

73. Tout d'abord, il est nécessaire de poser comme postulat que la licence de logiciel peut être accordée dans deux hypothèses : soit, dans la situation où un logiciel spécifique existe déjà, dans le sens où il est déjà créé, développé, et qu'une personne morale ou physique souhaite en acquérir une licence ; soit, dans la situation où une personne -en général, une personne morale- commande la réalisation d'un logiciel spécifique (et non standard, auquel cas, il s'agirait d'un progiciel), sur lequel elle souhaite uniquement se voir concéder une licence d'utilisation. Dans ce dernier cas, le choix d'acquérir une « simple » licence est justifié par son coût forcément moins cher que celui engendré par l'achat du logiciel lui-même.

74. Il est toujours nécessaire de définir les droits et obligations de chacun des acteurs, prestataire informatique et client, devenant respectivement et sur le plan juridique, concédant et licencié, afin de déterminer les contours de la licence d'utilisation. A défaut, il y a risque de contrefaçon par celui qui s'aventurerait à utiliser le logiciel en dehors du champ de la licence. Les difficultés apparaissant notamment dans la seconde hypothèse décrite précédemment car, il semble logique que lorsqu'une personne commande la réalisation d'un logiciel spécifique, répondant à ses exigences, elle en acquiert au moins un droit d'utilisation. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'aucune disposition n'est prévue au contrat, s'agissant des droits de propriété intellectuelle y afférents. Le « licencié » considère alors qu'il a le droit d'utiliser le logiciel. Il entend également devenir définitivement propriétaire du support contenant le logiciel qu'il achète et, de ce fait, pouvoir utiliser personnellement comme il l'entend la version du programme qui y est incorporée.¹ Reste à savoir de quelle façon et dans quelles limites, puisque la licence est dans ce cas là, non écrite. Car, affirmer que l'on a un droit d'utilisation sur un logiciel est trop vague, trop imprécis, et surtout dangereux pour le titulaire des droits. Une telle solution n'est alors pas satisfaisante. Or, le logiciel en tant

¹ *Le contrat dit de licence de logiciel*, H. Croze et Y. Bismuth, JCP E 1986, II, 14659.

qu'œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur, pour reprendre l'art. L. 112-2, 13° CPI, mérite que l'on y prête une attention particulière.

75. C'est pourquoi, afin d'éviter les déconvenues, il est impératif de rédiger avec précision la licence d'utilisation du logiciel visé et d'indiquer les droits que le licencié acquiert sur le logiciel en respectant le Code de la propriété intellectuelle, en particulier l'art. L. 131-3.¹ Ainsi, une clause générale, floue, insérée dans n'importe quel contrat aux fins de régir les droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre, et rédigée comme suit, est nulle² et donc réputée non écrite : « *le licencié jouira de tous les droits compris* » ou de « *l'intégralité des droits d'auteur* ». Car, il est important de protéger l'œuvre, ainsi que son auteur, d'autant que le logiciel peut être reproduit à l'infini et de façon aisée, et qu'il peut en résulter des œuvres dérivées... Peu importe que les logiciels soient frappés d'une obsolescence rapide, les risques de contrefaçon demeurent élevés et doivent être contrôlés.

76. La licence devra prendre en compte certains éléments fondamentaux tels qu'en premier lieu, l'utilisateur lui-même du logiciel. En effet, dans cette optique, le rédacteur de la licence se demandera au préalable qui va utiliser le logiciel. Cela conditionnera le contenu même de la licence. Il devra alors savoir si le logiciel sera utilisé par le signataire lui-même de la licence, ou par une autre société du même groupe que le signataire, comme par exemple, des filiales. En second lieu, le rédacteur de la licence s'interrogera sur la finalité du logiciel et sur les besoins attendus par le licencié. Il recherchera quels seront les « bénéficiaires » de cette licence, le signataire ou telle société du groupe. De la réponse à cette question, en dépendra le contenu des dispositions contractuelles.

77. En outre, s'il y a un projet de restructuration de l'entreprise licenciée, ou restructuration en cours, le concédant doit en être averti avant que le contrat ne soit signé. Car, la donne change. De plus, le concédant peut décider que la licence contiendra des restrictions dans une telle hypothèse. Donc, si de tels événements se produisent en cours d'exécution du contrat, des problèmes apparaîtront et des décisions

¹ CA Paris, 13 décembre 2006, *UTAC*, Expertises, 2007, p. 152. Les exigences de l'art. L. 131-3 CPI pour la transmission des droits d'auteur s'appliquent même dans le cas d'une rémunération forfaitaire.

² Cass. civ. 1^{ère}, 9 octobre 1991, n° 90-12. 476, Bull. civ. I, n° 253 ; D. 1993, somm. 92, obs. C. Colombet ; RIDA 1992/1, p. 293.

devront être prises. Dans la même lignée, un projet d'outsourcing ou un outsourcing en cours peut avoir des conséquences sur les licences accordées. En effet, l'entreprise bénéficiant de licences de logiciels et qui va transférer tout son système informatique à un tiers dans le cadre de l'infogérance, souhaitera peut-être également transférer de telles licences au prestataire pour lui permettre de gérer efficacement son système. Or, un tel transfert n'est juridiquement possible que s'il est autorisé par le titulaire initial des droits de propriété intellectuelle sur les logiciels en question, dans le cadre des licences accordées. Dès lors, le rédacteur de la licence devra se pencher sur cette question avant de la rédiger. Il aura la faculté d'exclure du contrat l'hypothèse de l'infogérance, et de sanctionner tout transfert de licence sans son autorisation. S'il s'avère que l'infogérance et la restructuration ne sont pas prévues au moment de la rédaction du contrat, et que leur problème se pose au cours de son exécution, le licencié devra suivre scrupuleusement la lettre de celui-ci. Si des restrictions sont prévues à cet effet et que le licencié les méconnaît, il s'expose à des sanctions. S'agissant du contrat d'outsourcing et de sa clause de propriété intellectuelle réglant le sort des licences de logiciels, il faut se référer aux développements consacrés à ce thème (voir Première Partie, Titre I, Chapitre II).

78. Enfin, avant d'envisager une analyse détaillée d'une licence de logiciel, une observation s'impose : les licences de logiciels sont plus rares dans la pratique que les licences de progiciels, voire que les contrats de cession de logiciels. En outre, la licence de logiciel recouvre deux notions distinctes : la licence d'exploitation et la licence d'utilisation. Si la première sous-entend l'octroi de droits de propriété intellectuelle accordés au licencié pendant une certaine durée, tels que le droit de reproduction, la seconde implique plutôt une simple autorisation d'utiliser le logiciel, ce qui exclut un quelconque droit de reproduction. D'où, l'antinomie : l'une est plus extensive que l'autre.

B) La licence de logiciel, contrat d'adhésion simplifié ou l'expression d'un consentement discutée

Au préalable, un tour d'horizon de la situation s'impose (1) afin d'appréhender au mieux les nouvelles formes de consentement (2) de la licence de logiciel. Cela permettra de faire une comparaison judicieuse et intéressante des licences avec les contrats du monde analogique (3).

1) Panorama de la situation

79. La licence de logiciel est un contrat d'adhésion pré-rédigé, posant des droits très restrictifs au profit du licencié, ce qui signifie que celui-ci adhère à ses dispositions, en bloc, sans possibilité de négociation. Cela s'observe surtout pour les licences concernant des logiciels préexistants ou les progiciels, le titulaire de l'œuvre profitant alors de cette opportunité pour monnayer ses droits patrimoniaux selon ses seules conditions. Dans cette optique, la négociation n'est pas prévue s'agissant des droits concédés, du périmètre d'utilisation du programme informatique, du nombre de personnes pouvant prétendre au droit d'usage, et des restrictions à l'utilisation de ce droit. Certes, une licence d'utilisation consiste à octroyer au licencié le droit d'utiliser le logiciel, mais cela ne saurait se faire qu'à certaines conditions limitativement énumérées. Le droit d'utilisation est rarement « global » dans le sens où il ne comprend pas toutes les prérogatives attachées au droit d'auteur du titulaire ; dans tous les cas, il ne comporte jamais les droits moraux qui, eux, restent attachés à l'auteur du logiciel. Bien entendu, le concédant a pour obligation d'imposer à son cocontractant des dispositions conformes à la réglementation en vigueur.

80. Pour les logiciels faisant l'objet d'une commande spécifique, la situation est différente, dans la mesure où les contrats sont plus souples, et qu'il est possible pour les parties d'en négocier les conditions. Mais, dans cette hypothèse, le contrat est seulement « moins d'adhésion » car, si le licencié dispose d'une faculté de négociation, elle reste limitée, le concédant souhaitant « maîtriser » la situation et garder « le dessus » sur lui. En effet, en tant qu'auteur ou éditeur du logiciel, même s'il obtient une contrepartie financière, il ne désire pas accorder trop de droits sur son œuvre à un tiers. Au contraire, ces droits doivent rester limités. En tant qu'auteur ou père de l'œuvre, il se refuse à « brader » ce qu'il possède. Ce qui conduit à une grande diversité en matière de

rédaction des clauses, et surtout, à une inégalité ainsi qu'à un déséquilibre contractuels au profit du concédant.

81. Toutefois, une telle diversité n'est pas à écarter dans l'hypothèse des progiciels. En effet, la plupart du temps, le concédant accordera au licencié les droits nécessaires pour qu'il puisse utiliser le programme, et la nature de ces droits variera selon le contrat. Elle variera encore selon la personne de l'utilisateur. Dès lors, la précarité sera appréciée à un degré différent à chaque fois. Dans tous les cas, le fait que la licence soit le plus souvent un contrat d'adhésion, du moins pour les progiciels et les logiciels préexistants, implique une faible marge de manœuvre pour les candidats à la licence. Cette précarité s'explique également en raison des « caractéristiques » des acteurs qui n'ont rien à voir avec ceux que l'on retrouve dans le monde analogique. En effet, ils ne sont pas toujours connus : certes, ils sont identifiés lorsque le contrat est conclu sur Internet, puisque déclarer son identité de façon complète est obligatoire, à défaut de quoi il n'est pas possible d'adhérer à la licence. Cependant, un certain « anonymat » demeure, les parties étant susceptibles de ne jamais se rencontrer physiquement. Les licences sont alors impersonnelles. Ce qui n'est pas le cas pour les contrats classiques conclus entre personnes physiques, ou entre personnes physiques et personnes morales, ou entre personnes morales, et cela, même si la conclusion se fait à distance, mais avec négociations et pourparlers en un même lieu et entre personnes physiques ou représentants de personnes morales. Ici, l'hypothèse décrite concerne le cas des licences impersonnelles appelées « *shrink-wrap licence* »¹, licences dont les conditions sont apposées sous l'emballage plastique du logiciel, sur la boîte qui renferme son support. Il s'agit donc d'un contrat consensuel entrant en vigueur dès la manifestation du consentement « particulier » du licencié, autrement dit, exprimé lors de l'ouverture de l'emballage du logiciel. Aucune formalité particulière n'est exigée à ce contrat synallagmatique créant des obligations réciproques à la charge de chaque partie, tel que cela relève de l'art. 1104 du Code civil. Une comparaison est possible avec un autre contrat du monde analogique, en l'occurrence la vente de cartes téléphoniques sous emballage plastique dans les bureaux de tabac et autres commerces, accompagnée de

¹ L'expression « *shrink-wrap licence* » peut être traduite par l'expression « *vente de logiciel sous plastique* ». L'expression « *shrink licence* » signifiant « licence incluse » et « *wrap* », « emballage ». Autrement dit, une « *shrink wrap licence* » est une licence incluse dans l'emballage. Il s'agit ici d'accepter les termes du contrat par l'acte de déchirement du film plastique qui emballe la boîte contenant le support du programme informatique, dont les clauses essentielles de la licence doivent être visibles en couverture sous le film plastique.

leur mode d'emploi. Lorsque l'acheteur déchire cet emballage, son consentement est exprimé et la vente est validée : il est considéré comme ayant accepté les conditions contractuelles. De plus, il ne peut plus restituer l'objet du contrat, celui-ci étant analysé comme consommé dès son descellement, et cela, même si la carte téléphonique n'a pas encore été effectivement utilisée.

82. En s'engageant dans le cadre d'une licence dans de telles conditions, celle-ci est nettement d'adhésion : le licencié n'a jamais été en mesure de négocier quoi que ce soit. Il ne pourra alors obtenir de modification d'une quelconque disposition du contrat, puisque celui-ci n'est, par définition, pas personnalisé. Seul le prix fera éventuellement l'objet d'une remise, au gré du concédant : ce sont surtout ses clients importants qui en bénéficieront, ce qui ne supprime en rien le caractère de contrat d'adhésion. Cela s'explique par le fait que le progiciel n'est rentable que s'il est distribué à grande échelle. La forme très simplifiée des contrats d'adhésion que sont les licences de logiciels sous plastique constituent donc un mode inédit de conclusion des contrats auxquels sont étrangers les contrats du monde analogique.

L'expression du consentement du licencié d'une telle façon est alors dangereuse pour lui et peut être vivement critiquée. Certes, elle simplifie les choses, mais comporte aussi des inconvénients que l'on ne trouvera pas dans les contrats « classiques » conclus entre personnes physiques qui signent ensemble le contrat, dans un même lieu, en vue de s'engager juridiquement. Bien évidemment, les deux situations sont différentes : dans le cadre de licences de progiciels, ces derniers sont distribués largement et, de ce fait, les licenciés ne peuvent faire l'objet d'un traitement individualisé. Dès lors, l'adhésion aux conditions générales de l'usage du logiciel concrétisée par l'ouverture physique du conditionnement est intéressante et très pratique. Elle constitue surtout une spécificité propre aux licences de logiciels, à entendre comme licences de progiciels ou de logiciels préexistants, et qui est inenvisageable pour les contrats du monde analogique. Les conséquences sont loin d'être négligeables. En effet, le licencié n'est pas placé dans une situation lui permettant d'anticiper les problèmes pouvant survenir et affecter le logiciel car, n'étant pas en mesure de négocier ses conditions d'utilisation, il ne peut exiger que la responsabilité du concédant soit engagée dans telle ou telle hypothèse. En un mot, il n'est pas protégé et prend des risques en acceptant une telle licence, et cela, même si ces conditions d'adhésion sont mises à sa disposition. Souvent découragé par une telle

lecture fastidieuse et complexe, le licencié adhère sans savoir, en pensant à tort que les stipulations contractuelles ne lui seront pas opposables. Il ne peut donc savoir à l'avance quelle sera la qualité du logiciel. Ce dernier peut s'avérer non conforme à ce qu'il attendait, c'est-à-dire ne pas être en état de fonctionnement¹, ni compatible avec la configuration de son ordinateur ou de son système informatique, sachant qu'à cet égard, est imposée au concédant une obligation de résultat². En outre, le logiciel peut être vicié ou comporter des anomalies le rendant inapte aux fonctions annoncées³, ou encore des « bogues » empêchant le fonctionnement normal du système⁴ ; il peut faire l'objet de contrefaçon, évincer les droits des tiers, ou même ne pas avoir la capacité d'évolution⁵, exigence découlant de la conformité, ni faire l'objet d'aucune mise à jour, si la licence n'a rien prévu sur ce point. Bien entendu, il n'est pas possible de vérifier toutes ces qualités sans avoir utilisé le logiciel, et sans, au préalable, avoir déchiré son emballage ou film plastique, qui avertit le licencié de l'existence des conditions de la licence qui le lie à l'auteur. Dans la pratique, le futur licencié ne les lit pas toujours ou du moins, pas entièrement. Dès lors que le logiciel est déballé, il est trop tard : le licencié ne peut plus restituer le logiciel, sauf défaut de conformité ou vices.

83. L'adhésion aux conditions générales de l'usage du logiciel concrétisée par l'ouverture physique du conditionnement est alors hasardeuse et non sans risque. Ce type d'adhésion mérite critique dans la mesure où le licencié est placé dans une position d'infériorité par rapport au concédant, avant même de connaître les conditions de la licence. Ses droits sont limités contrairement à ceux du concédant qui conserve la plupart des prérogatives attachées au droit d'auteur (jamais le droit moral qui est inaliénable et incessible) et l'intégralité desdites prérogatives s'il est lui-même l'auteur. La jurisprudence considère d'ailleurs que la licence est un contrat de concession du droit à l'usage d'un programme au profit du licencié⁶, ce qui résume assez bien la situation de ce dernier. C'est pourquoi, si la shrink-wrap licence représente une

¹ CA Chambéry, 1^{ère} ch. civ., 9 octobre 2007, *Cwick c/Syscars services*, Juris-Data n° 345876.

² CA Montpellier, 24 juin 2003, *Lahcène*, Expertises, 2004, p. 196.

³ CA Paris, 27 septembre 1996, Expertises 1997, p. 42, obs. B. Richard. Cass. com., 6 mai 2003, *UGMR c/Proland*, n° 00-11.530, NP ; Expertises 2003, p. 262. Cass. com., 11 mai 1993, n° 91-10.919, NP ; Expertises 1993, p. 273. Cass. com., 11 décembre 2007, *Sté Igrec c/Sté Gaya Software*, n° 04-20.782, NP ; Gaz. Pal. 2008, 1, somm. p. 1124, obs. A. Arrigo ; Expertises 2008, p. 195. CA Paris, 25^{ème} ch. A, 28 mai 2008, *Sté Lenôtre c/Sté Silaos*, Expertises 2008, p. 313.

⁴ CA Paris, 25^{ème} ch. A, 28 janvier 2009, *Sté DMC Roche c/Sté Egide développement*, Juris-Data, n° 375113.

⁵ CA Paris, 27 septembre 1996, *Mai France*, Expertises 1997, p. 42, obs. B. Richard. CA Versailles, 4 octobre 2001, *Thomas*, RJDA 2002, n° 327. CA Montpellier, 5 juillet 2000, *Courtex France*, CCE 2001, n° 37, note Ch. Le Stanc.

⁶ TGI Caen, 18 janvier 2006, Expertises, 2006, p. 118 et p. 105, note Challine.

technique contractuelle innovante facilitant la tâche des éditeurs¹, elle n'en apparaît pas moins contestable. Sa validité est discutée et suscite toujours de nombreux débats.²

84. La situation du licencié est donc précarisée et ce n'est pas pour rien qu'il est appelé la partie faible au contrat. En effet, il n'est pas véritablement protégé puisque la qualité du logiciel peut être altérée, sans qu'il ne puisse rien faire pour l'éviter. Comment le pourrait-il d'ailleurs, puisque son acceptation aux conditions d'utilisation du logiciel se fait d'une façon inédite ? Il s'agit alors de savoir si l'ouverture de l'emballage suffit pour en déduire l'acceptation de l'utilisateur aux conditions de la licence. Car, de cette façon, il ne semble pas s'engager en connaissance de cause... C'est là tout le problème de l'expression de son consentement.

85. Les concédants des progiciels prendront soin d'insérer dans les licences des dispositions les protégeant largement et de façon efficace. Ainsi, leurs obligations seront réduites au maximum³, par exemple à une obligation de remplacement des supports défectueux, et à une assistance en ligne ou téléphonique, dite hot-line, des plus succinctes. Le concédant ne sera pas tenu d'installer le logiciel, ni même à une quelconque maintenance qui n'a rien à voir avec une simple mise à jour (voir Première Partie, Titre II, Chapitre I). En revanche, il sera tenu au respect d'une obligation de conformité⁴, comme pour tous les produits et matériels informatiques, obligation qui n'est pas difficile à remplir en matière de progiciels ou de logiciels préexistants, dans la mesure où peu onéreux, ils n'annoncent que des fonctionnalités ou des spécifications génériques. Donc, dans tous les cas, le concédant a tout prévu sans jamais méconnaître la loi.

86. La shrink-wrap licence telle que décrite précédemment apparaît alors comme un contrat simplifié, ne faisant l'objet d'aucune négociation par les parties, sinon d'une adhésion en bloc à ses stipulations. Le logiciel visé est distribué et circule comme n'importe quel produit bien identifié. La partie forte au contrat, le concédant, aisément

¹ En effet, les utilisateurs de progiciels acquièrent rarement le droit d'utilisation directement auprès de l'éditeur.

² *Droits des auteurs et droits de la consommation dans le cyberspace, la relation auteur-utilisateur*, V. Gaudrais, P. E. Moyse, Cahiers Propr. Intell., 1996-1.

³ *La validité des licences de logiciels sous plastique en droit français : les enseignements du droit comparé*, Cl. Girot, précité.

⁴ *Prouver la non-conformité*, R. Alexander, Expertises, 1996, n° 197, p. 322.

qualifiée ici de vendeur, prendra soin de limiter considérablement ses obligations¹ - sachant qu'elle ne pourra exclure son obligation de conformité- de façon plus accrue que dans le cadre des licences de progiciels, par exemple établies entre deux personnes morales ayant des relations d'affaires habituelles. Il sera impossible pour le licencié d'obtenir la moindre modification de son contrat, c'est-à-dire de le personnaliser dans un sens plus favorable, à moins qu'il ne s'agisse d'un client important, c'est-à-dire d'une entreprise qui se verrait concéder plusieurs licences. Dans ce cas, seul le prix pourrait éventuellement être modifié en sa faveur. Toutefois, cela ne supprime en rien le caractère d'adhésion au contrat dont le reste des dispositions demeure intangible. Le refus du concédant de le modifier s'explique par le fait que le progiciel n'est rentable que s'il est largement distribué. Ainsi, si les licences de logiciels peuvent prendre des formes particulières, cela n'est pas envisageable dans le monde analogique.

2) Les nouvelles formes de consentement

87. Le consentement du licencié est également donné dans une forme particulière lorsque l'adhésion aux licences se fait directement en ligne. En effet, il est possible pour une personne d'acheter un logiciel sur Internet et d'adhérer à ses conditions d'utilisation de la même façon, ou après avoir acheté le logiciel de façon « classique », c'est-à-dire dans un magasin, d'adhérer à la licence en ligne, au moment de l'installation. D'ailleurs, la shrink-wrap licence est en général utilisée dans le cas d'achats de produits de consommation tels que des logiciels ou des jeux électroniques sur CD ou DVD. Le monde numérique a ainsi vu naître de nouvelles formes de consentement donné au moyen d'outils tels que des périphériques de pointage comme les souris, les claviers, les stylets, les tablettes graphiques, les écrans tactiles... Ce qui n'est pas possible pour les contrats du monde analogique, comme par exemple, les contrats d'édition entre un éditeur et un romancier qui se rencontrent physiquement pour s'engager juridiquement, ou si ne se rencontrent pas et décident de s'engager « à distance », les exemplaires papiers du contrat seront envoyés à chacune des parties pour être revêtus de leur signature manuscrite. Ces nouvelles formes de consentement sont apparues sous le terme de « *click-wrap* » ou « *click-through* », ce qui signifie que les conditions de la licence d'utilisation d'un programme informatique pré-installé ou téléchargé sur Internet sont acceptées selon les procédés précédemment cités. Dès lors, l'acceptation

¹ *La validité des licences de logiciel sous plastique en droit français : les enseignements du droit comparé*, Cl. Girot, DIT 1998/01.

de la licence est concrétisée par un clic de souris dans un emplacement graphique spécialement prévu à cet effet et indiquant l'expression « *J'accepte* » ou en anglais, « *ok* », ou « *I agree* » ou encore « *Yes* »... De telles licences acquises d'un simple clic concernent surtout les logiciels grand public : un tel mode de conclusion de contrat est inédit par rapport à celui des contrats analogiques qui se fera à la manière « traditionnelle », c'est-à-dire sur un support papier et en la présence des cocontractants, personnes physiques, ou personnes physiques et représentants de personnes morales. Puis, cela étant fait, il restera à installer le programme en cliquant sur les icônes contenant les termes « *Suivant* » ou « *Next* » en anglais, qui autorisent l'utilisateur à passer à l'étape suivante. Au moment d'installer le logiciel, un écran informera de l'acceptation d'un texte écrit dans une fenêtre avant de pouvoir continuer le processus. En général, les logiciels refusent de poursuivre l'installation si l'utilisateur n'a pas fait défiler le texte jusqu'à la fin. Car, à défaut, cela signifie qu'il n'a pas lu entièrement le texte de la licence et donc, qu'il n'a pas donné son consentement conformément à la loi.

88. Or, pour pouvoir s'engager juridiquement, il faut s'engager en connaissance de cause, c'est-à-dire en reconnaissant avoir reçu toutes les informations nécessaires de son cocontractant, et surtout, en reconnaissant les avoir compris. Sans cela, c'est comme si l'utilisateur s'engageait « à l'aveugle », sans comprendre la teneur de sa démarche et de son acte ainsi conclu. Pour éviter cela, les éditeurs des logiciels visés -et surtout des logiciels grande distribution- exigent que l'utilisateur « tourne toutes les pages du contrat » comme il le ferait pour un contrat papier du monde analogique. Mais, comment savoir si celui qui installe le logiciel a lu la licence dans son entier ? Dans la majorité des cas, c'est peu probable, le texte de la licence étant long, indigeste, et peu clair pour un novice. Un tel problème ne se poserait pas pour les contrats du monde réel car, que le contrat fasse une, deux ou vingt pages, le cocontractant est amené à le lire avant de signer. Il ne peut « ignorer » les pages du contrat qui lui sont remis en mains propres, contrairement à des pages sur écran qu'il est plus facile d'ignorer, l'utilisateur étant souvent pressé de quitter l'interface graphique concernée pour passer directement à l'installation du logiciel, ainsi qu'à la découverte et à l'apprentissage de son application.

89. Certes, qu'il s'agisse d'un contrat papier ou d'un contrat dont les conditions sont affichées sur un écran, dans les deux cas, il suffit de tourner les pages ou de les faire

défiler grâce à un curseur pour éviter la corvée de leur lecture. Toutefois, dans le second cas, l'empressement de l'utilisateur est souvent plus grand car, le logiciel est à « portée de main », si l'on peut dire. Par conséquent, il ne voudra pas attendre une minute de plus avant de pouvoir l'utiliser. Au contraire, dans le monde analogique, il sera placé dans une situation qui lui permet d'être davantage patient.

De plus, dans ce type de licence, un engagement est considéré comme valide lorsqu'une signature électronique a été donnée, signature matérialisée par le fait de cliquer sur « *J'accepte* » ou sur « *OK* » lors de l'installation du logiciel. Car, la signature électronique est reconnue en France et au sein de l'Union européenne comme équivalente à la signature manuscrite¹, ce qui permet de contracter sur Internet, par exemple, dans le cadre des licences « *click-wrap* » ou « *click-through* ». Une telle possibilité n'est pas envisageable dans les contrats du monde analogique pour lesquels la signature est forcément manuscrite, et les moyens pour contracter, naturellement limités.

90. De telles licences accordées aux utilisateurs et dont le contenu -comme le logiciel qui en est l'objet- est téléchargé sur un site Internet, le site de l'éditeur, apparaissent alors intéressantes. Pour accepter les termes de la licence, l'utilisateur, futur licencié, se contentera d'effectuer des clics aux endroits spécialement prévus à cet effet. En dehors de ce procédé, l'acceptation se fera aussi en décochant une mention négative selon laquelle l'utilisateur refusera d'adhérer aux conditions mentionnées.

91. Une autre forme de consentement est encore apparue sous le terme de « *browse-wrap* »² consistant à accepter la licence par le simple fait de naviguer sur un site Internet (celui de l'éditeur du logiciel), sans avoir à cliquer ou prendre préalablement connaissance des conditions d'utilisation. Ici, l'éditeur du logiciel souhaite créer un lien direct avec le licencié : il n'y aura pas de logiciel emballé et pas de procédure de destruction de film plastique pour adhérer. La licence *browse-wrap* est donc dangereuse pour les licenciés, d'autant que la plupart d'entre eux ne lit pas ou pas complètement ses

¹ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, dite « *loi sur la signature électronique* », J.O.R.F. n° 62 du 14 mars 2000, p. 3968. Son décret d'application : décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique.

² Ce terme est issu de l'expression « *shrink-wrap license* ». « *Browser* » signifie navigateur, le verbe « *to browse* » signifie « feuilleter un livre » et « *wrap* », emballage. Autrement dit, l'expression « *browse wrap licence* » signifie approximativement « licence à feuilleter dans l'emballage ». Elle accompagne le logiciel sous forme de notice écrite.

conditions d'adhésion, sans doute par paresse, ou en raison de la longueur et de la complexité des termes employés. Or, de telles conditions leur sont opposables, ces licences étant juridiquement valides. La même observation pourrait être faite pour les licences click-wrap. Cela démontre que ceux qui rédigent ces contrats savent parfaitement comment éviter la sanction de la loi : il ne peut leur être reproché de manquer à leur obligation légale d'information, puisque donnent facilement accès aux dispositions des licences aux personnes concernées. Ainsi, il sera aisé de trouver sur leur site Internet les conditions d'utilisation du logiciel objet de la licence.

92. Néanmoins, par l'emploi de tels procédés, ils favorisent un déséquilibre contractuel ainsi qu'une inégalité avérée à laquelle il n'est pas possible de remédier. L'adhésion à un bloc de règles non négociable, tant pour les click-wrap licences que pour les shrink-wrap licences, et surtout, l'adhésion à des règles qui sont souvent similaires, figées, lorsque l'on se penche sur les différentes licences existantes, montre que celles-ci évoluent peu dans leurs contenus. Une certaine « dureté » à l'égard des licenciés en ressort, le concédant se réservant l'essentiel des droits sur le logiciel visé. Le candidat à la licence n'aura pas d'autre choix que d'accepter ses termes s'il souhaite accéder au programme. La seule protection dont il bénéficiera sera celle offerte par le droit de la consommation, du fait de sa qualité de consommateur, en cas de présence de clauses abusives. Paradoxalement, les concédants tenteront de concilier leurs intérêts avec ceux des licenciés afin de ne pas les faire fuir ni, par la même occasion, de voir diminuer leur chiffre d'affaires. Ils créeront ainsi une sorte d'équilibre entre le risque de violation de la loi et le risque de la perte de clients frustrés ou découragés par la lecture préalable de dispositions longues et ardues. Car, il ne sert à rien de trop durcir les stipulations contractuelles : cela ne peut générer à terme que des déconvenues.

93. Dans le monde analogique, de tels risques n'existent pas : tout est clairement établi dès le départ, même s'il s'agit de contrats d'adhésion ou de contrats qui, sans être d'adhésion, révèlent des rapports de forces inégaux entre les parties. Bien évidemment, de telles pratiques ne sont répandues que pour les logiciels distribués à très grande échelle. Dans d'autres hypothèses, un contrat spécifique tenant compte de la situation du licencié et répondant à ses besoins particuliers, sera conclu avec l'auteur ou concédant.

De manière générale, les règles régissant les licences de logiciels sont plus souples que celles régissant les contrats du monde analogique. Cette souplesse ne s'observe pas uniquement par le mode de conclusion des licences qui se fait parfois en ligne, entre « non présents », ou selon les procédés originaux et inédits tels que décrits précédemment. Elle s'explique également par le contenu des dispositions contractuelles qui reste facilement modifiable par le concédant, le contrat étant la plupart du temps d'adhésion, et cela, même s'il porte sur un logiciel spécifique.

94. Si le droit connaît quelques assouplissements dans le cadre des licences de logiciels, il n'en demeure pas moins applicable. Le droit ne peut ignorer les technologies comme les technologies ne peuvent ignorer le droit. Les logiciels faisant partie des technologies, ils sont concernés à juste titre par cet état de fait. Les licences de logiciels illustrent ainsi une certaine confrontation entre le droit et l'évolution des techniques. L'essence de ces contrats étant immatérielle, les appréhender relèvera d'une analyse particulière. Toutefois, une telle immatérialité ne signifie pas que la relation contractuelle facilement engagée, notamment par le clic ou par le déballage du logiciel, soit vidée de tout contenu contractuel. L'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle demeurent et constituent des éléments de rattachement à la licence de logiciel, des éléments de définition. En effet, personne ne contraint le futur licencié à s'engager : il reste libre d'adhérer ou non, libre de contracter dans le cadre d'une licence. Il en subira ainsi les effets en connaissance de cause. Comme tout contrat, les licences de logiciels n'échappent donc pas à l'application de l'art. 1134 du Code civil.¹

95. Cependant, le principe de la liberté contractuelle est dangereux pour les licenciés car, si dans certains cas tels que celui des licences de logiciels spécifiques, les parties sont libres d'en négocier les termes, cela se fait dans une certaine limite et selon un rapport de forces inégales et déséquilibrées. Certes, les licenciés pourront négocier et obtenir que soient incluses des dispositions allant au-delà de ce qui est prévu par la loi sur le droit d'auteur, mais les parties ont également la faculté de renoncer aux droits qui leur sont accordés par la loi sur le droit d'auteur (sauf les droits moraux). Dans la pratique, les licenciés obtiendront rarement plus que ce que la loi et les titulaires de droits veulent bien leur accorder.

¹ « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

96. Affirmer que le principe de la liberté contractuelle s'applique dans les licences de logiciels signifie également que la volonté du licencié s'exprime librement lorsqu'il décide de valider son engagement par un clic ou d'une toute autre manière, qu'il s'agisse de la navigation sur le site de l'éditeur, du déchirement de l'emballage du logiciel, ou de la signature manuscrite du contrat pour les logiciels spécifiques intéressant par exemple deux personnes morales. Le problème majeur consiste à savoir si l'accord ainsi conclu est valable. Dans le cadre des licences de logiciels spécifiques qui ont fait l'objet d'une véritable négociation entre les parties, il n'y a pas de problème quant à la validité du contrat et quant à la teneur de l'engagement du licencié. En revanche, il est plus difficile de prouver l'accord de volontés pour un contrat où il suffit de cliquer ou de naviguer pour y adhérer, et cela, même si une page-écran contenant les conditions d'utilisation s'affiche, page qui ne donne pas pour autant la preuve de sa lecture par le licencié et, par conséquent, la preuve de l'adhésion de celui-ci en connaissance de cause. En effet, comme annoncé précédemment, le licencié ne lit pas toujours le contenu de la licence ou le fait « en diagonale », sans en comprendre les termes, les tenants et les aboutissants. Ce qui peut s'avérer délicat par la suite en cas de litige car, il sera alors difficile de prouver sa bonne foi.

3) Observations particulières pour les contrats du monde analogique

97. S'agissant des contrats du monde analogique, quelques observations méritent d'être posées. A titre d'exemple, dans le cas du contrat de vente classique, celui qui achète un bien corporel tel qu'un livre n'acquiert pas seulement la « propriété » du papier renfermant l'œuvre de l'esprit qu'est le roman, l'ensemble de poèmes, le discours scientifique... Il acquiert également le droit de le lire et d'exploiter dans les limites légales les informations qui y sont contenues, pour son usage personnel. Par analogie, si l'on suit ce raisonnement, il devrait en être de même pour l'acquéreur d'une disquette ou d'un CD-ROM, dans le sens où il devrait pouvoir disposer du droit d'utiliser le programme informatique qui y est contenu sans que soit nécessaire l'obtention d'une quelconque licence. Or, ce n'est pas le cas car, le support, bien matériel, incorpore l'objet d'une propriété intellectuelle.

98. La situation est plus « simple » pour certains supports renfermant des œuvres autres que logicielles. Ainsi, pour une cassette ou un CD de musique pré-enregistrée, il serait inconcevable que son acquéreur doive obtenir une licence du compositeur ou de

l'éditeur pour l'écouter. Certes, il lui est interdit d'exploiter l'œuvre visée, c'est-à-dire de la reproduire (sauf au titre de la copie privée), de la diffuser, de la commercialiser dans le cadre d'un réseau de distribution parallèle... Toutefois, aucune licence n'accompagne l'achat du support. A défaut, des situations simples deviendraient vite complexes. Il en est également de même pour celui qui achète un bien breveté, quelle que soit sa nature, ou dont le dessin ou modèle est déposé à l'INPI (Institut National de la Propriété Industrielle) : il pourra l'utiliser sans qu'il ait pour obligation d'être licencié du breveté ou du propriétaire du dessin ou modèle. C'est également le cas du commerçant qui vend des produits dans sa boutique et qui utilise indirectement les marques figurant sur lesdits produits, sans pour autant bénéficier de licences sur ces marques. Les exemples de situations similaires du monde analogique ne manquent donc pas. Par conséquent, des œuvres ou des biens protégés par le droit de la propriété intellectuelle ont un régime d'utilisation plus souple que d'autres œuvres telles que le logiciel. La difficulté réside alors dans le fait d'appréhender le logiciel de façon efficace, en tenant compte du caractère matériel de son support et de son caractère propre qui, lui, est immatériel.

99. Une autre situation plus complexe s'observe dans le monde réel lorsqu'elle mêle objets numériques et objets corporels, et que le problème des licences de logiciels se pose. Il s'agit de bien faire la part des choses quant aux conséquences sur les droits acquis sur les œuvres visées.

Ainsi, pour les œuvres imprimées exposées dans une bibliothèque telles que des livres, des revues et des journaux, ladite bibliothèque et ses usagers en ont potentiellement un accès illimité. En d'autres termes, cela signifie que le titulaire des droits d'auteur sur ces ouvrages ne pourra imposer des limitations quant à la durée pendant laquelle une bibliothèque pourra les exposer, ou quant à la durée pendant laquelle un usager pourra « exploiter » un ouvrage emprunté (dans le sens de lire, d'étudier, d'analyser, d'emprunter à plusieurs reprises le livre, de le photocopier dans les limites légales...) ou une base de données papier, ou encore une partition de musique... Si la bibliothèque souhaite conserver ces œuvres et les mettre à la disposition de ses lecteurs, elle n'aura pas besoin de demander une autorisation spéciale à l'auteur ou à l'éditeur. Mais, elle ne pourra pas faire tout ce qu'elle veut pour autant : les droits de photocopie, c'est-à-dire de reproduction, seront limités à ce qui est prévu par la loi, et elle n'aura pas le droit de

revendre les ouvrages, ni d'en faire une quelconque exploitation sans l'accord de l'auteur concerné.

100. En outre, si une bibliothèque est abonnée à certaines revues papier et qu'elle renonce à l'abonnement en question, elle pourra garder les publications précédentes pour une « exploitation », un usage futur. Les contrats du monde analogique offrent alors plus de souplesse et paraissent plus « attrayants » que les contrats du monde numérique tels que les licences de logiciels, aux contenus plus stricts et limités. En revanche, les licences concernant les objets électroniques tels que les livres et journaux électroniques, les bases de données, mais aussi les films, les musiques, les logiciels, les jeux vidéo... en bibliothèque n'autorisent l'accès à ces ressources que pour une période déterminée et dans les conditions définies dans lesdites licences. Car, il ne faut pas oublier que les objets électroniques achetés par les bibliothèques sont soumis à l'obtention d'une licence d'utilisation avec les titulaires du droit d'auteur, souvent les éditeurs. Cela signifie que la bibliothèque doit à chaque fois négocier avec ces derniers, pour chaque usage qui doit être fait de l'objet protégé. Les éditeurs procéderont ainsi : ils enverront un contrat standard à la bibliothèque et l'inviteront à négocier les conditions d'accès et d'utilisation des œuvres protégées. Il est alors recommandé à celui qui négocie pour la bibliothèque d'étudier le contrat avec intérêt et de proposer des modifications à l'éditeur. Il est primordial de discuter des conditions contractuelles parce que si la bibliothèque accepte la licence tel quelle, ses termes s'imposeront à elle, peu importe qu'ils soient obscurs ou incompréhensibles. N'étant pas ou peu familière des dispositions juridiques, elle se retrouvera dans une position de faiblesse par rapport aux éditeurs.

La bibliothèque doit alors tout faire pour obtenir les conditions les plus favorables pour ses lecteurs s'agissant de l'accès aux œuvres protégées et de leur utilisation, et cela, à moindre coût. Par-dessus tout, elle doit comprendre les dispositions contractuelles de chaque licence qu'elle signe et s'assurer qu'elle les remplit. Elle devra éviter de signer des licences qui contiennent des dispositions prévoyant qu'elles ne seront pas soumises à la loi et aux juridictions de son pays, ou celles qui ne reconnaissent pas les droits légaux relatifs à l'utilisation des ressources et reconnus par la loi sur le droit d'auteur. Il faudra également s'assurer que les licences ne renferment pas de dispositions qui n'accordent pas l'accès aux œuvres protégées dont les droits de licence ont été payés, ou qui ne garantissent pas les droits de propriété intellectuelle... De même, il faudra veiller

à ce que le contrat n'inclut pas de disposition tenant la bibliothèque responsable pour chaque infraction commise par un de ses usagers, ou des dispositions allégeant les obligations des éditeurs, ou encore des clauses trop ambiguës sur la durée des droits accordés... Autrement dit, le candidat à la licence vérifiera que le contrat n'est pas trop déséquilibré à son détriment et que les contreparties pour chacune des parties sont quasi équivalentes. La négociation sera toujours possible, mais bien que l'éditeur soit en position de force, le contrat ne sera pas d'adhésion dans le sens où des modifications de clauses ou des aménagements pourront être envisagés. Ainsi, les licences portant sur des objets informatiques, immatériels, tels que les logiciels revêtent des contenus plus stricts que les licences portant sur des biens corporels tels que les livres. Cela ne signifie pas pour autant que celui qui dispose de certains droits sur un ouvrage puisse tout faire, ni qu'il puisse étendre ses droits comme il l'entend. Dans tous les cas, il devra s'en tenir aux termes de la licence.

101. Toutefois, la négociation est davantage envisageable dans le cadre des contrats du monde analogique, encore une fois, même s'il y a toujours une des deux parties en position de force. En revanche, dans le cadre des licences de logiciels, l'adhésion est de rigueur. Les licences click-wrap, shrink-wrap et browse-wrap précédemment abordées l'illustrent. Le candidat à la licence ne peut qu'accepter leurs dispositions ou les rejeter en bloc. Dans la pratique, il les acceptera, sans même les lire, pour la simple et bonne raison qu'il a besoin du logiciel proposé par la licence qui lui est soumise. N'ayant pas le temps de lire la licence et/ou ne disposant pas des capacités intellectuelles pour en comprendre les termes, il ne cherchera pas à savoir à quoi il s'engage.

Dans les licences de logiciels spécifiques conclues entre deux entreprises, le concédant (parfois auteur du logiciel) et le licencié auront la possibilité de négocier car, il s'agit d'un logiciel particulier, commandé pour les besoins du licencié. Mais, comme pour certains contrats du monde analogique, la partie forte, c'est-à-dire le concédant, aura la plupart du temps, le dernier mot.

102. Par ailleurs, dans le monde numérique, une question mérite réponse : est-il judicieux de faire la distinction entre les différents types de candidats à la licence, à savoir entre ceux qui adhèrent à une licence de logiciels ou de logiciels préexistants, et ceux qui adhèrent à une licence de logiciel spécifique et qui, par définition, sont des

clients plus « importants » ? En faisant abstraction du fait que toute discrimination est par principe prohibée, doit-on davantage protéger le licencié d'un progiciel qui est un consommateur, par rapport aux autres catégories de licenciés ? Ou doit-on plutôt protéger tout licencié, sans distinction, du fait de la facilité à contracter qui peut se révéler dangereuse pour lui, et surtout, lourde de conséquences ?

La conclusion du contrat par le biais de l'Internet accentuant cette problématique. En effet, l'interactivité informatique qui ouvre de grandes possibilités aux internautes *lambda* pour conclure des contrats directement sur les réseaux, présente aussi des inconvénients. Il est notamment difficile de savoir si le contrat a été négocié. Dans le cadre général des licences de progiciels, il est clair que non. Plus précisément, dans le cadre des licences click-wrap ou browse-wrap, malgré l'interactivité du mode de conclusion du contrat qui permet un « échange » entre un utilisateur et un programme informatique, il n'y a jamais négociation entre les parties. L'échange reste purement technique, non seulement parce que le licencié adhère aux conditions d'utilisation du logiciel sans pouvoir émettre la moindre réserve, mais aussi parce qu'il n'a pas d'interlocuteur direct en face de lui, même sur les réseaux. Il n'a jamais aucun contact physique avec le concédant, et lorsqu'il s'engage en ligne, il coche souvent une case pour valider son consentement : le concédant ne se trouve pas « en face » de lui, même de l'autre côté de l'ordinateur. Ce n'est pas lui qui lui répond informatiquement et qui l'informe de la conclusion de leur contrat. Cette conclusion se fait de façon automatique. De cette manière, l'anonymat est davantage renforcé : le licencié ne sait pas à qui il a véritablement à faire. Il reste dans le « flou », même s'il connaît l'identité de son cocontractant, et éventuellement sa notoriété.

C'est dans ce sens que l'on peut affirmer que la conclusion des contrats du monde numérique est très impersonnelle, par opposition à ceux du monde analogique. Bien que cela présente des avantages de pragmatisme, de rapidité, de facilité et de coûts moindres, les relations contractuelles sont dépersonnalisées, rendues moins « humaines », et davantage robotisées. Au surplus, est banalisé l'acte de conclusion des licences. Dès lors, l'inégalité contractuelle entre les parties est flagrante : les moyens techniques permettant de retracer le chemin de la communication entre les cocontractants induisent que la loi de l'Etat du concédant est seule applicable. Ce qui précarise encore la situation du licencié. De plus, l'éditeur possédant un droit exclusif et un monopole sur l'œuvre de l'esprit protégée, cela révèle un rapport de forces inégales

entre les parties. Les concédants de logiciels qui sont également la plupart du temps des éditeurs ayant la forme de sociétés multinationales, auront recours aux services de juristes pour rédiger leurs licences. Or, ces contrats sont très techniques et écrits en anglais, lorsque l'éditeur est de nationalité anglo-saxonne. D'ailleurs, les logiciels les plus célèbres et les plus utilisés sont la création d'auteurs américains : de ce fait, les licences sont rédigées en anglais avec traduction dans les langues nationales des pays où sont distribués les logiciels. Cela implique que la licence soit régie par la loi du pays le plus favorable à l'éditeur -en général sa loi- plutôt que par la loi du pays dans lequel est situé le licencié, même s'il s'agit d'un logiciel spécifique pour un client « important » tel qu'une grande entreprise. L'éditeur souhaitant se prémunir de tout conflit ultérieur, préférera la législation du pays dont il est le national. Cela n'arrangera pas les affaires du licencié qui ne pourra que subir cette situation, si l'on peut dire.

C) L'importance variable de l'*intuitus personae* dans les licences de logiciels

103. Selon que la licence concerne un logiciel spécifique ou un progiciel, la considération de la personne du licencié et du concédant sera différente. Dans le premier cas, l'*intuitus personae* est fort puisque le futur licencié décide de contracter avec un concédant de logiciel dont la réputation n'est plus à faire. Il s'engage avec lui car, a confiance en ses compétences et aptitudes professionnelles : il sait qu'il pourra répondre à ses attentes, et surtout, les satisfaire de façon efficace. Quant au concédant, il contracte en général avec une personne morale¹ qui a des besoins bien particuliers : il se doit d'y répondre de la meilleure façon qui soit. Il s'engage donc avec une entreprise en connaissance de cause, c'est-à-dire dont le rayonnement viendra enrichir le panel de ses clients, assoir sa notoriété, ce qui lui permettra d'attirer de nouveaux clients. Bien entendu, cet *intuitus personae* s'observe plutôt dans un sens que dans l'autre, c'est-à-dire en direction du concédant dont certaines qualités sont recherchées par son cocontractant.

104. L'exigence de la considération de la personne du licencié aura pour conséquence que le droit d'usage accordé sera qualifié de « *droit personnel intuitus personae* ». Dès lors, le contrat renfermera des dispositions mentionnant qu'il est interdit au licencié de vendre, de céder, de mettre en location sa licence, de créer des sous-licences, ou de

¹ Le concédant ou auteur de logiciel contracte rarement avec une personne physique car, un logiciel commandé a un coût qu'une personne physique seule peut difficilement assumer.

permettre l'usage du logiciel visé à des tiers... A défaut, cela équivaudrait à remettre en cause les valeurs et les principes de base du contrat, en donnant à une personne autre que celle initialement prévue des droits sur le logiciel qui en est l'objet. Afin qu'il y ait pas de problème d'interprétation, ni de confusion dans l'esprit du licencié, il sera mentionné expressément que la licence concédée est personnelle, non transférable et non cessible.

105. Dans le cas des licences de progiciel, la considération de la personne du licencié importe peu : il s'agit de l'hypothèse de logiciels distribués à grande échelle, c'est-à-dire à un large public. Par conséquent, tout un chacun peut adhérer à ce type de licence, sans distinction. Ici, le concédant cherche à rentabiliser son logiciel et à développer son chiffre d'affaires en accordant des licences au plus grand nombre et en encaissant, par conséquent, un maximum de redevances. Il s'agit d'un logiciel « commercial », d'un produit dont les applications ne demandent pas de compétences particulières ou, du moins, peu de compétences, ce qui explique qu'il puisse être largement distribué. Il n'a rien à voir avec un logiciel spécifique répondant à des demandes personnalisées et proposant des applications ne concernant qu'une entreprise, ou uniquement son système informatique. Les licences y afférentes, souscrites en ligne ou non, prendront dans le premier cas, le nom de « click-wrap licence » ou de « browse-wrap licence » - lorsqu'elles seront acquises d'un simple clic- ou dans le second cas, le nom de « shrink-wrap licence », lorsqu'il suffira de déchirer l'emballage du support contenant le logiciel pour valoir adhésion à ses conditions d'utilisation.

106. Mais, la rédaction des contrats risque de s'avérer trop rigide quant à la définition et la délimitation des droits accordés si ne prend pas en compte des hypothèses telles que l'outsourcing éventuellement envisageable pour une entreprise. En effet, les licences de logiciels *intuitus personae* n'autorisent que les licenciés à utiliser le logiciel visé, ce qui exclut son utilisation par toute autre personne et, par conséquent, les sous-licences et les sous-locations. C'est pourquoi, si le licencié souhaite à terme externaliser son système informatique, il devra demander au concédant l'autorisation de laisser le tiers prestataire chargé de l'infogérance d'utiliser le logiciel. Une modification de la licence s'imposera dans ce but. D'où, la situation de dépendance et de précarité du licencié qui est laissé à la merci du concédant. Sans son aval, il est lié et ne peut prendre certaines décisions stratégiques pour son entreprise. Le même raisonnement est possible

en matière de maintenance qui nécessite l'autorisation du donneur de licence, afin de résorber des problèmes de fonctionnement du logiciel.

107. Enfin, dans certains cas, notamment celui du progiciel, le concédant mentionnera au contrat qu'il est conclu *intuitus personae* afin d'éviter que le licencié ne le cède à un tiers, et cela, même si ce caractère n'est pas observé dans la réalité. Une telle mention sera nécessaire et permettra au concédant de garder le « contrôle » sur son progiciel car, la plupart du temps, le licencié considèrera que la licence de logiciel standard s'analysant comme une vente, il aura acquis le bien qui en est l'objet moyennant paiement d'un prix forfaitaire, ce qui lui donnera le droit de le céder, de par sa qualité de propriétaire.

D) La licence de logiciel par rapport à la cession, un contrat précaire

Un constat s'impose : la cession et la licence sont des contrats distincts (1) révélant une fragilité des seconds (2). Cependant, des rapprochements entre les deux types de contrats sont possibles (3) et méritent réflexion (4).

1) Cession et licence, deux contrats radicalement opposés

108. La confusion entre les contrats de licence et de cession est fréquente et doit être absolument évitée. Car, les effets juridiques de l'un et de l'autre sont radicalement distincts. Si l'un est assez intéressant sur le plan juridique dans la mesure où il offre un panel de droits étendus à l'une des parties, l'autre se veut plus restreint. C'est ainsi que lors de développements précédents, il a été indiqué que la cession d'un logiciel avait pour objet la transmission par une personne appelée cédant, de l'ensemble de ses droits patrimoniaux d'exploitation sur ledit logiciel à une autre personne appelée cessionnaire. Ces droits étant ceux de représentation, de reproduction, de modification, de traduction, d'arrangement, de correction... prévus par la Code de la propriété intellectuelle aux articles L. 122-6 et L. 122-6-1. L'objet d'un tel contrat apparaît alors étendu, par rapport à celui d'une simple licence qui ne consiste souvent qu'à conférer un droit d'usage personnel sur un logiciel, droit au surcroît limité. En effet, autant la cession a pour objet la transmission d'un droit réel -et c'est pour cette raison qu'elle peut s'analyser comme une vente- autant la licence a pour objet la transmission d'un droit personnel d'utilisation au profit du licencié. Si le premier contrat permet au cocontractant visé de

jouir des attributs du droit de propriété, à savoir l'usus, le fructus et l'abusus, le second contrat ne donne pas autant de prérogatives au licencié. Certes, certaines licences peuvent être plus « généreuses » que d'autres et concéder de nombreux droits.

109. Toutefois, dans la pratique, si l'on fait abstraction des droits moraux sur l'œuvre de l'esprit qui ne peuvent être aliénés, le titulaire des droits a rarement la volonté de céder l'essentiel de ses droits patrimoniaux : il veut garder le « contrôle » sur sa création et, à ce titre, ne confère au licencié que des droits limités, ce qui explique sa situation précaire. Ainsi, dans le cadre de la cession, le cessionnaire pourra par exemple exploiter le logiciel en le commercialisant sous forme de licences d'utilisation auprès des tiers et, de ce fait, en obtenir paiement sous forme de redevances ; il pourra aussi céder le logiciel à son tour ou nantir ses droits d'exploitation (art. R. 132-8 à R. 132-17 CPI) au profit d'un créancier, ou encore l'utiliser pour lui-même... En revanche, pour un simple licencié, la plupart de ces prérogatives ne lui sont pas accordées : il ne dispose souvent que de l'usus, le fructus et l'abusus ne lui étant pas réservés. N'ayant que des droits limités sur le logiciel, sa situation est bien différente de celle d'un cessionnaire, et même, à son opposé. De plus, le temps jouant contre lui, la licence limitant l'usage du logiciel pour une durée déterminée¹, pour un domaine d'activités précis, et sur un matériel devant répondre à une configuration particulière, sa situation est loin d'être avantageuse.

Cela s'observe également par certaines contraintes imposées par son cocontractant : celui-ci peut exiger que le licencié l'avertisse de toute modification de la configuration du matériel sur lequel fonctionne le logiciel concédé, et peut exiger une rémunération supplémentaire pour toute adaptation nécessaire, adaptation qui, au surplus, ne pourra être effectuée que par le concédant. Une autre contrainte analysée comme une ambiguïté, ou un problème de compréhension ou d'interprétation de la part du licencié sur la portée et la teneur de son contrat s'observe parfois : lorsqu'une licence est accordée « à titre personnel », cela peut viser le licencié uniquement ou le licencié et certains de ses salariés... Or, le licencié entend parfois un droit d'usage extensif, considérant à tort que lui et l'ensemble de son personnel ont le droit d'utiliser le logiciel concédé. Il faut alors rechercher l'intention du concédant et il est recommandé à celui-ci

¹ CE, 21 novembre 2007, *IBM c/Agence de l'eau Loire-Bretagne*, n° 262908, Gaz. Pal. 2008, 1, somm., p. 1131 ; Juris-Data n° 072714 : en l'espèce, était relevée la faute commise par le bénéficiaire de droits d'usage sur des logiciels, qui a continué de les utiliser sans s'acquitter des droits après l'expiration de la licence.

d'être le plus précis possible dans son contrat quant aux utilisateurs autorisés à utiliser le programme informatique.¹

110. Par ailleurs, la distinction des régimes juridiques entre cession et licence montre encore une inégalité au niveau des relations contractuelles, c'est-à-dire au niveau de la relation cédant/cessionnaire par rapport à celle existant entre concédant et licencié. Si la première semble assez égalitaire et sécurisante pour chacune des parties, en revanche, elle se veut inégalitaire et précaire pour la seconde. Cela s'explique par le fait que le cédant est tenu d'une obligation de donner à l'égard du cessionnaire ; à l'inverse, la licence n'implique qu'une obligation de faire au profit du licencié. De plus, si l'obligation de donner est une obligation de résultat dans le cadre d'une cession, l'obligation de faire n'est qu'une obligation de moyen dans le cadre de la licence (supra n° 151 s.). Par conséquent, les obligations de la partie forte, cédant ou concédant, sont de portée différente : si pour le premier, elles sont lourdes de conséquences (par exemple, sur le terrain des garanties), pour le second, elles sont plus légères, ce qui amène à rapprocher les contrats de cession et de licence avec ceux respectivement de la vente et de la location, rapprochement dès lors, légitime. Cette distinction montre que les droits de chaque cocontractant seront plus ou moins limités selon les cas : ils seront importants dans le cas d'une cession, à la manière de ceux observés dans le cas d'un contrat de vente, et moindres dans le cas d'une licence, à la manière de ceux qui découlent d'une location.

111. S'agissant du formalisme des contrats de cession et de licence, il existe encore des différences qui vont accentuer la précarité du licencié. En effet, si dans le cadre d'une cession, un formalisme écrit est exigé, dans le cadre d'une licence, il en est autrement. Ainsi, à titre de preuve, les cessions de logiciels doivent être écrites (art. L. 131-2 al. 1^{er} CPI et L. 131-3 al. 1^{er} CPI), puisqu'est exigée une mention écrite distincte pour chacun des droits cédés dans l'acte de cession, ainsi que la précision du domaine d'exploitation des droits cédés, son étendue, sa destination, son lieu et sa durée.² L'art. L. 122-7 CPI renforçant encore de telles obligations, puisqu'encadrant strictement la

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, n° 95-13.319, NP ; JCP E 1998, I, p. 845, n° 14, obs. M. Vivant et Ch. Le Stanc. En l'espèce, le droit d'usage du logiciel incluait pour une entreprise, son usage sur l'ensemble de ses ordinateurs, dans le cadre de son activité, y compris au profit de ses propres clients.

² Art. L. 131-3 al. 1^{er} CPI : « 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. »

cession en disant que « *La cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction* » (al. 2) et que « *la cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation* » (al. 3) ; « *lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés (droit de représentation et droit de reproduction), la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat.* » (al. 4). A défaut de respecter un tel formalisme, la qualification de cession ne peut être retenue, sinon celle de licence qui n'exige pas de formalisme particulier, ce qui la rapproche de la location. (supra n° 174 s.).

112. Une autre différence essentielle entre cession et licence qui révèle le déséquilibre au niveau des relations contractuelles est fondée sur l'exclusivité. Si la cession est généralement prévue à titre exclusif, la licence ne l'est pas et, *a fortiori*, la licence de logiciel. En effet, la cession s'analysant juridiquement comme la vente ou la commande d'un bien particulier telle qu'une oeuvre, est généralement accordée à une seule personne, son objet étant de transférer l'essentiel des droits d'exploitation visés. Par conséquent, une seule personne bénéficierait de prérogatives sur le logiciel objet de la cession, prérogatives au demeurant importantes, celles-ci incluant notamment les droits de représentation, de reproduction, de modification... Le bénéfice de telles prérogatives justifiant le prix versé au cédant et, de ce fait, instaurant une équivalence au niveau des prestations des parties, ainsi qu'un équilibre au niveau de leurs relations. Céder à plusieurs personnes ne serait pas intéressant pour les cessionnaires qui se retrouveraient en concurrence les uns avec les autres ; de plus, cela ne serait pas valorisant pour le logiciel, et surtout, inintéressant économiquement pour le cédant.

A l'inverse, les licences de logiciels ou plutôt de progiciels sont concédées à plusieurs licenciés, pour des raisons financières évidentes. Le concédant qui est aussi l'éditeur cherche ainsi à rentabiliser son activité et à tirer profit de son oeuvre en la commercialisant auprès d'un large public. Les droits octroyés ne peuvent alors être que très limités, voire réduits à un simple droit d'usage, d'une part, en raison du faible prix de la licence, et d'autre part, parce qu'accorder à un grand nombre de personnes les mêmes droits sur une oeuvre serait dangereux à terme pour l'oeuvre elle-même (risques de contrefaçon démultipliés, abus des droits concédés...), en plus de constituer un non-sens économique et juridique.

113. Toutefois, une licence de logiciel spécifique correspondant aux besoins bien particuliers d'une personne est souvent accordée à titre exclusif : l'œuvre logicielle répond à des attentes telles qu'elle ne peut faire l'objet d'une licence auprès de plusieurs utilisateurs. Cela n'empêche pas un encadrement contractuel très strict aux fins de protéger l'auteur. Néanmoins, dans le cadre d'une telle licence exclusive, les relations contractuelles restent assez équilibrées : le prix est conséquent des droits accordés au licencié, et le concédant continue à exercer ses prérogatives sur l'œuvre. D'où, la distinction entre cession et licence sur le terrain de l'exclusivité ne doit pas être radicale.

114. La situation du licencié et du cessionnaire est encore différente au niveau de la période pendant laquelle ils peuvent jouir des droits transmis par leurs cocontractants respectifs. Si le cessionnaire bénéficie de prérogatives pendant la durée de protection du logiciel qui est assez longue, soit soixante-dix ans au-delà de la mort de son auteur, le licencié ne se voit octroyer des droits que sur une durée beaucoup plus courte, la durée de la licence susceptible de s'étendre sur à peine quelques années. Ce qui renforce davantage l'idée de la situation incertaine du licencié pour l'avenir, le renouvellement de sa licence demeurant purement hypothétique. En général, la durée des cessions sera longue, à l'inverse des licences qui seront souvent conclues pour un an, renouvelables tacitement par années successives. Pendant cette période, le licencié ne pourra utiliser pleinement le logiciel, peu importe qu'il s'agisse d'une licence exclusive ou non exclusive, et peu importent la nature et l'étendue des droits concédés¹. Tout cela précarise nettement sa situation par rapport à celle de son cocontractant, et légitimise sa qualification de partie faible au contrat.

115. Dans le cas d'une cession, la situation inverse se produit : le cessionnaire se retrouve dans une situation moins précaire, probablement due à la définition et aux caractéristiques elles-mêmes de la cession. Il s'installe dans une relation contractuelle sécurisante, prévue sur une longue durée, et lui permettant d'exploiter le logiciel en toute quiétude. En effet, lorsque la durée de protection des droits d'auteur pour le logiciel visé expire, autrement dit, lorsque la durée de la cession arrive à son terme, ledit logiciel tombe dans le domaine public et ne peut plus faire l'objet d'une exploitation

¹ A titre d'exemple, une licence peut prévoir que le licencié sera propriétaire des modifications, des améliorations et des adjonctions du logiciel qu'il a opérées ou qui ont été effectuées par le concédant à sa demande. Cela n'est pas incompatible avec une licence, même si s'observe rarement dans la pratique : CA Paris, 19 mars 1999, *GIA c/ACA*, Expertises 2000, p. 33.

privée par le concédant ou l'éditeur. Dès lors, le cessionnaire, ses héritiers ou ses ayants-droits ont le droit de l'exploiter librement, sans avoir à demander une quelconque autorisation. Une telle situation n'est pas possible dans le cas d'une licence.

116. S'il s'avère que les licences mentionnent une durée « *perpétuelle* » ou « *illimitée* » des droits d'utilisation, alors que cela est prohibé par la loi¹, il faudra l'entendre comme une durée indéterminée. Cela signifie que le contrat pourra être rompu par l'une ou l'autre des parties à tout moment, moyennant le respect d'un délai de préavis d'une durée raisonnable. En aucun cas, il ne faudra l'analyser comme une licence d'une durée extrêmement longue, quasi éternelle. Cela serait incompatible avec la notion même de licence et avec les règles du droit civil sur la durée des contrats. (supra n° 158). Certes, certaines licences peuvent être conclues pour une longue durée, telle la durée de protection des droits d'auteur. Toutefois, cela n'accroît en rien les droits du licencié sur le logiciel. Sa situation demeure précaire, incertaine : il ne bénéficie d'aucun transfert définitif de droits et n'a le droit d'utiliser le logiciel que conformément aux stipulations contractuelles auxquelles il a adhérees. En un mot, il est assujéti à des obligations tout au long de l'exécution du contrat. S'il s'accorde quelques libertés, c'est au risque d'être poursuivi pour contrefaçon en plus de voir sa licence résiliée pour manquement à ses obligations.

117. Ainsi, s'il n'est pas facile de faire la distinction concrète entre une licence accordée à titre exclusif pour la durée de protection des droits d'auteur et une cession exclusive, les droits d'usage octroyés sur le logiciel étant similaires, une différence essentielle s'impose : la licence n'a pas pour effet de transférer le logiciel du patrimoine du concédant vers celui du licencié, en un mot, aucun transfert de propriété ne se produit.² D'ailleurs, les logiciels étant des biens incorporels, la propriété tient uniquement dans « *la jouissance de toutes les utilités de la chose par celui qui se l'est appropriée* (et dans) *l'exclusion de tous les tiers du bénéfice de ces utilités.* »³ Par conséquent, les droits du licencié ne peuvent être que juridiquement limités. A titre

¹ *Les contrats spéciaux*, Malaurie, Aynès et Gautier, édition Cujas, 1999-2000, n° 668. Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, JO 16 novembre 1999, p. 16962.

² C'est pour cela qu'il est préférable d'envisager la licence comme une location, et la cession, comme une vente. C'est également l'avis d'une partie de la doctrine : *Droit des créations immatérielles : logiciels, bases de données, autres œuvres sur le web 2.0*, H. Bitan, éd. Lamy, collection Lamy Axe Droit, 2010, n° 278, p. 189.

Et si la licence de logiciel était une location ? M.-A. Ledieu, Comm. com. électr., novembre 2003, chron. p. 12.

³ *Rép. civ. Dalloz Jurisp. Générale*, V° « Biens », R. Libchaber, 2002, n° 41.

d'exemple, certains actes lui seront interdits tels que ceux que seuls un titulaire de droits peut faire, comme le nantissement des droits d'exploitation du logiciel, la cession, la commercialisation... Autrement dit, il n'a pas la pleine titularité des droits sur le logiciel, ce qui le positionne dans une situation de faiblesse. Dès lors, seul le titulaire des droits ou concédant pourra agir en contrefaçon ; cela ne serait pas possible pour le licencié, n'étant pas l'auteur de l'œuvre et, par conséquent, n'étant pas en mesure de prouver ni son originalité, ni sa titularité. L'action en contrefaçon sera donc inutile pour lui en plus d'être dépourvue d'intérêt. Cela accentue encore sa précarité : il ne sera pas protégé si le logiciel concédé porte atteinte aux droits d'un ou de tiers.

2) Conséquences de la distinction licence/cession : une précarité et une inégalité marquées

La précarité (a) et l'inégalité (b) en tant que caractères qui ressortent de la distinction entre licences et cessions seront envisagées tour à tour.

a) La précarité

118. Tous les arguments précédemment développés montrent que la licence est un contrat précaire, temporaire, fragile, n'instaurant aucune sécurité contractuelle pour le licencié. Seule est « mis à la disposition » de ce dernier un logiciel, pour une durée limitée, et est organisée son utilisation dans un sens restrictif.¹ Pour préserver cette précarité et éviter que le licencié ne s'égaré dans ses prérogatives, le concédant pourra insérer dans son logiciel une bombe logique, c'est-à-dire un programme se déclenchant automatiquement à une date donnée, par exemple celle de l'expiration du contrat, bloquant alors son utilisation ou provoquant sa destruction. Un tel dispositif permet d'empêcher le licencié d'effectuer des actes interdits par son cocontractant.

L'essence de la licence de logiciel étant immatérielle, par opposition aux contrats du monde analogique, la situation sera différente. Certes, certains contrats n'ayant pas pour objet une chose immatérielle peuvent également révéler une certaine précarité de la partie faible. Toutefois, pour les contrats tels que les licences de logiciels, le contentieux portera sur des questions différentes, *a fortiori*, lorsqu'elles seront conclues en ligne. Si pour les contrats du monde analogique, les litiges concernent surtout l'exécution ou l'accord des volontés, pour les contrats portant sur une technologie telle qu'un logiciel,

¹ Ainsi, la licence peut limiter l'usage du logiciel quant à sa version : CA Paris, 20 juin 2000, *Gentilhomme et Episoft*, PIBD 2001, III, p. 47.

s'ajouteront les litiges nés d'un besoin de sécurité pour la partie la plus faible. Leur éventuelle formation en ligne (c'est le cas de certaines licences de progiciels) ou leur formalité simplifiée (c'est le cas des shrink-wrap licences) conduiront à des litiges relatifs à la sécurité contractuelle et auxquels sont étrangers les contrats du monde analogique. De cette insécurité en découlera une précarité pour l'une des parties, celle la moins protégée. Dès lors, la confrontation entre le droit et l'évolution des techniques aura un impact différent au niveau des contrats formés.

119. Comme il a été indiqué au cours de précédents développements (infra n° 35 s.), la licence n'est pas une vente -celle-ci ne pouvant s'appliquer qu'au support du logiciel qui en est un accessoire- sinon l'autorisation d'accorder au licencié un droit d'utilisation limité sur le logiciel. Certes, des prérogatives seront accordées au licencié, mais seront rarement étendues et, *a fortiori*, lorsqu'il s'agira de progiciels. Par conséquent, le caractère dominant dans la licence de logiciel sera inévitablement la précarité.

120. En premier lieu, la licence a une durée limitée, ce qui implique que les droits accordés au licencié sont loin d'être permanents -quand bien même le contrat serait reconduit- puisque n'est jamais perpétuel. En un mot, les droits concédés sont provisoires. Parfois, la durée n'est pas précisée au contrat, ce qui suppose que celui-ci soit à durée indéterminée avec possibilité de résiliation unilatérale ; parfois, la durée indiquée correspondra à celle des droits d'auteur. (supra n° 158).

121. En second lieu, la précarité concerne le droit d'usage du logiciel car, la licence n'a pour finalité que de permettre son utilisation par un licencié, dans des conditions très strictes. De ce fait, il ne lui sera accordé que de faibles prérogatives et la licence s'analysera comme l'autorisation précaire d'utiliser un logiciel. De la manière dont le contrat sera rédigé, il ne pourra en aucun cas être confondu avec une cession qui consiste à transmettre l'ensemble des droits patrimoniaux -et non le droit moral qui est inaliénable et quasi inexistant en matière de logiciel¹- que l'auteur détient sur son logiciel. La nature des droits cédés et l'objet même du contrat sont donc radicalement différents. Pour éviter la confusion entre les deux contrats, ils devront être le plus précis possible et ne créer aucun doute quant à l'étendue des droits visés. La rédaction du

¹ *Droit des créations immatérielles : logiciels, bases de données, autres œuvres sur le web 2.0*, H. Bitan, éd. Lamy, collection Lamy Axe Droit, 2010, n° 300, p. 199.

contrat est donc essentielle et se doit d'être scrupuleuse. Dans la pratique, le licencié aura un droit de propriété inexistant sur le logiciel, son titulaire ne lui accordant qu'un de ses démembrements tels que l'usus, c'est-à-dire un droit d'usage, voire dans les cas les plus favorables, un droit d'exploitation. Mais, l'un et l'autre droit seront à chaque fois limités par le jeu de clauses spécialement prévues à cet effet par le concédant, entendant demeurer la partie forte.

122. En troisième lieu, la précarité s'observe par le « sentiment » que le concédant veut créer dans le cadre de la licence. Plus précisément, il veut que le licencié pense qu'il est l'unique utilisateur du logiciel et qu'en dehors de lui-même, aucune personne, physique ou morale, n'est investie de prérogatives. La rédaction du contrat le laissera entendre. Or, la réalité est toute autre. C'est ainsi, qu'à titre d'exemple, les utilisateurs des logiciels considèreront -à tort- que la licence à laquelle ils ont adhéré inclut le droit de reproduire le logiciel sur un nombre de supports à déterminer ou un nombre de copies¹ qu'ils sont autorisés à installer sur différents postes de travail, copies obtenues notamment grâce au téléchargement, à condition que cela soit effectué dans le respect de la loi du 12 juin 2009 dite « *Loi HADOPI* » ou « *Loi Création et Internet* ».²

De telles observations sont valables que la licence soit accordée à titre exclusif ou à titre non exclusif. Dans le premier cas, certes le licencié est proclamé seul utilisateur du logiciel visé, mais n'a pas tous les droits dessus. S'il estime avoir des droits importants, cela n'est qu'illusion. En analysant bien le contrat et en prenant conscience des tenants et des aboutissants des droits accordés, il se rendra compte que ceux-ci sont précaires et

¹ A ce titre, certains utilisateurs professionnels tels que des entreprises parlent de « *location de licences* », le concédant mettant à la disposition du licencié un nombre précis d'exemplaires du logiciel, en vertu d'une convention de louage.

² Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet dite « *Loi Hadopi* » ou « *Loi Création et Internet* », J.O.R.F. n° 135 du 13 juin 2009, p. 9666, texte n° 2. HADOPI désignant la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet, autorité publique indépendante. Une telle loi vise à protéger les auteurs contre la diffusion de fichiers en fraude de leurs droits par les internautes, notamment connectés en réseau. Cette loi fait suite à la directive européenne 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (J.O.C.E. n° L 167 du 22 juin 2001, p. 10-19, également appelée EUCD (European Union Copyright Directive)), transposée en droit français par la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (J.O.R.F. n° 178 du 3 août 2006, p. 11529, texte n° 1, dite « *Loi DADVSI* ») qui a pour finalité de protéger les droits d'auteur sur Internet. Elle a été complétée par une nouvelle loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, dite « *Hadopi 2* » (J.O.R.F. n° 251 du 29 octobre 2009, p. 18290, texte n° 1), loi luttant notamment contre le téléchargement illégal.

limités en faveur du concédant. Il en est de même dans le cadre d'une licence non exclusive impliquant que des droits sur le logiciel sont accordés à plusieurs personnes, physiques ou morales, toutes licenciées à des degrés divers ou équivalents. Cela est encore plus vrai dans le cadre d'une licence de progiciel supposant un nombre important de licenciés. C'est pourquoi, il est légitime d'affirmer que le défaut d'exclusivité accentue la précarité des licences de logiciels.

123. Enfin, la précarité s'illustre également par le fait que les droits moraux sur le logiciel (droit de paternité, droit de retrait, droit de repentir, droit de divulguer et droit au respect de l'œuvre) ne sont jamais cédés, à l'instar d'une cession. Par conséquent, un licencié qui estimerait avoir acquis tous ces droits par le biais d'une licence aurait une vision erronée. Il ne saurait se considérer comme détenteur de ces droits. Or, la plupart du commun des mortels considère qu'une licence est une cession, et que, comme son nom l'indique, est cédée la propriété du logiciel dans son ensemble. Il est également considéré que moyennant rémunération au concédant, le licencié peut faire ce qu'il veut et disposer du logiciel comme il l'entend. Ce qui est faux au demeurant. En effet, le licencié a cette croyance d'acquiescer un logiciel lorsqu'il signe un contrat de licence et croit pouvoir accomplir tous les actes juridiques qu'il souhaite en la matière. En réalité, il n'acquiesce aucune propriété, sinon quelques prérogatives limitées dans le temps. Il lui est octroyé certains droits de propriété intellectuelle, mais en aucun cas, la totalité des droits sur l'œuvre : il n'a le droit d'utiliser le logiciel que conformément à ce qui est prévu au contrat. S'il est autorisé à reproduire ou à exploiter le logiciel, cela ne saurait se faire qu'en respectant les règles de l'art et les dispositions contractuelles. A défaut, il risquerait d'engager sa responsabilité pour contrefaçon, et son cocontractant n'aurait aucune difficulté à résilier le contrat.

b) L'inégalité

124. A côté du caractère précaire qui ressort de la licence de logiciel, est relevé un fort caractère d'inégalité contractuelle. En effet, la licence a pour conséquence d'instaurer une inégalité entre les parties, leurs obligations respectives n'étant pas de portée équivalente. Dès lors, leurs relations sont déséquilibrées : il y a toujours un dominant ou partie « forte », le titulaire du logiciel, et un dominé ou partie « faible », le licencié. Le premier étant le concédant, parfois aussi l'auteur lui-même du logiciel, disposant de tous les droits dessus, patrimoniaux et moraux. Pour rester la partie forte, il

se protégera et rédigera des clauses très protectrices à son égard, interdisant au licencié de céder, de prêter ou de louer le logiciel à un tiers, sous peine d'être poursuivi pour contrefaçon.¹ Ainsi, son objectif sera de conserver le maximum de prérogatives sur le logiciel, afin de toujours dominer l'ensemble des relations contractuelles. Car, le concédant ou l'auteur d'un logiciel a souvent quelques réticences à en confier le droit d'usage ou d'exploitation à un tiers, quel qu'il soit, et souhaite protéger ses intérêts. Mais, il a également conscience du fait qu'un logiciel non utilisé et/ou non exploité est dépourvu d'intérêt et ne rapporte rien financièrement. Et il n'y a pas pire pour un auteur que de voir son œuvre « à l'abandon », c'est-à-dire non utilisée. C'est pourquoi, il cherchera à la rentabiliser. Son objectif sera alors de « faire croire » au licencié qu'il lui accorde des droits importants. Le choix d'un contrat de licence et des dispositions qu'il renferme devient alors stratégique, soit parce qu'il n'a pas le temps d'exploiter lui-même son œuvre, soit parce qu'il n'en a pas les moyens financiers. Dans cette perspective, il acceptera d'octroyer à un tiers, le licencié, quelques droits à titre temporaire, moyennant rétribution financière, ce qui ne l'empêchera pas de prendre certaines dispositions restrictives, afin de toujours garder le contrôle de l'exploitation de l'œuvre. En d'autres termes, il restera sur ses gardes et conservera le « noyau dur » de ses droits : la licence n'est pas une vente et ne transmet aucun titre de propriété.

125. De ces développements, il peut être considéré que le titulaire des droits sur le logiciel fera la loi des parties, ce qui ne déroge pas pour autant à l'art. 1134 al. 1^{er} du Code civil : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Car, les parties ayant toutes deux intérêts à s'engager contractuellement, vont faire des compromis concrétisés par le jeu de clauses qui leur seront applicables. Le dominant va imposer, sous couvert de la négociation, certaines conditions d'utilisation ou d'exploitation de son logiciel, tandis que le licencié pourra, par exemple, « se rattraper » sur la partie financière du contrat, à condition que celui-ci ne soit pas d'adhésion. C'est pourquoi, une telle théorie ne pourrait s'appliquer que pour les logiciels spécifiques, sauf cas particuliers de licences de logiciels conclus entre un concédant et un licencié personne morale qui nécessite d'utiliser un programme standard dans des conditions bien précises, donnant au contrat un caractère *intuitus personae*. Dès lors, le licencié étant un client « à part », le prix de la licence sera éventuellement négocié, ce qui est inconcevable dans le cas des shrink-wrap licences ou

¹ CA Paris, 30 avril 1998, *MCP Technologie c/Microsoft Corporation*, Expertises 1999, p. 441.

des click-wrap licences. Pour le reste des stipulations contractuelles, aucune négociation ne sera possible, sauf exceptions.

3) Des rapprochements inattendus entre licences et cessions

126. Bien que la licence et la cession soient des contrats radicalement différents, ils présentent des similitudes. En effet, tous deux accordent des droits au licencié ou au concédant pendant un certain temps, dans un certain lieu ou site d'exploitation (tel qu'un département d'entreprise, une société, une filiale...)¹, droits à exercer selon certaines modalités prévues au contrat. Quant à la limitation temporelle, elle implique que licence et cession peuvent faire l'objet d'un renouvellement, mais que leur durée ne saurait être perpétuelle. Toutes ces restrictions ont pour effet de précariser la situation du licencié ou du cessionnaire selon les cas, les droits octroyés n'étant jamais définitifs. De plus, comme pour la licence, la cession n'entraîne pas obligatoirement une dépossession de la partie forte, le cédant, sur le bien objet du contrat, en particulier si elle n'est pas exclusive, puisque dans ce cas, les différents cessionnaires ne peuvent se voir octroyer chacun un morceau du logiciel...

127. Un autre point commun s'observe par le fait que cession et licence peuvent être consenties à titre non-exclusif, ce qui signifie que le cédant et le concédant aient le droit de se réserver des droits identiques à ceux qu'ils ont respectivement accordés aux cessionnaires ou licenciés. Or, cette pluralité d'acteurs n'est pas envisageable dans le contrat de vente que l'on a tendance à rapprocher de la cession, et qui met en scène un seul acquéreur du bien objet du contrat, et envers lequel le transfert des droits est total et définitif.

128. En outre, la cession et la licence peuvent être partielles, dans le sens où seuls certains droits seront accordés à la partie visée. Ainsi, dans le cadre d'une cession, il est possible que seul le droit de représentation ou le droit de reproduction soit cédé car, « *la cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction* » et inversement.² L'essentiel est que le concédant le précise au contrat.

¹ CA Montpellier, 5 juillet 2000, *Sté Courtex France c/Sté Isis*, CCE 2001/4, n° 37, note C. Le Stanc : en l'espèce les juges retiennent que : « *méconnaît la clause d'interdiction de cession des droits à un tiers le licencié d'un logiciel qui en transmet l'usage au locataire-gérant de son fonds de commerce* ».

² Art. L. 122-7 al. 2 et 3 CPI.

129. Enfin, licence et cession peuvent être consenties à titre onéreux ou à titre gratuit, puisque la loi l'autorise (art. L. 122-7 al. 1^{er} CPI¹), même si la seconde alternative semble plus rare, voire inenvisageable dans la pratique. Le Code de la propriété intellectuelle n'utilisant que le terme de « *cession* » incluant les hypothèses de licences, cette possibilité est commune.

130. Ainsi, si la cession semble généralement plus avantageuse que la licence, étant plus sécurisante, la licence se révélera plus intéressante dans certaines hypothèses, et offrira une situation plus enviable. En effet, certaines licences accordent de nombreux droits et sont concédées « *pour le monde entier, pour la durée légale de protection du droit d'auteur (c'est-à-dire jusqu'à soixante-dix ans après sa mort) et pour l'ensemble des droits patrimoniaux accordés à l'auteur sur un logiciel* », ce qui est très large.

4) Conclusion

131. La définition donnée à la licence laisse apparaître qu'elle est limitée dans les droits qu'elle confère au licencié, à l'inverse de la cession. La licence ne transmet pas de droits réels, sinon porte sur la concession de droits personnels, c'est-à-dire de droits d'usage, tandis que la cession transfère des droits réels, porte davantage sur le droit d'exploitation, et est soumise au régime de la vente. C'est pourquoi, la licence de logiciel est souvent appelée licence d'utilisation de logiciel.² En conséquence, les deux contrats n'ont ni la même portée, ni les mêmes implications juridiques et économiques.

132. De plus, le licencié ne peut avoir plus de droits que celui qui lui concède la licence : il n'est pas propriétaire du logiciel. Il n'a que des droits précaires et demeure à la merci d'une décision de résiliation de la part du concédant, à tout moment. Les licences apparaissent alors comme le moyen pour les titulaires de logiciels de conserver l'essentiel de leurs prérogatives, tout en se faisant rémunérer de celles qu'ils accordent. Ils perçoivent ainsi les fruits de leur travail, en toute légalité. Tout sera mis en oeuvre pour que ces titulaires gardent « l'avantage » sur les licenciés, ainsi que la majeure partie de leurs droits. En rédigeant le contrat de telle façon qu'il en ressort des caractères d'inégalité et de précarité, le concédant atteint son objectif. La licence n'est

¹ « *Le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux.* »

² CA Paris, 14 novembre 2001, *Mysoft c/Legisotf*, RJDA, 2002, n° 242. *Le contrat d'exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ?* Propr. ind. 2003, chron. n° 18, J. Raynard.

ni une vente, ni une cession de droits : sa réalité économique est moindre. Faire croire ou laisser le licencié croire qu'il est propriétaire du logiciel, alors qu'il n'en est rien, représente justement une stratégie du concédant pour attirer des candidats à la licence. Il n'en demeure pas moins un déséquilibre fort entre les parties qui sera observé dans les stipulations contractuelles (Section 3).

Section 3 : La protection des logiciels par le droit des contrats : la rédaction des licences de logiciels ou des enjeux inégaux de part et d'autre

Avant d'entrer dans le vif du sujet de la rédaction des licences de logiciels, une présentation rapide du contrat s'impose (A). Elle permettra d'appréhender ses dispositions, révélatrices d'une inégalité et d'une précarité dès sa formation (B), tendance se poursuivant lors de son exécution (C). Une telle analyse aidera d'autant à envisager sereinement les remèdes à cette situation et à rétablir un certain équilibre (D).

A) Présentation sommaire du contrat

133. Comme évoqué précédemment, la licence de logiciel permet à une personne, le « concédant », d'accorder à une autre, le « licencié », un droit d'utilisation ou d'*usus* sur ledit logiciel, gratuitement ou à titre onéreux. Plus précisément, le titulaire de droits patrimoniaux sur un logiciel a la possibilité d'en concéder l'exercice de certains à un tiers : il définira par le biais d'un document contractuel ou « licence », l'étendue des droits concédés. Il faut impérativement garder à l'esprit que la licence de logiciel ne confère au licencié que des droits limités : autrement dit, le concédant n'est pas dessaisi de sa propriété. Il conserve tous ses droits dessus, y compris celui de le retirer du marché.

134. La licence peut consister en la simple concession du droit d'usage du logiciel sur un seul ordinateur et pour une durée limitée à des fins d'évaluation, ou permettre au licencié de reproduire le logiciel et de le distribuer librement dans le commerce. Des licences diverses au contenu très varié sont donc possibles. Le concédant a un large choix quant aux options : il est libre de déterminer la nature et le contenu de la licence, et peut insérer toutes les limitations de droits qu'il entend, de même que toutes les extensions. S'agissant des restrictions, elles seront possibles sous réserve des dispositions de l'article L. 122-6-1 du CPI, et notamment du droit pour le licencié de réaliser une copie de sauvegarde du logiciel (art. L. 122-6-1 II CPI).

135. Dans la pratique, la gratuité de la licence est plutôt rare : est accordée à titre onéreux la jouissance du droit d'utilisation. Il s'agira la plupart du temps du paiement de redevances ou de royalties. De plus, la licence sera accordée en tout ou en partie, ce qui signifie que certains droits ou la totalité des droits sur le logiciel seront octroyés, sachant que chacun d'entre eux sera plus ou moins étendu selon les cas. En règle générale, il est rare que la totalité des droits soit accordée : à défaut, il s'agirait d'une cession. En outre, le concédant est souvent l'auteur du logiciel, c'est-à-dire son créateur ou, dans la pratique, l'éditeur. Cette dernière observation est encore plus vraie dans le cadre des logiciels distribués à grande échelle par un éditeur et non par l'auteur lui-même.

136. Dans le cadre de la licence d'utilisation d'un logiciel, l'auteur de droits stipulera donc les conditions selon lesquelles une personne physique ou morale sera autorisée à l'utiliser. La portée et la teneur du contrat dépendra de la façon dont il sera rédigé : selon les cas, les intérêts de l'une ou l'autre des parties seront privilégiés et l'étendue des droits concédés variera dans un sens ou dans l'autre. Il est alors conseillé de rédiger des clauses qui ne soient ni trop imprécises, ni trop générales, et de clairement déterminer l'étendue des droits effectivement concédés. Cela évitera bien des conflits par la suite. Certaines licences contiendront des dispositions plus ou moins favorables à l'un ou l'autre des cocontractants. Soit il s'agira d'une simple licence d'utilisation, strictement délimitée, c'est-à-dire comportant un minimum de droits et de prérogatives pour le licencié, soit il s'agira d'une licence d'utilisation plus étendue quant aux droits octroyés. Au demeurant, ces derniers seront encore différents selon la personne de l'utilisateur du logiciel, ce qui renvoie aux développements relatifs à l'*intuitus personae* (infra n° 103 s.).

137. Deux situations sont visées par la licence : la première consiste à concéder au licencié un droit d'usage précaire et temporaire sur le logiciel, en contrepartie du paiement de redevances périodiques. Quant à la seconde, elle confère à l'utilisateur un droit définitif souvent rémunéré de façon forfaitaire, hypothèse de l'acquisition de logiciels dont la licence est attachée à l'acquisition de leur support. Seule la première hypothèse concernant des logiciels spécifiques sera étudiée car, révèle des particularités que ne présentent pas les licences de logiciels. En outre, ces dernières s'analysent comme des ventes, situations juridiques clairement établies (infra n° 45 s.) : il semble

alors plus judicieux de se pencher sur le cas des licences de logiciels particuliers, davantage enrichissant sur le plan de la technique contractuelle. Toutefois, cela n'empêchera pas de faire des comparaisons avec les licences de progiciels, qu'elles soient souscrites de façon classique, « sur papier », ou par le biais de l'Internet (cas des shrink-wrap licences ou des click-wrap licences). La majorité des systèmes juridiques admettant la validité de ces licences modernes¹, il paraît logique et indispensable d'y faire référence.

B) Une inégalité et une précarité lors de la formation du contrat

Le préambule de la licence de logiciel pose une ligne de conduite à respecter par les parties (1). Les définitions, habituelles dans tout contrat, mettant en jeu des technologies informatiques, sont ici essentielles (2). Elles permettent de mieux comprendre l'objet de la licence (3), ainsi que les obligations des parties (4). Quant à la durée du contrat (5) et son prix (6), ils appellent quelques observations.

1) Le préambule

138. Comme pour tout contrat, qu'il s'agisse de contrats du monde analogique ou de contrats liés aux technologies issues du numérique, un préambule doit être rédigé avec soin, et cela, avant même la clause consacrée aux définitions. Car, il va poser d'emblée les bases de la licence : il est donc très important. Cela s'explique aussi en raison de l'objet du contrat, le logiciel, œuvre de l'esprit particulière, qui suscite un intérêt certain à la fois pour les juristes, pour les utilisateurs, et pour le législateur. La spécificité attachée à la licence de logiciel sera donc mise en avant dès le préambule.

139. Dans tous les cas, le préambule décrira le logiciel et précisera si le concédant en est aussi l'auteur, ou s'il en a simplement acquis les droits. Il est nécessaire de le savoir car, le licencié doit avoir tous les éléments pour s'engager en connaissance de cause, et surtout, parce que les conséquences juridiques seront différentes selon les cas, notamment au regard de la garantie d'éviction. Au surplus, il sera mentionné si le concédant est une personne physique ou une personne morale. Le concédant étant celui

¹ *La validité des licences de logiciel sous plastique en droit français : les enseignements du droit comparé*, Clarisse Girot, DIT, 1998/01, p. 7.

qui détient les droits sur le logiciel visé par le contrat, il est nécessaire que le licencié sache « à qui il a à faire ».

140. Concernant le logiciel lui-même, le préambule indiquera dans quelles circonstances il a été développé -cela concerne le cas où le concédant est l'auteur du logiciel- quelles sont ses fonctionnalités, ses domaines d'application, sa destination... S'il y a lieu, son nom ou appellation sera mentionnée. Une description plus technique et plus complète fera l'objet d'une annexe au contrat. Seront également précisées les raisons motivant le candidat à la licence à bénéficier de certaines prérogatives sur le logiciel (par exemple, pour gérer son activité. Après avoir assisté à une démonstration du logiciel, il s'aperçoit que son utilisation lui sera nécessaire). Si le concédant n'est pas auteur du logiciel et qu'il en a acquis les droits, il faudra le mentionner expressément et préciser dans quelles conditions il les a acquis (par exemple, par une cession). Une attention particulière doit donc être donnée au préambule. Les exemples de contrats en la matière ne manquent pas.¹

141. A titre comparatif, le préambule des contrats de licence d'utilisation de progiciel² est parfois similaire à celui des logiciels, de par ses contenus. En revanche, il est souvent plus succinct car, le logiciel visé étant standard et distribué à grande échelle, le concédant ne va pas s'encombrer de détails. Ce concédant est d'ailleurs souvent l'éditeur du logiciel, c'est-à-dire celui qui va le commercialiser. A l'inverse, dans le cadre d'une licence de logiciel spécifique, le concédant est souvent l'auteur car, n'aura pas à faire ce travail supplémentaire de distribution, dans la mesure où peu de licenciés seront concernés.

142. Dans le cadre d'une licence sous plastique ou shrink-wrap licence, il n'y a pas toujours de préambule. Le contrat commencera plutôt par un avertissement donné à l'utilisateur du logiciel³, lui enjoignant de lire l'intégralité du texte de la licence avant d'ouvrir le conditionnement. L'utilisateur sera également averti de son engagement dès

¹ Annexe n° 1 : « Préambule », *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 310-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 1.

² Annexe n° 2 : « Préambule », *Contrat de licence d'utilisation de progiciel*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 315-10, éd. Lamy, mai 2007, p. 1.

³ Annexe n° 3 : « Avertissement », *Licence de logiciel « sous plastique » (« Shrink Wrap Licence »)*, *Licence d'utilisation du logiciel « LLL »*, Centre de Médiation et d'Arbitrage des Techniques Avancées (ATA), p. 1.

lors qu'il aura déchiré le plastique recouvrant la boîte renfermant le logiciel. Enfin, dans le cadre des click-wrap licences, le préambule sera remplacé par des « remarques préalables »¹ expliquant que l'usage du logiciel ne sera possible que si le futur licencié a accepté au préalable les conditions d'utilisation « *de manière définitive et sans réserves en activant le bouton correspondant lors de l'installation* ». Il sera également précisé que si l'utilisateur n'approuve pas les conditions d'utilisation indiquées, il n'aura aucun droit sur le logiciel. Cela est exprimé d'une façon suffisamment claire pour que toute personne, consommateur *lambda*, puisse en comprendre les termes, et ne pas invoquer ultérieurement un défaut de compréhension, notamment pour obtenir gain de cause dans le cadre d'un litige.

2) La clause « Définitions »

143. Dans un contrat aussi technique que la licence de logiciel, certains termes doivent être définis pour éviter tout risque d'erreur de la part du licencié. C'est le cas de « *logiciel* », de « *licence* », mais aussi de « *documentation* », de « *matériel de conception préparatoire* »... En effet, le logiciel doit être explicité pour être distingué du progiciel qui porte souvent à confusion, en particulier dans l'esprit des novices en matière informatique. Sa définition mentionnera qu'il inclut un programme informatique, la documentation y afférente, le matériel de conception préparatoire, ainsi que tout autre élément accessoire sur lequel le licencié souhaite obtenir un droit d'utilisation, droit identique à celui obtenu sur le logiciel lui-même... La version du logiciel sera également mentionnée. Le matériel de conception préparatoire étant protégé par le droit d'auteur au même titre que les logiciels (art. L. 112-2, 13° CPI), il mérite d'être défini. Il en est de même de tous les termes techniques ou qui ont une importance certaine dans le cadre de la licence, afin de comprendre l'étendue de la relation contractuelle : c'est le cas de « *configuration* » ou d'« *anomalie* ».

144. Dans le cadre des licences de progiciels, sera défini en particulier le terme « *progiciel* » afin d'éviter toute confusion dans l'esprit du public.² En revanche, dans le cadre des click-wrap licences ou des shrink-wrap licences, certains termes techniques ne

¹ Annexe n° 4 : Article 0 : « *Remarques préalables* », Licence d'utilisation du logiciel « *Data Becker* », Data Becker GmbH & Co.KG, Version 9.6-1, 2010, p. 1.

² Annexe n° 2 : Article 1 : « *Définitions* » : Progiciel : « *programmes exécutables en code objet documentés, conçus pour être fournis à plusieurs utilisateurs en vue d'une même application ou d'une même fonction, dans toute version en ce compris toute mise à jour.* », Contrat de licence d'utilisation de progiciel, précité, p. 1.

sont pas toujours expliqués. D'ailleurs, ces contrats sont souvent « minimalistes », c'est-à-dire rédigés de façon très synthétiques, ce qui peut s'avérer problématique.

3) La clause objet

145. Il s'agit sans conteste de l'une des clauses les plus importantes de la licence de logiciel car, va poser les lignes de conduite à adopter tout au long de la relation contractuelle. Les licences de logiciel consistent à mettre à la disposition d'une personne appelée licencié, un logiciel, peu importe sa nature, sa variété ou sa fonction (c'est-à-dire qu'il s'agisse d'un logiciel d'exploitation ou d'application). En transférant une telle technologie à une personne, le concédant lui transmet, par la même occasion, des droits tels que des droits d'auteur, qui varieront selon les types de licences. Ces droits feront l'objet d'une description précise dans la clause relative aux droits de propriété intellectuelle, la clause objet se contentant de les citer et se voulant assez succincte. Par conséquent, l'objet est de permettre au licencié de profiter du « service » fourni par le logiciel, c'est-à-dire de pouvoir l'utiliser pendant une certaine durée, selon les conditions posées. De ce fait, la licence ne peut être qu'à exécution successive et peut être résiliée conformément à ce qui est prévu au contrat (supra n° 167). Si le licencié est une société, il n'aura le droit d'utiliser le logiciel que dans le cadre de son objet social, de la manière et pour les finalités expressément autorisées par les dispositions contractuelles, tandis que le concédant se réservera tous les droits non accordés au licencié.

146. Par ailleurs, la clause objet détermine si la licence sera ou non exclusive de droits. Si elle n'est pas exclusive, cela signifie que le concédant, outre le fait qu'il se réserve le droit d'utiliser le logiciel, pourra accorder une licence à un autre licencié. S'il multiplie les licences, le montant des redevances sera moins onéreux que dans le cas d'une licence exclusive. Cela semble logique car, dans ce dernier cas, le concédant, qu'il soit ou non auteur du logiciel, octroie l'essentiel des droits à une seule personne et entend se faire rémunérer en conséquence. Mais, s'agissant du prix, il faudra se référer à la clause du même nom pour plus de précisions.

147. De plus, du caractère exclusif ou non de la licence, dépendra la nature et l'étendue des droits concédés, ainsi que les obligations des parties. En effet, si la licence a uniquement pour objet de concéder sur le logiciel des droits d'utilisation strictement

limités, sa rédaction sera proche de celle portant sur un progiciel qui, par nature, est forcément non exclusive.¹ Tout cela sera bien entendu précisé dans la clause relative aux droits d'utilisation du logiciel, la clause objet se contentant d'indiquer que le « *Contrat a pour objet la concession à titre non exclusif par le Concédant au Licencié de droits d'utilisation du Logiciel* »². Dès lors, une telle stipulation n'a qu'un caractère informatif et non descriptif.

Que soit en cause un logiciel ou un progiciel, il ne s'agira pas d'une cession de droits, sinon d'une concession non exclusive de droits d'usage du programme informatique. L'auteur n'étant pas affecté dans l'exercice de ses droits de propriété intellectuelle, conformément à l'art. L. 122-6 CPI, il continuera d'exploiter son œuvre, si bon lui semble, c'est-à-dire de la vendre, de la louer, de la reproduire, de la traduire, de l'adapter, de la modifier et d'y apporter tout arrangement qu'il estime nécessaire... (art. L. 122-6 CPI).

148. Mais, une telle rédaction montre une certaine inégalité de la relation contractuelle concédant/licencié, dans la mesure où les droits accordés au licencié sont limités dans leur nature et leur durée. Ils ne sont que provisoires. Par conséquent, la situation de licencié est précaire. Seul le concédant est en position de décider de la nature et de l'étendue des droits qu'il souhaite accordés. Le licencié subit donc ses choix. La licence non exclusive de logiciel ou de progiciel étant un contrat d'adhésion, il sait d'avance qu'il n'aura pas la possibilité de revenir sur certaines dispositions. D'où, le déséquilibre au niveau des relations contractuelles.

149. En revanche, dans le cadre des licences exclusives de logiciels spécifiques, le licencié est dans une meilleure position que celle d'un licencié de progiciel. Car, il obtient davantage de droits sur le logiciel : pour cela, il paie un prix important. Toutefois, cela n'enlève en rien le caractère de précarité au contrat : les droits accordés sont des droits d'usage d'une durée limitée, le licencié n'acquiert en aucun cas des droits de propriété. Là encore, il ne s'agit pas d'une cession. Même s'il bénéficie de droits d'utilisation et d'exploitation importants, ainsi que de mises à jour du logiciel, une inégalité et un déséquilibre contractuel demeurent. La partie forte, le concédant,

¹ Annexe n° 2 : Article 2 : « *Objet du contrat* » : « *Le Contrat a pour objet de définir les conditions dans lesquelles l'Editeur concède au Client une licence non exclusive d'utilisation du Progiciel.* », *Contrat de licence d'utilisation de progiciel*, précité, p. 2.

² Annexe n° 1 : Article 4 : « *Objet du Contrat* », *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 3.

conserve l'essentiel de ses droits sur le logiciel ; en particulier, lui sont toujours reconnus la paternité de l'œuvre et l'ensemble des droits moraux qui y sont attachés.

150. Enfin, si l'objet précise que la licence est d'utilisation, par opposition à une licence d'exploitation, cela n'est pas anodin. Le premier cas concerne la simple concession d'un droit d'usage du programme, contrairement au second qui concerne d'autres droits tels que ceux de reproduction, d'adaptation, de traduction... A noter que ces droits devront être précisés avec soin dans une disposition particulière.

En conclusion, en lisant l'objet du contrat, le licencié sait à quoi il doit s'attendre. La clause y afférente sera de préférence rédigée de façon claire et synthétique pour éviter toute ambiguïté. Il en est de même pour les shrink-wrap licences¹ ou les click-wrap licences.² Certaines licences seront plus exhaustives dans leur objet car, décriront les droits accordés au licencié : *« Par le présent contrat, l'éditeur concède au licencié qui l'accepte, le droit non exclusif et non cessible d'utiliser le logiciel désigné aux conditions particulières, selon les conditions et modalités définies ci après moyennant le paiement de la redevance décrite aux conditions particulières. Le licencié est autorisé à : installer le logiciel sur un seul serveur et permettre ainsi l'utilisation du logiciel via une interface web sur autant d'ordinateurs connectés et ce, pour une durée illimitée (...); faire deux copies du logiciel pour des besoins de sauvegarde uniquement (...); installer le logiciel sur un dispositif de sauvegarde (...); si le logiciel concédé en licence est une mise à niveau ou une mise à jour, le licencié ne pourra utiliser le logiciel que pour remplacer les versions du même logiciel qui ont été précédemment et valablement licenciées (...). »*³

¹ Annexe n° 3 : Article 1 : « Licence » : « Par la présente licence, le Concédant « CCC » autorise son client qui en a payé le prix à utiliser le logiciel « LLL » dans les conditions définies ci-dessous que le Concédant « CCC » et son client s'engagent à respecter. (...) Le Concédant « CCC » accorde à son client **le droit non exclusif** d'utiliser un exemplaire du logiciel « LLL » sur un ordinateur mono-poste (avec une seule unité centrale) sur un site unique. », Licence de logiciel « sous plastique » (« Shrink Wrap Licence »), Licence d'utilisation du logiciel « LLL », précitée, p. 1.

² Annexe n° 4 : Article 1 : «Objet de cet accord»: « A la condition d'un paiement total du montant convenu, Data Becker vous confère les droits d'utilisation décrits sous le point 2 sur ce logiciel et sur la documentation afférente. **Vous n'obtenez aucun droit d'auteur, de propriété ou de copropriété sur le logiciel même.** Ceci s'applique également si des modifications non conformes à l'accord sont effectuées dans votre ressort ou si le logiciel est lié à d'autres programmes. Tous les droits, sauf ceux qui vous sont expressément accordés dans ces conditions d'utilisation, restent chez Data Becker et/ou les tiers respectifs titulaires des droits. Si vous dérogez à ces conditions d'utilisation, tous les droits d'utilisation sur ce logiciel expirent automatiquement. », Licence d'utilisation du logiciel « Data Becker », précitée, p. 2.

³ Annexe n° 5 : Article 2 : « Objet », Contrat de licence du logiciel « Roublac », Direction des Systèmes d'information du Centre Hospitalier de Roubaix, p. 2.

4) Les obligations des parties

Etudions en premier lieu les obligations du concédant (a), puis celles du licencié (b).

a) Les obligations du concédant

151. Comme dans tout contrat, le concédant ou l'éditeur du logiciel donné en licence est tenu au respect de certaines obligations. Parmi elles, il y a la fameuse obligation de conseil du « spécialiste informatique » qu'est ou qu'est censé être le concédant. Bien entendu, cette obligation sera plutôt observée pour les logiciels spécifiques faisant l'objet de contrats particuliers, et non pour les logiciels standards pour lesquels les contrats sont d'adhésion et conclus sans « contact physique » entre les parties, c'est-à-dire sans que les parties aient connaissance l'une de l'autre. L'obligation de conseil est également inexistante, *a fortiori*, pour les licences de logiciels sous plastique ou les licences souscrites en ligne. C'est pourquoi, la présente étude ne concernera que les licences de logiciels particuliers.

Notons que cette obligation de conseil est très importante en matière de logiciels car, il s'agit d'outils techniques dont l'utilisation n'est pas toujours aisée, et qui vont être notamment recherchés par des entreprises dans un but spécifique.

Outre l'obligation de conseil, le concédant est tenu d'une obligation de garantir la conformité du logiciel, d'une obligation de garantie d'éviction, ainsi que d'obligations en matière de délivrance et de décompilation, qui feront l'objet de développements ultérieurs.

152. S'agissant de l'obligation de conseil¹, elle est complexe dans le sens où il ne s'agit pas uniquement de « conseiller » le licencié quant au logiciel objet de la licence. En effet, elle implique d'autres obligations que sont l'obligation de s'informer des besoins du licencié², l'obligation de fournir à celui-ci tout renseignement utile concernant le logiciel, par exemple, de l'informer sur les capacités du logiciel et sur son adéquation avec ses besoins, l'obligation de le mettre en garde quant à ses caractéristiques techniques, ses contraintes, ses limites... A cela, s'ajoute l'obligation de

¹ *Droit de l'informatique*, M. Vivant, JCP éd. E 1995, n° 18. Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1996, *Revue Droit de l'informatique et des télécoms*, 1997, n° 3, p. 27.

² Cass. com., 5 janvier 1999, *Expertises* 1999, p. 269.

proposer au licencié la solution la plus appropriée, voire de lui recommander de modifier la structure de son entreprise, afin de favoriser une utilisation optimale du logiciel. Le concédant peut également recommander au licencié d'organiser des sessions de formation de son personnel pour une utilisation du logiciel conforme aux attentes de son entreprise en termes d'exploitation.¹ L'obligation de conseil se veut donc très complète. Concrètement, le concédant mettra en garde le licencié sur la nécessité d'avoir un matériel et des logiciels compatibles avec le logiciel fourni² : il s'agira à ce titre d'une obligation de résultat.³ Il mettra également le licencié en garde sur les difficultés et dangers liés aux transferts des données occasionnés par le chargement du logiciel.⁴

153. De façon générale, l'obligation de conseil est une obligation de résultat car, le concédant a pour obligation de fournir les informations précitées sur le logiciel. Toutefois, s'agissant du contenu du conseil donné, il n'est tenu que d'une obligation de moyen, la loi n'exigeant pas qu'il transmette une liste précise d'informations au licencié.⁵ Ce sera ensuite au licencié de prendre sa décision : il reste libre de ses choix qui seront pris en fonction des conseils judicieusement donnés. Quoi qu'il en soit, une telle obligation sera mentionnée au contrat avec précision et reste essentielle : à défaut de respect, le concédant est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle à l'égard du licencié.⁶ Elle sera éventuellement rédigée comme suit : « *L'éditeur, après avoir eu accès à toutes les informations requises, a reconnu avoir parfaitement analysé les besoins du Licencié et s'est déclaré en mesure d'y répondre en ce qui concerne, tant le respect des délais, que les niveaux de qualité, de performance et de fiabilité recherchés par le licencié.* »

¹ Si le concédant forme le licencié et son personnel, il lui communiquera un certain savoir-faire.

² CA Orléans, 23 octobre 1997, JCP E 1998, I, p. 846, n° 18.

³ CA Montpellier, 24 juin 2003, *Lahcène*, Expertises 2004, p. 196.

⁴ CA Pau, 4 septembre 2006, *Sté Adour c/Sté ACIP*, JAMP 2006/3, p. 572.

⁵ *Théorie et pratique des contrats informatiques*, Ph. Le Tourneau, D. p. 10. *A contrario : Le droit de l'Internet et de la société de l'information : droits européen, belge et français*, T. Verbiest et E. Wéry, préface de M. Vivant, éd. Larcier, 2002, 648 pages : « *Sauf clause contractuelle contraire, l'obligation d'information du prestataire informatique est une obligation de moyen et non de résultat.* »

⁶ Cass. com., 12 novembre 1992, *Droit informatique et télécoms*, 1993/2, p. 46. La sanction prononcée par les juges peut être des dommages-intérêts : CA Nancy, 19 juin 2002, *Juris-Data* 2002-214204, ou l'annulation du contrat en raison de « *l'erreur commise par l'acquéreur incompetent en la matière* » : Cass. com., 3 avril 2002, *Juris-Data* 2002-013872. En l'espèce, la portée de cette sanction était déterminée par la qualité du licencié, selon qu'il était profane ou non (c'est-à-dire spécialiste de l'informatique ou non), par la portée du manquement à l'obligation de conseil, (c'est-à-dire selon que celle-ci a été respectée ou tout ou en partie), et par le caractère déterminant ou non du logiciel pour le licencié.

154. L'obligation de conseil sera proportionnelle au degré de compétence du licencié en matière informatique et logicielle. A ce titre, la jurisprudence considère que « *l'utilisateur informatisé depuis longtemps ne peut être assimilé à un profane.* »¹ Toutefois, le concédant n'est pas pour autant dispensé de cette obligation.² Son obligation ne peut qu'être atténuée³, notamment si le licencié connaissait le logiciel, par exemple, s'il a eu la possibilité de le tester. C'est pourquoi, certains éditeurs proposent ou imposent à leurs futurs licenciés une « licence test »⁴ pour leur permettre de vérifier l'adéquation du logiciel à leurs besoins. C'est une sorte de période d'essai des logiciels, prévoyant son utilisation gratuite pendant une très courte période, et ne donnant que très peu de droits au futur licencié. Seul un droit d'utilisation est accordé, et au surplus, un droit extrêmement limité, dans le sens où seuls quelques ordinateurs bien identifiés ont la possibilité d'essayer le produit. Dans cette hypothèse, les obligations du concédant sont moindres, s'agissant notamment de son obligation de conseil. En effet, il peut même « transférer » le devoir de conseil au candidat à la licence, celui-ci devenant chargé de vérifier que le logiciel fourni correspond bien à ses besoins. Cela va encore plus loin, puisque le concédant a la possibilité de prévoir que la licence sera concédée sur le logiciel « en l'état », et qu'il ne sera tenu au respect d'aucune garantie à l'égard du candidat à la licence. Par conséquent, sa responsabilité ne sera pas engagée dans le cadre d'une quelconque utilisation faite du logiciel par le licencié.

Il peut même arriver qu'au moment de la conclusion de la licence, le concédant décide de ne pas prévoir d'obligation d'information et de conseil, au motif que le licencié a disposé d'un temps largement suffisant pour appréhender le fonctionnement du logiciel directement au sein de son système informatique, et donc pour s'engager en connaissance de cause. Par conséquent, même lorsqu'il est tenu d'une obligation, le concédant parvient à la « minorer » ou à s'en faire dispenser dans certains cas, ce qui précarise d'autant la situation du licencié.

¹ CA Paris, 25^{ème} ch. B, 24 juin 1988, *Sté C. Prop. C/Sté Kienzle informatique*, Juris-Data n° 23947, p. 13 ; Cass. com., 6 octobre 1998, *Revue Lamy Droit des Affaires*, 1998, n° 10, n° 637, obs. L. Costes.

² C'est notamment le cas lorsque « *les informaticiens* (de l'entreprise du licencié) *ne disposaient pas de toutes les compétences nécessaires, s'agissant de l'installation de logiciels spécifiques* » : Cass. com., 6 mai 2003, *Sté Promatec c/UGMR* (cette société possédait en interne un service informatique).

³ A titre d'exemple : Cass. com., 14 mars 2000, *JCP G* 2000, II, 10367 ; *JCP E* 2000, p. 1430, note D. Talon. En l'espèce, l'obligation de conseil du concédant est atténuée car, le licencié était un professionnel de l'informatique. Les juges relevant qu'il était « *utilisateur de longue date de programmes informatiques pour les besoins de sa profession.* »

⁴ Elle est appelée en anglais « *trial licence* » ou « *evaluation licence agreement* ».

Enfin, en contrepartie de l'obligation de conseil du concédant, le licencié sera tenu d'une obligation de collaboration (supra n° 156) : elle permet de protéger les intérêts du concédant.

b) Les obligations du licencié

Si la licence délimite les droits des licenciés, elle en définit aussi les obligations. A ce titre, il sera tenu de différentes obligations parmi lesquelles celle de payer le prix de la licence, une obligation de recette, une obligation de coopération, et une obligation de confidentialité. L'obligation de recette fera l'objet de développements ultérieurs (supra n° 192 s.). Quant à l'obligation de payer, elle n'appelle pas d'observations particulières : le licencié est tenu de payer les redevances périodiques telles que prévues au contrat. Pour en savoir plus sur le prix, il faut se référer à l'analyse qui y est consacrée (supra n° 169).

155. L'obligation de confidentialité oblige le licencié, son personnel et toute personne habilitée à utiliser le logiciel, à ne pas divulguer les éléments secrets dudit logiciel : une disposition sera justement prévue à cet effet au sein du contrat. La confidentialité fera surtout référence au code-source, donc à des éléments essentiels du logiciel qui doivent être impérativement protégés (supra n° 213 s.). Au titre de cette obligation, le concédant fixera des règles préventives de sécurité en précisant les conditions d'utilisation à suivre pour assurer la sécurité et la confidentialité du logiciel. En outre, il sera mentionné une interdiction de communiquer des éléments du logiciel sans l'autorisation du concédant, de sortir de l'entreprise des documents relatifs au logiciel, à son fonctionnement, à son code-source, de les faire lire par des tiers... A cela, s'ajoutera une obligation de tenir un relevé du nombre de copies autorisé, ou encore une obligation de rendre ou de détruire les copies du logiciel à l'expiration de la licence... Le concédant usera donc de toute son imagination pour fixer des règles : il y va du respect de la confidentialité de son œuvre.

156. Quant à l'obligation de collaboration du licencié, corollaire de l'obligation de conseil du concédant, elle doit être précisée avec soin au contrat, et implique à la fois une obligation de coopération et de participation tout au long de l'exécution du contrat, donc un rôle actif du licencié, contrairement à ce que l'on pourrait croire. A ce titre, il sera tenu d'indiquer au concédant, avec précision, de façon claire et synthétique, ses

besoins en matière logicielle, dès le début des négociations, par exemple, dans le cahier des charges.¹ Une telle obligation est importante et doit être correctement remplie, notamment pour que le concédant puisse éventuellement adapter le logiciel aux besoins du licencié.² A défaut, il risque de ne pas obtenir gain de cause si, d'aventure, un litige était porté devant les tribunaux, par exemple, parce qu'il n'aurait pas précisé au concédant ses attentes spécifiques de nature à prévenir toute incompatibilité entre ses besoins réels et le logiciel fourni.³ Un tel comportement peut lui être reproché.⁴ Mais, la jurisprudence sera moins stricte à l'égard du licencié si les relations sont déjà établies depuis longtemps entre les parties : il sera parfois dispensé d'informer le concédant de ses besoins.⁵ Car, des relations de longue durée laissent entendre que le concédant connaît bien les désirs de son cocontractant et que le contrat sera sans cesse renouvelé, en un mot qu'une stabilité latente existe. Or, ce n'est pas toujours le cas en matière de licence de logiciel car, non seulement les droits accordés au licencié sont précaires, mais le contrat peut être facilement rompu par le concédant (supra n° 167). Si pour une jurisprudence constante, coopérer signifie s'impliquer⁶ et dialoguer⁷, il sera difficile pour le licencié profane ayant commandé un logiciel spécifique d'honorer son devoir de collaboration. Il appartiendra alors au concédant de pallier à sa carence.⁸

157. Enfin, au cours d'une « licence test » (infra n° 154), des obligations seront imposées au licencié, le concédant entendant se décharger de certaines obligations. Il sera ainsi tenu de restituer le logiciel et ses supports éventuels à l'expiration de cette licence. Dans certains cas, il devra même fournir au concédant un rapport sur le déroulement et la conclusion des tests.

¹ *Le professionnel face aux risques informatiques*, N. Balbo-Izarn, LPA, 16 février 2001, p. 4 et s.

² CA Orléans, 28 mai 1998, *Sté Sedeval*, Gaz. Pal. 2000, 1, somm. p. 261, obs. C. Rothhahn ; CA Paris, 26 juin 1998, JCP E 2000, p. 841, n° 7, obs. M. Vivant et Ch. Le Stanc. CA Paris, 19 mars 1999, Expertises 2000, p. 33. Dans une autre perspective, le licencié doit accepter les adaptations faites spontanément par le concédant sur le logiciel visé par la licence. A défaut, sera considéré comme fautif le refus du licencié d'installer les nouvelles versions du logiciel alors qu'elles auraient permis l'adaptation de son système informatique à ses besoins : CA Paris, 6 juin 2001, CCE 2001, comm. 127.

³ Cass. com., 7 janvier 1997, n° 94-16.558 ; Gaz. Pal. 1998, 1, p. 54, note A.-F. Godet.

⁴ Cass. com., 14 mars 1989, Bull. civ. IV, 1989, n° 49. Cass. Civ. 1^{ère}, 19 décembre 1995, Expertises, juin 1996, p. 236.

⁵ CA Paris, 24 novembre 1995, Expertises 1996, p. 81, obs. Ch. Caron.

⁶ Cass. com., 19 mai 1998, n° 96-12.801, Expertises 1998, p. 267. CA Orléans, 20 février 2003, CCE 2003, n° 135

⁷ CA Orléans, 20 février 2003, précité.

⁸ Cass. com., 17 mars 1981, Bull. civ. IV, 1981, n° 150. CA Paris, 3 décembre 1993, Expertises 1994, p. 193. CA Versailles, 9 novembre 2000, RJDA 2001, n° 412 ; JCP E 2002, p. 888, obs. M. Vivant.

De façon générale, les obligations pesant sur le licencié ont pour finalité, soit de rassurer le concédant (c'est le cas de l'obligation de confidentialité), soit de le faire participer à la « prestation » fournie, afin qu'il ne soit pas un sujet passif (c'est le cas des obligations de collaboration et de recette). L'intérêt étant d'alléger ses obligations.

5) La durée et la résiliation

La durée (a) et la résiliation (b) feront ici l'objet d'analyses particulières.

a) La durée

158. En général, la licence de logiciel spécifique est à durée déterminée, d'un trimestre ou de plusieurs années selon les cas. Certaines licences sont d'une durée très brève : il s'agit des « licences de présentation », des « licences test » ou encore des « licences d'essai ». La durée est donc très variable et devra à chaque fois être précisée pour éviter les malentendus. Ainsi, la formulation suivante sera utilisée : « *Le Contrat est conclu pour une durée initiale expirant le (préciser la date)* ». ¹

Si aucune durée n'est prévue, on considèrera que le contrat est à durée indéterminée, avec possibilité de résiliation unilatérale, à tout moment, sous réserve du respect d'un délai de préavis. Car, comme tout contrat, la licence de logiciel ne peut être perpétuelle² : même si la durée n'est pas précisée, elle sera obligatoirement limitée dans le temps. Ainsi, certaines formulations imprécises se contenteront d'énoncer que : « *Le Contrat entre en vigueur à compter de sa signature par la dernière des parties* »³, ce qui suppose que la licence soit à durée indéterminée, aucune durée n'étant indiquée. L'imprécision sera également relevée lorsqu'il sera mentionné, sans autre indication, que : « *Le Contrat entre en vigueur à compter du parfait paiement des redevances de licences dues par le Licencié.* »⁴

159. Par ailleurs, les logiciels et, de façon générale, le monde de l'informatique évoluant très rapidement, ils sont susceptibles d'être frappés d'obsolescence dans un

¹ Annexe n° 1 : Article 3 : « *Entrée en vigueur – Durée* », 4^{ème} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 310-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 2.

² *Les contrats spéciaux*, Malaurie, Aynès et Gautier, éd. Cujas, 1999-2000, n° 668.

³ Annexe n° 1 : Article 3 : « *Entrée en vigueur – Durée* », 1^{er} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 2.

⁴ Annexe n° 1 : Article 3 : « *Entrée en vigueur – Durée* », 2^{ème} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 2.

délai plus ou moins court. C'est pourquoi, une licence s'étalant sur une trop longue durée n'aurait pas de sens et devrait être nécessairement limitée dans le temps. Toutefois, la licence peut être conclue pour la durée légale de protection du logiciel par le droit d'auteur, c'est-à-dire pendant soixante-dix ans après la mort de ce dernier. Il en est de même pour les progiciels.¹ Au-delà de cette période, le logiciel tombant dans le domaine public et devenant libre de droit.

160. Quant au renouvellement du contrat, il peut être subordonné au complet paiement des redevances dues par le licencié, ou s'effectuer par tacite reconduction, pour une durée à préciser, sauf si dénonciation par l'une des parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, en respectant un préavis. La clause sera alors rédigée comme suit : « *A l'issue de la durée initiale, il sera renouvelé par périodes successives de (préciser), sauf dénonciation adressée par l'une ou l'autre partie par lettre recommandée avec avis de réception, en respectant un préavis de (préciser) mois avant l'échéance du terme en cours.* »² La licence prendra fin à l'arrivée de son terme, à moins que les parties décident de le reconduire : « *A l'issue de la durée initiale, il prendra fin, sauf reconduction de convention expresse écrite des parties.* »³

161. Dans le cadre d'un progiciel distribué à grande échelle, la clause relative à la durée et au renouvellement du contrat pourra être similaire à celle d'un logiciel spécifique.⁴ Dans d'autres cas, elle sera plus précise quant au point de départ de la licence et sa date d'expiration. Certaines d'entre elles seront alors rédigées de la façon suivante : « *Le présent contrat prend effet à sa date de signature par les deux parties et demeurera valide durant toute la durée de protection légale du logiciel.* »⁵ Il est également possible de mentionner une durée déterminée avec obligation pour le licencié de payer une redevance annuelle. En cas de reconduction tacite, il paiera de nouveau la redevance. Une telle situation peut s'interpréter comme une location, donc comme une

¹ Annexe n° 1 : Article 3 : « *Entrée en vigueur – Durée* », 3^{ème} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 2 ; et Annexe n° 2 : Article 3 : « *Entrée en vigueur – Durée* », 3^{ème} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation de progiciel*, précité, p. 2.

² Annexe n° 1 : Article 3 : « *Entrée en vigueur – Durée* », 5^{ème} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 2.

³ Annexe n° 1 : Article 3 : « *Entrée en vigueur – Durée* », 6^{ème} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 3.

⁴ Annexe n° 2 : Article 3 : « *Entrée en vigueur - Durée* », *Contrat de licence d'utilisation de progiciel*, précité, p. 2 ; et Annexe n° 1 : Article 3 : « *Entrée en vigueur - Durée* », *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 2.

⁵ Annexe n° 5 : Article 9 : « *Durée* », *Contrat de licence du logiciel « Roublac »*, Direction des Systèmes d'information du Centre Hospitalier de Roubaix, p. 7.

situation précaire, puisque le licencié sera obligé de renouveler chaque année son contrat pour pouvoir légitimement bénéficier des droits attachés au logiciel concédé.

162. Parfois, une durée indéterminée sera expressément mentionnée, et dans d'autres hypothèses, le contrat ne comportera pas de clause de durée. Peu importe : le versement d'un seul paiement forfaitaire constituera un indice d'une durée limitée dans le temps. De même, l'obsolescence du logiciel tel que décrite précédemment le rendant rapidement inutilisable ou plutôt moins performant, permettra au concédant de se dégager de ses obligations, ce qui exclut une longue durée.

De manière générale, ce n'est pas parce qu'une licence est conclue pour une durée indéterminée que le licencié bénéficie automatiquement de la protection légale du droit d'auteur. La jurisprudence considère que si aucune durée n'est indiquée, cela ne signifie par pour autant que la licence soit conclue pour la durée du monopole prévue par la loi : seul l'auteur bénéficie de la protection légale attachée à ce monopole.¹ Le contrat est considéré comme conclu pour une durée indéterminée et, par conséquent, résiliable à tout moment², conformément au droit commun, sans indemnité et sans motif, moyennant respect d'un délai de préavis d'une durée suffisante telle que six mois.

163. Une telle position paraît dangereuse et précarise d'autant la situation du licencié. En effet, si aucune durée n'est précisée, le concédant ou éditeur aurait la faculté, à tout moment, de mettre fin à la licence, ce qui entraînerait une interruption brutale de l'utilisation du logiciel par le licencié, avec les conséquences commerciales et financières que cela implique. Une telle décision du concédant serait motivée, par exemple, par une volonté d'arrêter la fabrication et la commercialisation du programme en question, sachant qu'une telle analyse ne pourrait concerner qu'un progiciel et non un logiciel spécifique qui, par définition, fait l'objet d'une fabrication déjà limitée, voire unique. Cela reviendrait à autoriser la résiliation unilatérale du contrat, uniquement à l'initiative d'une seule partie, la partie forte, en l'occurrence, le concédant titulaire des

¹ CA Paris, 14 novembre 2001, *Mysoft c/Legisoft*, RJDA 2002, n° 242 : « *Ce contrat par lequel Legisoft (...) a concédé le droit d'utiliser deux logiciels dont elle est l'auteur, sans prévoir de durée, ne peut se poursuivre pendant toute la période légale de protection des logiciels, qui ne bénéficient qu'à son auteur, Legisoft (...); ce contrat ayant été conclu pour une durée indéterminée, cette société était fondée à le résilier après avoir observé un délai de préavis raisonnable de six mois.* » Voir commentaires de J. Raynard : *Le contrat d'exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ?* Propr. Ind. 2002, chron. n° 8.

² CA Versailles, 17 juin 1999, Juris-Data n° 1999-043096 : seul un abus de droit de la part de celui qui a l'initiative de la rupture est sanctionné.

droits sur le logiciel. Or, dans le cas d'un progiciel, le licencié s'acquitte d'une redevance forfaitaire unique, avant de pouvoir l'utiliser. Si son cocontractant l'empêche de l'utiliser pour une raison ou une autre, cela creusera davantage le fossé existant entre les parties quant à leurs relations, au-delà du fait qu'une telle situation paraîtra injuste. L'inégalité et le déséquilibre contractuels n'en seront que plus accentués.

164. Pour éviter de telles déconvenues, il est alors recommandé de rédiger une clause de durée précise, mentionnant notamment que le licencié aura la possibilité d'utiliser le logiciel pendant toute la durée de protection des droits intellectuels, et cela, même si dans la pratique, il le fera pendant une durée bien inférieure, compte tenu de son obsolescence rapide. En général, les licences de progiciels professionnels prévoyant une rémunération périodique seront conclues pour une durée déterminée et renouvelées de manière tacite, par le seul fait de continuer à verser des redevances régulières, mensuelles ou trimestrielles...

165. Dans le cas d'une licence « sous plastique », les formulations utilisées laisseront supposer que la durée est précaire, cette durée commençant à courir à compter du déballage du logiciel en question, c'est-à-dire à compter de l'acceptation du futur licencié des conditions d'utilisation. Ainsi, il pourra être mentionné que : « *Si vous ouvrez le conditionnement, c'est que vous acceptez les termes du contrat. Vous devenez aussitôt le client du Concédant et vous bénéficiez immédiatement d'une licence régulière qui engage totalement votre Concédant.* »¹ Bien entendu, une telle licence n'est pas à vie. Même si aucune précision n'est apportée, au bout d'un an, voire de trois ans maximum, selon le prix payé par le licencié, celui-ci recevra sur son ordinateur des messages d'alerte lui indiquant que s'il souhaite continuer à utiliser le logiciel, il sera tenu de renouveler sa licence, moyennant paiement d'un prix. Dans le cas contraire, l'accès au logiciel lui sera automatiquement supprimé : sa clé d'activation ne fonctionnera plus.

Certaines click-wrap licences feront référence à une période d'essai pendant laquelle le licencié sera autorisé à utiliser le logiciel.² Au-delà de cette version limitée dans le

¹ Annexe n° 3 : « Préambule », Licence de logiciel « sous plastique » (« Shrink Wrap Licence »), Licence d'utilisation du logiciel « LLL », précitée, p. 1.

² Annexe n° 4 : Article 0 : « Remarques préalables » : « Si, dans un premier temps, vous ne disposez du logiciel que sous sa version d'essai, vous ne pourrez l'utiliser que pendant la période d'essai spécifiée

temps, il devra acquérir les droits d'utilisation du logiciel s'il veut continuer à en faire usage : « *Les droits d'utilisation expirent, pour les versions limitées dans le temps dès la première activation si aucune acquisition complète n'est effectuée avant l'expiration de la période d'essai.* »¹

166. Dans d'autres cas, pour éviter que le licencié profite de droits qu'il n'a pas, une version altérable du logiciel sera mise à sa disposition. Ainsi, passé un certain temps, sa qualité s'amointrira par des procédés techniques et ne sera plus susceptible d'aucune utilisation. C'est comme si le logiciel « s'autodétruisait ». Le but étant d'encourager la consommation et l'adhésion à des licences définitives en commençant timidement par une licence de courte durée.

A la manière d'une shrink-wrap licence, certaines licences préciseront qu'elles ne seront effectives qu'à partir du moment où « l'acquéreur » du logiciel acceptera ses conditions d'utilisation ; de même, il sera parfois prévu dans le cadre d'une licence de logiciel spécifique que les droits d'utilisation ne seront valables qu'à partir du paiement du montant total du prix prévu au contrat.²

b) La résiliation

167. Il est possible de mettre fin à une licence de logiciel, notamment en cas de manquement par l'une des parties à ses obligations contractuelles³ -notifié par une mise en demeure non suivie d'effet- peu importe qu'elle ait été conclue pour une durée déterminée ou indéterminée (infra n° 158). La clause de résiliation indiquera alors la procédure l'entourant, ainsi que ses conséquences, déterminantes car, il sera alors nécessaire de régler le sort du logiciel. Deux options s'offrent au licencié : soit il détruira l'ensemble des éléments constitutifs du logiciel (c'est-à-dire le logiciel lui-

commençant dès la première activation (enregistrement). », *Licence d'utilisation du logiciel « Data Becker »*, précitée, p. 1 et 2.

¹ Annexe n° 4 : Article 2 : «*Droits d'utilisation* », *Licence d'utilisation du logiciel « Data Becker »*, précitée, p. 3 et 4.

² Annexe n° 4: Article 2 : «*Droits d'utilisation* », *Licence d'utilisation du logiciel « Data Becker »*, précitée, p. 3 et 4.

³ Annexe n° 1 : Article 10 al. 2 : «*Résiliation* » : «*En cas de cessation des présentes relations contractuelles et ce, pour quelque raison que ce soit, le Licencié s'engage soit à restituer au Concédant dans les (préciser) jours de la fin des relations contractuelles, l'ensemble des éléments constitutifs du Logiciel, y compris les supports et toutes les copies qui en auront été faites, en garantissant par écrit l'intégralité de cette remise, soit à fournir par écrit, une attestation certifiant la destruction du Logiciel, de ses supports et de toutes les copies qui auraient pu être faites.* », *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité p. 6.

même contenu dans un support, sa documentation, ses accessoires...), y compris tous les supports et toutes les copies faites, soit il les restituera au concédant. Dans les deux cas, il devra cesser d'utiliser le logiciel et devra établir par écrit qu'il a bien procédé à cette destruction ou à l'entière restitution. A défaut, il risque d'être poursuivi pour contrefaçon. Il sera privé pour l'avenir de toutes nouvelles versions du programme, ainsi que du service dû par le concédant au titre de la licence. La clause de résiliation a ainsi pour finalité de mettre en garde le licencié contre tout manquement à ses obligations.

168. Dans le cadre des licences de logiciels spécifiques, l'une des causes de résiliation est notamment la restructuration de la société bénéficiaire de la licence, sa fusion, son absorption... Car, la licence étant octroyée *intuitus personae*, c'est-à-dire en fonction de certaines caractéristiques du cocontractant, et dans le but de répondre à ses besoins particuliers, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, une réorganisation ou un changement de son contrôle remettent en cause les conditions d'octroi de la licence. L'hypothèse de l'infogérance produit le même effet si le concédant a prévu au contrat que toute infogérance ou projet en la matière ne pourrait autoriser le transfert de la ou des licences visées de l'entreprise ayant contracté avec lui, vers l'entreprise chargée de l'externalisation de son système informatique, et qui nécessiterait l'usage des logiciels protégés pour accomplir sa mission. En d'autres termes, le concédant peut avoir prévu des restrictions quant au transfert des licences, incompatibles avec la vision qu'a le licencié du contrat¹, restrictions empêchant tant un changement d'équipement que le lieu d'exploitation des logiciels concernés.² En effet, si le licencié modifie seul les conditions d'exécution du contrat, cela s'analysera comme un manquement à ses obligations, ainsi que comme une sorte de défiance vis-à-vis du concédant qui ne pourra tolérer une telle « réécriture » du contrat sans son autorisation. Or, le concédant reste la

¹ Annexe n° 5 : Article 6 al. 4 : « Restrictions » : « **Le licencié n'est pas autorisé à céder ou transférer ces droits aux termes de la présente licence à quelques tiers que ce soit, sans avoir obtenu au préalable l'accord écrit par le Centre Hospitalier de Roubaix (le Concédant).** », *Contrat de licence du logiciel « Roublac »*, précité, p. 5.

Citons encore : Annexe n° 4 : Article 2 b) : « Droits d'utilisation » : « **Data Becker (le Concédant) vous (le Licencié) accorde le droit personnel, non exclusif, incessible, non transférable et non sous-licenciable sur le logiciel, concernant l'installation et l'exécution du programme selon le code-objet mis à disposition par Data Becker (le Concédant) sur un (1) seul de vos ordinateurs et si le logiciel est expressément défini pour cet usage, sur un seul serveur.** », *Licence d'utilisation du logiciel « Data Becker »*, précitée, p. 3.

² Annexe n° 5 : Article 7 : « Changement d'équipement ou de site » : « **Tout transfert du logiciel sur un autre équipement que celui désigné en annexe aux conditions particulières ou en d'autres lieux que le site enregistré, doit faire l'objet d'un accord préalable et écrit de l'éditeur. Un tel accord pourrait être assorti de redevances supplémentaires.** », *Contrat de licence du logiciel « Roublac »*, précité, p. 5.

partie dominante au contrat qui, bien qu'ayant été négocié, est largement d'adhésion. D'ailleurs, qu'il s'agisse de licence de logiciel ou de progiciel, la clause de résiliation sera la plupart du temps rédigée pareillement,¹ avec prédominance du concédant sur le licencié, aux fins de protection de ses intérêts. Quant aux shrink-wrap licences, si elles sont souvent très succinctes dans leurs contenus, elles ne manqueront pas de rappeler ce qu'il faut retenir de la rupture des relations contractuelles, ainsi que de l'issue à donner au logiciel visé.²

De façon générale, hormis quelques spécificités liées au règlement du sort du logiciel, la clause de résiliation n'est guère différente de celles que l'on retrouve dans tout autre contrat informatique.³

6) Le prix

169. Comme pour tout contrat, un prix doit être versé en contrepartie du droit d'utiliser le logiciel. Ici, il s'agira pour le licencié de verser au concédant un prix, souvent sous la forme de redevances périodiques ou royalties prédéfinies, sachant que leur montant sera éventuellement proportionnel à l'usage fait du logiciel.⁴ Un tel prix ainsi défini s'applique surtout pour les licences à durée déterminée, pour lesquelles il sera toujours possible de le modifier en cas de reconduction du contrat, ce qui laisse une large marge de manœuvre au concédant. Si ce dernier est aussi celui qui a conçu le logiciel, le prix global tiendra compte à la fois du coût de développement dudit logiciel ainsi que celui de la licence. Dès lors, les dispositions relatives au prix seront éventuellement rédigées comme suit : « *Le prix fixé par les parties pour la réalisation du Logiciel par le Concédant inclut le prix de concession des droits d'utilisation du Logiciel visés au présent Contrat.* »⁵

¹ Annexe n° 2 : Article 10 : « Résiliation », *Contrat de licence d'utilisation de progiciel*, précité, p. 6 et 7, et Annexe n° 1 : Article 10 : « Résiliation », *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 6.

² Annexe n° 3 : Article 6 : « Résiliation », *Licence de logiciel « sous plastique » (« Shrink Wrap Licence »)*, *Licence d'utilisation du logiciel « LLL »*, Centre de Médiation et d'Arbitrage des Techniques Avancées (ATA), p. 2.

³ *Le droit de l'informatique, forgé par la jurisprudence*, H. Bitan, Revue Lamy Droit de l'immatériel, Lamy, novembre 2009, n° 54, p. 57.

⁴ Si une telle option est choisie par le concédant, le contrat peut autoriser celui-ci à contrôler, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un mandataire de son choix, les comptes relatifs aux redevances qui lui sont dues, mécanisme assez lourd. Pour un litige en la matière : TGI Paris, 23 octobre 1996, PIBD, 1997, III, p. 224.

⁵ Annexe n° 1 : Article 8 : « Prix », *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 5.

170. Dans le cadre des licences non exclusives ou des licences de progiciels, le concédant déterminera un prix moins élevé que celui qu'il avait prévu pour un licencié unique, afin de tenir compte de cette situation. Le prix sera généralement forfaitaire. Mais, il n'y aura aucune possibilité de négocier le prix ni, de façon générale, l'ensemble des clauses du contrat, celui-ci étant d'adhésion. Qu'il s'agisse d'un prix sous forme de forfait ou de redevances, le contrat devra prévoir les modalités de paiement telles que le délai, les modes de règlement autorisés, et la périodicité (pour les redevances : mensuelle, semestrielle, annuelle, biannuelle...). A l'inverse, dans le cadre des licences exclusives, le prix sera discuté par les parties, sachant que le concédant aura plus de poids dans la négociation que le licencié : il sera la partie forte et, la plupart du temps, imposera un prix. Car, le licencié étant en demande d'un logiciel particulier répondant à ses attentes, le concédant en profitera pour faire passer ses exigences financières. Il sera alors très difficile pour le licencié d'imposer son point de vue.

171. Dans le cadre des licences de logiciels spécifiques ou des licences de progiciels établies entre deux personnes morales, notamment pour permettre l'usage d'un programme informatique par plusieurs utilisateurs sur une période plus ou moins longue, et qui suppose le paiement d'un prix dans le temps, le concédant mettra souvent en garde le licencié contre tout manquement à ses obligations. Ainsi, s'il ne paie pas les redevances ou les paie avec retard, le concédant pourra décider de suspendre ses propres obligations et, par conséquent, d'interdire au licencié l'utilisation du logiciel jusqu'à ce qu'il s'exécute, voire de résilier le contrat¹, avec des conséquences dramatiques pour la partie faible, notamment sur le plan économique. Il précisera au contrat la procédure qu'il déclenchera dans ce sens (mise en demeure...). De telles sanctions semblent sévères, mais ont pour mérite de protéger le titulaire des droits sur le logiciel, en cas de « laisser-aller » du licencié quant à son obligation de payer le prix. Les sanctions au non-respect de cette obligation seront donc utilisées comme moyen de pression par le concédant sur le licencié. Ce qui illustre encore un déséquilibre entre les parties, au profit du concédant, partie « dominante ».

¹ Annexe n° 5 : Article 3 al. 6 à 8 : « *Prix et Conditions financières* » : « *A défaut de paiement d'une seule facture à son échéance, l'éditeur sera également fondé à **suspendre les obligations issues de ce contrat** après mise en demeure préalable jusqu'à complet paiement des sommes dues. (...) En cas de retard de paiement et passé le délai d'un mois après mise en demeure, **l'éditeur pourra résilier de plein droit le présent contrat** sans préjudice de toutes les sommes dues. » , *Contrat de licence du logiciel « Roublac »*, Direction des Systèmes d'information du Centre Hospitalier de Roubaix, p. 4.*

172. Dans certains cas, le contrat comportera un autre moyen de pression constitué par une clause dite de « réserve de propriété », selon laquelle le concédant déclarera ne pas transférer les droits qu'il détient sur le logiciel tant que le complet paiement du prix n'aura pas été effectué. En d'autres termes, il aura le droit de revendiquer la « propriété » ou plutôt les droits concédés sur le logiciel tant que son débiteur ne se sera pas exécuté. Cette clause a sa place dans toute licence, quelle que soit la nature juridique qu'on lui donne¹ (infra n° 35 s.) et, de façon générale, dans tout contrat portant sur la transmission d'un « bien » ou de droits portant sur ce bien.

173. Dans le cadre de certaines licences de logiciels classiques, c'est-à-dire sous forme de documents contractuels préétablis contenant les conditions applicables aux parties, comme dans le cadre des shrink-wrap licences (licences pré-imprimées sur l'emballage du support matériel de logiciel) ou des click-wrap licences, le prix étant la plupart du temps payé en une seule fois, de telles dispositions sanctionnant le non-paiement du prix ne sont pas relevées. Ce qui semble logique, puisque pour devenir licencié, il faut au préalable s'acquitter d'un prix. Quel que soit le cas de figure envisagé, les parties ne négocieront pas le prix. Si dans les licences de logiciels spécifiques, aucun aménagement ne sera possible quant aux modalités de paiement des redevances, cela sera encore plus vrai dans le cas des licences de logiciels, quelles que soient leurs formes, et quelle que soit la manière dont le consentement des parties aura été donné.

La différence entre les rapports de forces existe donc aussi au niveau du prix : le reste des stipulations contractuelles n'est pas non plus épargné. Une telle différence est créatrice d'inégalité des relations contractuelles qu'il est difficile de résorber dans le cadre des licences de logiciels spécifiques, et impossible, dans celui des licences de logiciels.

C) Une inégalité et une précarité lors de l'exécution du contrat

Les droits de propriété intellectuelle concédés (1) et la procédure de « réception » du logiciel (2) révèlent quelques particularités qui aideront à appréhender les garanties

¹ Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-01.137, *Sté Beta Editorial*, Bull. Civ. IV, n° 174; D. 2004, 801, note A. et F. -X. Lucas.

mises en jeu, garantie d'éviction (3) ou autres (4), ainsi que le procédé de décompilation (5).

1) La clause relative aux droits d'utilisation du logiciel ou clause de propriété intellectuelle

En premier lieu, il est nécessaire de poser les principes qui régissent la rédaction de la clause de propriété intellectuelle (a), avant d'envisager l'étude des prérogatives susceptibles d'être accordées au licencié (b).

a) Les principes gouvernant sa rédaction

174. Il s'agit de l'une des clauses fondamentales de la licence, dans la mesure où elle renferme le contenu des droits accordés au licencié, personne physique ou personne morale telle qu'une société, un groupe de sociétés... L'étendue et la nature des droits concédés seront précisées et limitées conformément à l'art. L. 131-3 al. 1^{er} CPI¹, et le concédant en profitera pour rappeler qu'il conserve tous les autres droits sur la création que constitue le logiciel. Ainsi, l'usage fait du logiciel, la durée pendant laquelle les droits pourront être exercés, le lieu de leur exercice, c'est-à-dire le site d'exploitation²... seront indiqués. Le type de matériel sur lequel sera installé le logiciel, sa configuration, la version du système d'exploitation visée, sont autant d'éléments à prendre en compte. Il en est de même du nombre de fichiers traités, du volume maximal de données susceptibles d'être mis en oeuvre par le logiciel...

175. Par conséquent, la clause de propriété intellectuelle permettra de connaître les caractéristiques exactes et complètes des droits concédés, ainsi que de reconnaître au concédant la qualité de titulaire des droits sur le logiciel. Il s'agit d'une licence dite d'utilisation des droits sur le logiciel, se distinguant des licences d'exploitation. Dans le premier cas, est en cause une simple concession d'un droit d'usage du programme informatique, tandis que dans le second, sont inclus certains droits à la base des

¹ « 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.** » Remarquons ici que le Code de la propriété intellectuelle parle de « cession » et d'« auteur » ; le terme « licence » ne figure pas dans ce code. Quant au terme d'« auteur », il peut aussi désigner le titulaire légitime des droits sur l'œuvre visée tel qu'un concédant de logiciel.

² Le lieu d'exercice de la licence peut poser le problème de l'infogérance dit aussi outsourcing dans l'hypothèse où ladite licence comporterait des restrictions en la matière. En effet, elle peut prévoir des interdictions de transférer des licences de logiciels (pour plus de précisions sur ce point, voir les développements sur la réversibilité et sur la clause de propriété intellectuelle dans le Chapitre II de la Première Partie, Titre II : Le contrat d'outsourcing ou d'infogérance).

prérogatives de l'auteur, tels que ceux de reproduction, d'adaptation, de traduction, d'arrangement, de modification... (art. L. 122-6 CPI).

176. Toutefois, dans la pratique, les licences d'utilisation incluent souvent des dispositions concernant les droits précités. Les licences de logiciels spécifiques autorisent en particulier leurs licenciés à effectuer de nombreux actes, mais toujours dans une certaine limite, ce qui est inenvisageable dans le cadre des licences de logiciels aux droits davantage précaires, telles que les licences de logiciels sous plastique. En aucun cas, le licencié ne se voit octroyer des droits étendus lui permettant de commercialiser le logiciel, de le distribuer, de le modifier... Ses droits ne pouvant être accordés que pour utiliser le logiciel conformément à sa destination, pour ses besoins propres tels qu'ils ont été définis au contrat, ou pour corriger des erreurs. C'est pourquoi, les termes de « licence d'utilisation » et de « licence d'exploitation » seront pris avec précaution, la première licence pouvant contenir des dispositions qui se rapprochent de la seconde. Dans tous les cas, le titulaire des droits veillera à rédiger un contrat clair et précis pour se prémunir de tout problème d'interprétation. Il décidera de la nature des droits qu'il souhaite octroyer au licencié, et fera toujours en sorte d'insérer des dispositions qui défendent ses propres intérêts.

177. Généralement très exhaustive, la clause relative aux droits de propriété intellectuelle doit être rédigée de façon scrupuleuse et avec beaucoup d'attention car, illustre la volonté du titulaire du logiciel de se préserver. Mais, elle peut également « freiner » une personne à adhérer au contrat s'il s'avère que les droits accordés ne sont pas importants et, au final, trop contraignants.

Les droits accordés seront alors explicités avec détails. Bien entendu, tout ne peut être autorisé, et les droits octroyés le seront conformément aux règles édictées par le Code de la propriété intellectuelle, et notamment, son art. L. 131-3 qui exige que chaque droit transmis fasse l'objet d'une « *mention distincte* » dans la licence, et que soit délimité avec précision le domaine d'exploitation des droits visés, s'agissant de son étendue, de sa destination, de sa durée, de son lieu... (infra n° 108 s.). Le concédant aura donc le choix entre une licence restrictive des droits d'utilisation et une licence plus étendue, accordant davantage de droits au licencié. Selon qu'elle sera ou non exclusive, le licencié sera placé dans une situation plus ou moins confortable. Ainsi, dans le cas d'un

licencié unique, ses droits ne seront pas forcément les plus étendus : il aura seulement la garantie d'une certaine sécurité, d'être « privilégié », dans la mesure où aucun autre licencié ne pourra utiliser le logiciel.

Les restrictions de droits peuvent également concerner le système informatique utilisé par le licencié : il peut être tenu de disposer d'un système informatique compatible avec le logiciel du concédant. En d'autres termes, il devra faire les « efforts » nécessaires pour être en mesure d'utiliser le logiciel dans de bonnes conditions, ce qui implique une obligation d'adapter son système au programme. Les restrictions concerneront éventuellement telle ou telle version du logiciel.

178. De même, si le licencié est une personne morale, le concédant a la faculté de limiter le nombre de personnes ayant le droit d'utiliser le programme, et donc celui des machines sur lesquelles il peut être installé. Le concédant déterminera également, si en présence de plusieurs utilisateurs, le logiciel peut être utilisé simultanément ou non : on parlera de licences « multi-postes » ou « multi-utilisateurs », c'est-à-dire « globales » pour plusieurs postes de travail, notamment d'entreprises. Concrètement, lorsque les divers utilisateurs du logiciel l'installeront sur leur ordinateur, ils pourront simultanément y insérer la clé ou code confidentiel d'actionnement, sans qu'aucun blocage dans son utilisation ne se produise. Une telle situation s'observe surtout dans le cadre d'entreprises possédant de nombreux ordinateurs et qui acquièrent une licence pour plusieurs postes. Le nombre de postes ainsi que le nom des utilisateurs sera alors indiqué au contrat ou dans une annexe.

Par de telles dispositions, le concédant précarise ou étend les droits du licencié à son gré : tout dépendra de sa politique au niveau des licences.

179. Certains auteurs admettent la validité des licences multipostes car, chaque usage du logiciel sur un ordinateur équivaut à un usage distinct par les personnes concernées.¹ D'où, il n'y aurait pas atteinte aux droits du concédant, d'autant que le prix de la licence serait fonction d'une telle pluralité d'utilisateurs. En aucun cas, il ne faudrait analyser

¹ « De la « vente » de logiciel », J. Huet, in *Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, n° 24 s. : « en effet, chaque implantation sur un ordinateur de l'entreprise, ou chaque accès à une mémoire centrale à partir d'un poste d'un salarié, revient à l'usage d'un exemplaire distinct du programme, et met donc en cause le droit de reproduction du fournisseur. »

cette situation comme celle d'un licencié qui accorderait des sous-licences à des tiers, ou comme celle d'un licencié qui multiplierait les copies du logiciel concédé pour les mettre à la disposition de tiers.

180. Enfin, des restrictions quant à la durée d'utilisation du logiciel sont aussi apportées pour mettre en garde l'utilisateur quant à la période autorisée pour s'en servir. Cela n'a qu'un but informationnel, puisque dans tous les cas, dès lors que la licence arrivera à son terme, un système technique se déclenchera pour empêcher l'utilisation du logiciel. De plus, des messages d'alerte seront régulièrement envoyés au licencié lorsqu'approchera la date d'expiration de la licence.

b) Les prérogatives susceptibles d'être accordées au licencié

181. La clause relative aux droits de propriété intellectuelle précisera que le licencié pourra, conformément à l'art. L. 122-6-1 CPI, bénéficier de certaines prérogatives concernant l'utilisation du logiciel, sans avoir pour cela à demander l'autorisation à son auteur. Ces prérogatives sont notamment la réalisation d'une copie de sauvegarde « *lorsque celle-ci est nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel* » (art. L. 122-6-1, II CPI), copie très utile au cas où le logiciel serait endommagé, pour quelque raison que ce soit. Car, si le support le contenant est lui-même endommagé ou altéré, l'utilisateur ne pourra plus réinstaller le programme sur le disque dur de son ordinateur. La réalisation de cette copie sera strictement encadrée par la licence, le concédant en fixant les modalités et les limites d'exercice. En dehors de cette hypothèse, toute autre copie sera prohibée, l'exception de copie privée ne s'appliquant pas en matière de logiciel (cf. : art. L. 122-5, 2° CPI définissant la copie privée comme une copie « *strictement réservée à l'usage privé du copiste et non destinée à une utilisation collective* »).

182. En outre, le licencié peut également « *observer, étudier ou tester le fonctionnement du logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel* » en vue d'effectuer « *toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel* » (art. L. 122-6-1, III CPI). Il s'agit d'un droit d'analyse qui est accordé au licencié. En d'autres termes, le licencié doit pouvoir effectuer, sous conditions, certaines manipulations sur le logiciel pour pouvoir l'utiliser correctement, à bon escient, bien

entendu, dans le respect de sa nature, de ses caractéristiques, et de sa finalité. Le concédant fixera les modalités d'exercice de ce droit en rappelant que lui seul détient le savoir-faire contenu dans le logiciel. Il en est de même pour les droits de reproduction, d'adaptation, de traduction, d'arrangement, et de modification, pour lesquels le concédant ne manquera pas d'aménager leurs modalités d'exercice. Le but étant de permettre au licencié d'utiliser le logiciel, conformément à sa destination, y compris pour corriger des erreurs (art. L. 122-6-1, I al. 1^{er} CPI), selon les modalités prévues au contrat. Toutefois, l'auteur a la faculté de se réserver le droit de corriger lui-même les erreurs, en insérant une disposition contractuelle à cet effet (art. L. 122-6-1, I al. 2). Dans ce cas, le licencié ne pourra pas intervenir sur ce point, ni faire appel à une tierce maintenance. Concrètement, le licencié sera autorisé à procéder à l'ingénierie inverse ou « *reverse engineering* » ayant un intérêt certain pour les logiciels spécifiques. Celle-ci consiste dans « *la reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code* », admise sans autorisation de l'auteur lorsqu'elle est indispensable « *pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels* » (art. L. 122-6-1, IV CPI).

183. Conformément à l'art. L. 122-6-1, IV CPI, le licencié a donc le droit d'intervenir sur le code source du logiciel dans certains cas. Il peut ainsi « exploiter » ce code, c'est-à-dire le reproduire ou le traduire lorsque cela est nécessaire pour permettre l'interopérabilité du logiciel avec d'autres programmes installés sur son ordinateur ou avec le système d'exploitation de son ordinateur. Le Code de la propriété intellectuelle (art. L. 122-6-1, IV, 1^o à 3^o CPI) exige que soient remplies certaines conditions pour autoriser de telles opérations : celles-ci doivent être effectuées par l'utilisateur légitime du logiciel, c'est-à-dire le licencié ou une « *personne habilitée à cette fin* » (article précité, 1^o). Reste à définir qui peut être cette personne qui agit pour le compte de l'utilisateur. De plus, les informations nécessaires à l'interopérabilité ne doivent pas avoir été rendues « *facilement et rapidement accessibles* » au licencié ou à la personne habilitée (article précité, 2^o). Enfin, les opérations que compte effectuer le licencié sur le logiciel ne doivent pas excéder un certain cadre, dans le sens où elles seront limitées « *aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité* » (article précité, 3^o). Le licencié ne saurait porter atteinte à l'intégrité du logiciel, et encore moins aux droits et aux intérêts de son auteur. Il ne pourra non plus communiquer aux tiers les informations obtenues sur le logiciel, ni les commercialiser, à quelque titre que ce soit,

par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit. En un mot, toute atteinte à l'exploitation normale du logiciel est prohibée. La licence ne saurait contenir des dispositions dans ce sens : à défaut, elles seraient réputées non écrites (supra n° 213 s.). Par conséquent, la clause relative aux droits d'utilisation du logiciel doit être précisément rédigée : elle mentionnera expressément les droits que la loi accorde au licencié sur un logiciel, sans autorisation de son auteur. Le licencié sera informé des prérogatives dont il dispose, et donc des actes qu'il a le droit d'effectuer. Si le contrat est muet quant aux droits accordés par la loi, cela ne signifie pas pour autant que le licencié en soit privé : au contraire, il en dispose, quelles que soient les circonstances.

184. Le concédant peut également limiter les droits du licencié, à condition que cela soit conforme à la loi : il insèrera au contrat des stipulations sur ce point. Parmi ces restrictions, citons l'interdiction de faire une copie du logiciel en dehors des conditions prévues au contrat, l'interdiction de corriger ou de faire corriger par des tiers toute erreur ou dysfonctionnement du logiciel sans son autorisation, l'interdiction de prêter ou de mettre à la disposition d'autrui le logiciel et ses éléments accessoires tels que sa documentation, quel que soit le moyen et le support utilisés, et notamment le réseau Internet, par exemple, en le mettant en pièce jointe d'un courrier électronique...

185. Dans le cas où la licence comprendrait un objet large incluant un droit de distribution, le concédant pourrait l'encadrer très strictement pour des raisons évidentes. En effet, il doit se prémunir contre tout réseau de distribution susceptible de lui porter atteinte. Il peut même exercer son droit de retrait ou de repentir si poursuit un objectif de protection de ses intérêts, la loi disposant qu'il ne peut exercer de tels droits, « *sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel* » (art. L. 121-7, 2° CPI). Le concédant peut interdire d'autres actes tels que sa diffusion aux tiers, sous toute forme, sur tout support existant, et par tout moyen, c'est-à-dire selon la formule traditionnellement employée, « *à quelque titre et sur quelque support que ce soit, par quelque procédé connu ou inconnu à ce jour* », tel que l'Internet, redoutable en la matière. En effet, l'Internet étant un espace sans frontière, mettre en ligne un logiciel sans autorisation de son auteur ou du concédant équivaut à le divulguer au monde entier, ce qui est interdit lorsqu'il est protégé. Au surplus, cela crée un risque élevé de contrefaçon.

186. La décompilation¹ du logiciel peut être également interdite, même à des fins d'interopérabilité, lorsqu'elle est effectuée en dehors des cas prévus par la loi, et notamment lorsqu'elle a pour objet la création d'une œuvre dérivée ou concurrente du logiciel. Une telle interdiction semble logique, mais mérite d'être rappelée pour mettre en garde les licenciés qui considèreraient qu'ils peuvent à bon droit décompiler, sans conséquence. Si ceux-ci passent à l'acte, ils risquent d'être poursuivis pour contrefaçon à juste titre. C'est pourquoi, les modalités d'exercice du droit de décompilation seront définies par le concédant.

187. De manière générale, le concédant rappellera au licencié qu'il lui est interdit de traduire, d'adapter, d'arranger ou de modifier le logiciel en dehors des cas prévus par la loi (art. L. 122-6, 2° CPI), c'est-à-dire lorsque de tels actes n'ont pas pour but de permettre l'utilisation du logiciel conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser, y compris pour corriger des erreurs. Il interdira éventuellement de tels actes en dehors des conditions prévues au contrat. Pour éviter toute difficulté de compréhension, il définira le terme « *erreur* » dans la clause « *Définitions* », et expliquera en quoi consiste sa correction. Il s'agira du droit d'effectuer la maintenance corrective du logiciel : pour ce faire, le licencié sera autorisé à utiliser, reproduire, et adapter le logiciel sans l'accord du concédant. Toutefois, le droit de correction sera interprété strictement, dans la mesure où le licencié ne dispose que du droit de corriger les défauts et bogues du logiciel, les dysfonctionnements et autres problèmes de conformité n'étant pas inclus. Dès lors, le « *chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage d'un logiciel nécessitant une reproduction* » (art. L. 122-6, 1° CPI) ne sont pas soumis à autorisation de l'auteur et donc, du concédant, 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* » (art. L. 122-6-1, I, al. 1^{er} CPI). Bien entendu, le licencié ne pourra pas modifier le logiciel pour en créer un logiciel dérivé.

¹ La décompilation est un droit d'ordre public accordé à l'utilisateur d'un logiciel par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994 et permettant de remonter du code objet au code source, sous certaines conditions, et dans la seule finalité de permettre « *l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels.* » Cette loi parle de « *reproduction du code du logiciel* » et de « *traduction de la forme de ce code* » (cf. : art. L. 122-6-1 IV CPI), in *Le logiciel et le droit*, J.-F. Forgeron, Mémento-Guide Alain Bensoussan, éd. Hermès Science, 1994.

188. Les sous-licences peuvent également être interdites par le concédant s'il estime qu'elles risquent d'être dangereuses à terme, pour ses intérêts. Car, les autoriser ouvrirait la voie à une commercialisation de programmes informatiques en fraude des droits de leur auteur, entraînant le développement d'un marché parallèle concurrençant le marché officiel. Il en est de même pour les licences de progiciels prévoyant des droits du licencié encore plus restrictifs, en particulier dans le cadre des licences de logiciels sous plastique.¹ D'ailleurs, dans cette dernière hypothèse, les droits de propriété intellectuelle conférés sont en général peu nombreux, voire nuls, ce qui semble logique, de tels programmes étant distribués à grande échelle.² Seul le droit de faire usage du logiciel conformément à sa destination sera accordé. Si le concédant souhaite accorder plus de droits, il lui sera conseillé de les lister et de les définir quant à leur étendue, leur destination, leur lieu et leur durée, en un mot, de la même manière que dans le cas d'un logiciel spécifique. En particulier, il faudra s'interroger sur le même type de problématiques soulevées, comme celles concernant l'externalisation du système informatique du licencié.³

189. Par ailleurs, il faut remarquer que si le contrat est avare de précisions en matière de droits de propriété intellectuelle, cela ne signifie pas pour autant que leur intégralité soit octroyée au licencié : tout ce qui n'est pas interdit n'est pas forcément autorisé. Une clause rédigée de façon généraliste, mais néanmoins à vocation restrictive sera dès lors utile. Pour éviter les risques d'ambiguïtés ainsi que les problèmes d'interprétation du contrat, il est toutefois recommandé au concédant d'être le plus exhaustif possible. Il est clair que celui-ci disposera d'une grande latitude pour limiter les droits du licencié. Mais, comme pour tout contrat, tout dépendra de la négociation entre les parties. La

¹ Annexe n° 3 : Article 5 : « Sous-licence » : « **La licence (...) n'est conférée qu'au licencié et ne peut être transférée à qui que ce soit sans le consentement écrit préalable du concédant (...).** », *Licence de logiciel « sous plastique » (« Shrink Wrap Licence »)*, *Licence d'utilisation du logiciel « LLL »*, Centre de Médiation et d'Arbitrage des Techniques Avancées (ATA), p. 2.

² Annexe n° 2 : Article 6 : « Propriété intellectuelle » : « **L'Editeur déclare que le Progiciel est sa propriété au sens des dispositions du Code de la propriété intellectuelle ou, à défaut, qu'il a acquis tous les droits nécessaires pour conclure le Contrat. (...) Le Client s'interdit d'enlever, de modifier ou d'altérer de quelque façon que ce soit les marques et signes de propriété figurant sur le Progiciel** », *Contrat de licence d'utilisation de progiciel*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII, 315-10, éd. Lamy, mai 2007, p. 4.

³ Si le licencié cédait ses licences à un tiers prestataire dans le cadre d'une opération d'infogérance, au mépris d'une interdiction du concédant ou sans son autorisation, il verrait sa responsabilité engagée à l'égard dudit concédant. Il en serait de même pour ce prestataire.

clause la plus restrictive serait rédigée ainsi : « *Le donneur de licence déclare être investi de tous les droits sur le logiciel donné en licence* ». ¹

190. Les clauses relatives aux droits d'utilisation du logiciel sont donc de contenus divers. Certaines accorderont plus de droits au licencié, tandis que d'autres seront plus limitées. Parmi les clauses les plus restrictives en la matière et, de ce fait, rédigées en faveur du concédant, citons : « *La licence d'utilisation du Logiciel, accordée en vertu du Contrat et pour sa durée, permet au Licencié (éventuellement : et aux autres entités de son groupe) d'utiliser le Logiciel conformément à sa destination et pour ses besoins propres sur la configuration (éventuellement : ou sur tout autre système informatique qui viendrait à s'y substituer).*

Le Licencié pourra effectuer une copie de sauvegarde du Logiciel, sauf si ladite copie est fournie par le Concédant. Le Licencié aura sur la copie de sauvegarde les mêmes droits et obligations que sur l'exemplaire du Logiciel concédé en licence.

En dehors des droits concédés au présent article ci-dessus et sans préjudice de ceux-ci, le Licencié n'est pas autorisé au titre des présentes à :

- *copier, imprimer, transférer, transmettre ou afficher tout ou partie du Logiciel ;*
- *vendre, louer, sous-licencier ou distribuer de quelque façon que ce soit le Logiciel ;*
- *utiliser le Logiciel pour fournir des services de traitement des données, de service bureau, d'exploitation en temps partagé ou d'autres services analogues de quelque nature qu'ils soient, à toute autre personne physique, société ou entité ;*
- *modifier le Logiciel et/ou fusionner tout ou partie du Logiciel dans d'autres programmes informatiques ;*
- *compiler le Logiciel, le décompiler, le désassembler, le traduire, l'analyser, procéder au reverse engineering ou tenter d'y procéder, sauf dans les limites autorisées par la loi.*

Il est expressément convenu que le Licencié s'interdit de corriger par lui-même toute anomalie quelle qu'elle soit, le Concédant se réservant seul ce droit. » ²

¹ Annexe n° 5 : Article 5 : « *Propriété intellectuelle* », *Contrat de licence du logiciel « Roublac »*, précité, p. 4 et 5.

² Annexe n° 1 : Article 5 : « *Droits d'utilisation du Logiciel* », 1^{er} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, F II 310-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 3.

Parfois, certains contrats contiendront des expressions vagues comme celle selon laquelle l'utilisation du logiciel est permise au licencié « *pour ses propres besoins uniquement* » : leur but sera en réalité de protéger le concédant lorsqu'il sera aussi auteur. Celui-ci prendra toute précaution utile pour protéger ses intérêts face à un utilisateur peu scrupuleux. D'ailleurs, la loi du 14 mai 1991 déjà citée invite l'auteur à utiliser le contrat comme un instrument pour protéger ses droits, et y insérer des dispositions qui lui sont favorables.

191. A l'inverse, dans certains cas, des dispositions moins limitatives des droits de l'utilisateur seront prévues au contrat, lui donnant de larges prérogatives, et rédigées ainsi : « *Au titre du Contrat, le Concédant concède au Licencié, relativement au Logiciel, les droits de :*

- *reproduction et utilisation, par quelque procédé que ce soit, sur tout support papier, magnétique, optique ou vidéographique et notamment disques, disquettes, bandes, listings, vidéogrammes, pour toute exploitation, y compris en réseau ;*
- *adaptation, modification, correction, intégration transcription, traduction ;*
- *le tout pour ses besoins propres.*

Cette concession de droit est effective tant pour la France que pour l'étranger et pour toute la durée du Contrat. »¹

La lecture de cette disposition laisse entendre que le licencié a accès au code source du logiciel, dans la mesure où le concédant lui accorde le droit de modification. Dès lors, le contrat devra prévoir les modalités d'un tel accès et inclure les codes sources dans la définition du logiciel qui figurera au contrat au sein de l'article consacré aux définitions (supra n° 213 s.).

Enfin, dans des hypothèses plus rares, la clause relative aux droits de propriété intellectuelle « dépouillera » grandement l'auteur de ses droits. Elle comportera les expressions suivantes : « *Le licencié jouira de tous les droits compris (...)* » ou « *Le licencié jouira de l'intégralité des droits d'auteur (...)* ». De telles clauses rédigées ainsi sont nulles et donc, réputées non écrites.² La rédaction des dispositions relatives au

¹ Annexe n° 1 : Article 5 : « *Droits d'utilisation du Logiciel* », 2^{ème} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 4.

² Cass. civ. 1^{ère}, 9 octobre 1991, n° 90-12.476, Bull. civ. I, n° 253 ; D. 1993, somm. 92, obs. C. Colombet ; RIDA 1992/1, p. 293

droit de la propriété intellectuelle est donc cruciale pour les parties, et à plus forte raison pour le concédant : selon les cas, les droits qu'il accordera au licencié seront plus ou moins importants. Tout dépend de la nature de la relation qu'il souhaite entretenir avec son licencié. Dans tous les cas, si le licencié méconnaît les dispositions du contrat, il sera poursuivi pour délit de contrefaçon : est notamment visé le fait d'utiliser le logiciel au mépris des stipulations de la licence, de le mettre en vente, de le modifier, de le dupliquer, de le reproduire, de le prêter, de le sous-louer ou de le développer... sans l'autorisation du concédant (art. L. 335-3 al. 2 CPI).

2) La livraison du logiciel et la recette

La mise en œuvre de la livraison et de la recette du logiciel sera en premier lieu étudiée (a), afin d'appréhender au mieux la rédaction de la clause dite de recette (b). Cela permettra d'envisager le cas particulier des licences de progiciels (c).

a) Mise en œuvre de la livraison et de la recette

192. Livrer un logiciel implique deux aspects¹ : d'une part, la livraison « matérielle » du logiciel, ou plutôt de son support renfermant le programme informatique concerné avec son code d'accès, ainsi que ses accessoires comme la documentation², dans un délai convenu³, ce qui fait référence à l'obligation de délivrance du fournisseur du logiciel, en l'occurrence le concédant. Une telle phase de délivrance « physique » est inutile lorsque le logiciel est directement téléchargé sur Internet. De manière générale, la délivrance doit permettre au licencié d'utiliser effectivement le logiciel.⁴ D'autre part, cette livraison implique une phase dite de « recette » qui sera exposée plus loin.

193. Dans le cas des logiciels spécifiques, la livraison inclut souvent leur installation sur le système informatique des licenciés par copie ou saisie de leurs fichiers sur leur

¹ CA Douai, 13 février 1986, *SA Olivetti c/SARL Valengros*, Juris-Data n° 1986-040776.

² L'obligation de fournir les accessoires du logiciel comme la documentation est rappelée par la jurisprudence : CA Orléans, 23 octobre 1997, JCP E 1998, I, p. 846, n° 18.

³ Cass. com., 4 décembre 1990, n° 89-14.441, Bull. civ. IV, n° 310. CA Paris, 15 septembre 1995, *Gaz. Pal.* 1996, 2, somm., p. 329, H. Gabadou. CA Paris, 2 septembre 2005, *Sté Exact software c/Sté Nocibe*, Juris-Data n° 281263. CA Paris, 25^e ch. A, 28 mai 2008, *Sté Lenôtre c/Sté Cilaos*, Expertises 2008, p. 313.

⁴ CA Paris, 15 novembre 1988, Expertises 1989, p. 72. Cass. com., 11 avril 1995, n° 92-21.476, *Sté Sgar*, NP ; Expertises, 1995, p. 231.

ordinateur ou dans leur système d'exploitation¹. Des essais des programmes², ainsi que la mise en service dite encore « mise en charge »³ sont également relevés. Une formation technique peut éventuellement être prévue.⁴ Le contrat précisera alors les conditions techniques qui entourent cette installation, en mentionnant notamment la nature de l'environnement matériel sur lequel devra être installé le programme. Bien entendu, dans l'hypothèse des logiciels particuliers ou de progiciels, hors shrink-wrap ou click-wrap licences, la date (pouvant être une date fixe ou un délai prédéfini), les conséquences d'un défaut ou d'un long retard de livraison, ainsi que le lieu de la livraison seront précisés au contrat, puisque dans le cas de licences de progiciels, qu'elles soient sous plastique ou obtenues par un clic sur le site de l'éditeur, la livraison se fera respectivement au moment de l'achat du logiciel suivi de son déballage, ou de façon virtuelle, lorsque le licencié adhèrera à la licence et qu'il téléchargera le logiciel après s'être acquitté d'un prix en ligne. Cette dernière possibilité n'est pas envisageable dans le cas de l'exécution d'un contrat dans le monde analogique tel qu'une vente classique, qui prévoit que le bien objet du contrat soit livré physiquement, soit simultanément à l'achat, soit de façon différé en cas de crédit, ou pour tout autre autre raison.

Il faudra également préciser ce qui sera effectivement livré, si les codes sources sont inclus (supra n° 213), quel sera le support de livraison...

194. S'agissant de la procédure de « recette »⁵, elle consistera pour le licencié à vérifier la conformité du logiciel à ses spécifications techniques, à ses attentes... Il s'agira de reconnaître que le logiciel livré est exploitable dans son système

¹ CA Montpellier, 24 juin 2003, *Lahcène*, Expertises 2004, p. 196.

² CA Paris, 30 septembre 2004, *Atac c/SAP*, Expertises 2005, p. 113.

³ Les juges admettent qu'il existe un temps de « rodage » pendant lequel le licencié ne pourra remettre en cause son contrat avec le concédant : il doit accepter certaines défaillances du logiciel : CA Orléans, 30 septembre 1999, CCE 2000, n° 65, note J.-C. Galloux. Mais, cela ne doit pas s'étendre sur une durée excessive : Cass. com., 10 mai 2000, n° 97-17.277, Expertises 2000, p. 389. Le délai doit être « raisonnable » ; il sera apprécié au cas par cas : Cass. com., 12 novembre 2008, n° 07-19.676, *Juris-Data*, n° 2008-045799. De plus, n'est tolérée qu'une certaine marge de difficultés pendant la période de paramétrage, dans le sens où celles-ci ne doivent pas s'avérer trop importantes : CA Orléans, 20 février 2003, *Sté Développement immobilier*, CCC 2003, n° 135 ; et où elles doivent être rapidement corrigées : Cass. com., 19 juin 2007, n° 06-13.868, *Sté Faiveley c/Sté Aterne*, NP ; *Gaz. Pal.* 2008, 1, somm., p. 480, obs. P. Saurel et B. Ohayon.

⁴ CA Paris, 19 mars 1999, *GIA c/ACA*, Expertises 2000, p. 33. CA Pau, 13 juillet 2004, *Sté Cegid c/Bettinger*, *JAMP* 2004/3, p. 482.

⁵ Lorsque la livraison concerne la réception d'un bien informatique immatériel comme un logiciel, un site web... on parle de « recette », tandis que pour un bien matériel, on parle plutôt de « réception » au sens courant du terme.

informatique, c'est-à-dire compatible avec ses équipements matériels et logiciels, qu'il peut être utilisé sans difficulté, et que sa performance est acceptable. Le licencié joue donc un rôle actif : il ne se contente pas de « réceptionner » le logiciel. Par la recette, il formalise son acceptation du logiciel : c'est pourquoi, celle-ci est considérée comme la contrepartie de l'obligation du concédant de délivrer un objet conforme à ce qui est prévu au contrat.¹ Elle a pour effet de décharger le concédant de sa responsabilité, à moins que des réserves n'aient été émises par le licencié, et de faire débiter le délai de garantie.²

b) La rédaction de la clause de recette proprement dite

195. En premier lieu, la clause de recette consistera à décrire la procédure de réception ainsi que ses modalités.³ Notamment, il sera indiqué sur quel support le logiciel sera livré (CD-ROM...), et si le code source et/ou le code objet seront remis au licencié.⁴ La recette sera donc prononcée s'il s'avère que sont vérifiées certaines caractéristiques du programme, prévues au contrat, grâce à des tests de fonctionnement effectués dans ce but. Si une telle procédure est obligatoire pour les logiciels spécifiques, elle est inexistante pour les progiciels, leurs licences étant d'adhésion, ce qui implique que le licencié n'ait pas son mot à dire quant au logiciel reçu. Toutefois, dans le cas des progiciels importants livrés à une entreprise ayant des relations habituelles avec le concédant, une phase de recette sera observée.

La recette s'avèrera essentielle car, déterminera le point de départ des garanties (vices cachés, conformité...): elle s'insèrera alors dans les obligations du licencié. Elle sera expresse ou tacite⁵, par exemple lorsque le licencié effectuera la mise en service

¹ CA Paris, 25^{ème} ch., section B, 17 novembre 1995, *Sté Cobatri c/Sté Econocom France*, Juris-Data n° 1995-024497. *La clause de recette dans les contrats informatiques : petit rappel des grands principes*, G. Cordier, CCC 2008/1, fiche pratique p. 51.

² En effet, la réception sans réserve du logiciel couvrant ses défauts de conformité exonère le concédant de son obligation de délivrance conforme : CA Paris, 25^{ème} ch., section B, 6 décembre 1996, *SARL Embassy Club c/Favot*, Juris-Data n° 1996-024230. Cass. com., 14 avril 1992, n° 90-13.999, *SCP Illy-Meffre, huissier de justice c/Sté Nixdorf Computer Lyon*, Juris-Data n° 1992-002973.

³ *La clause de recette dans les contrats informatiques : petit rappel des grands principes*, précité, p. 51.

⁴ Annexe n° 1 : Article 6 « Livraison » : « A la date de signature du présent Contrat, le Concédant remet au Licencié le Logiciel, en code-objet (éventuellement : et en code source), sur (décrire ici le support sur lequel il est remis) », *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 310-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 4.

⁵ CA Toulouse, 29 juin 2004, *Sté Igréc c/Sté PSI*, CCE 2004, n° 116, note L. Grynbaum.

opérationnelle du logiciel¹, ou lorsqu'en l'absence de réception formelle, le logiciel livré aura été effectivement utilisé pendant plusieurs années².

Dans la pratique, la conformité du logiciel sera appréciée, soit par le biais de la procédure de recette, soit en posant une présomption de conformité à l'installation du logiciel. Cette seconde alternative s'observe davantage en matière de progiciel ; la prévoir dans le cadre d'une licence de logiciel spécifique équivaldrait pour le licencié à se voir imposer par le concédant une réalité qui n'est peut-être pas exacte. Il en résulterait alors une forte inégalité contractuelle, puisque le licencié ne serait pas en mesure de vérifier la conformité du logiciel à ses attentes, en plus d'un risque pour la sécurité des transactions, par exemple effectuées grâce au logiciel, ou pour la sécurité et la confidentialité de données censées être assurées par ledit logiciel. Or, les licences de logiciels spécifiques sont des contrats négociés, même s'ils révèlent des rapports de force inégaux. En l'absence de recette, le doute serait alors permis quant à la conformité du logiciel, et l'autonomie de la volonté serait mise à mal car, le licencié ne disposerait pas de tous les éléments pour se faire une idée de cette conformité.

Au demeurant, si la force obligatoire des contrats dépend essentiellement de la volonté (cf. : art. 1134 al. 1^{er} C. civ.)³ et que les contrats tels que les licences de logiciels obligent les parties parce que celles-ci l'ont bien voulu, cela ne signifie pas pour autant qu'elles soient placées dans une situation d'égalité contractuelle. En l'occurrence, dans le cadre d'une licence de logiciel, le licencié n'est pas placé dans une position équivalente à celle de son cocontractant, idée renforcée par le fait qu'une telle licence est en général d'adhésion (infra n° 79 s.). Dès lors, même si le licencié n'est pas forcé de s'engager juridiquement avec le concédant et que sa liberté de contracter ou de ne pas contracter est entière, il n'est pas à l'abri d'un défaut de conformité : aucune garantie totale ne peut lui être apportée sur ce point. L'inégalité des relations contractuelles demeure alors. D'où, si adhérer au contrat en connaissance de cause est un principe qui est certes appliqué, les conséquences pour le licencié ne sont pas toujours souhaitées.

¹ T. com. Paris, 8 septembre 1997, Expertises 2000, p. 438.

² CA Paris, 19 mars 1999, *GIA c/ACA*, Expertises 2000, p. 33.

³ « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* »

196. En second lieu, la clause de recette devra tenir compte du suivi de plusieurs étapes de vérification du fonctionnement du logiciel, sachant que des risques doivent être envisagés. Elle décrira le protocole à suivre par les parties, ainsi que les seuils d'acceptation du logiciel à l'issue des différents tests. Pour un logiciel spécifique comme pour un progiciel complexe, la procédure de réception se fera différemment de celle d'un logiciel standard simple qui sera réalisée en une seule fois. La clause de recette prévoira ainsi une réception par le licencié à chaque phase de son élaboration. Le licencié sera tenu de procéder à différents tests dans un ordre bien défini, pour vérifier si le logiciel est capable de remplir les tâches pour lesquelles il a été créé. Parmi ces tests, il y a les « VABF » (« Vérifications d'Aptitude au Bon Fonctionnement ») consistant en des démonstrations partielles de l'aptitude des logiciels et souvent établies sous la responsabilité du licencié, dans un délai prévu. Elles ont pour but de détecter les anomalies à corriger et de déterminer si le logiciel est conforme aux attentes du licencié. Cette phase sera suivie de celle de réception provisoire, avec ou sans réserves. Dans l'éventualité où des réserves seraient émises, cela révélera la présence d'anomalies auxquelles le concédant devra remédier dans les meilleurs délais. Si les réserves concernent des éléments importants, il ne sera pas possible de passer à la phase suivante tant qu'ils n'auront pas été résorbés. A l'issue de cette phase, interviendra celle de réception définitive, quelques mois après la phase de vérification de la conformité en service régulier dite « VSR », s'il ne s'est pas produit des incidents importants durant cette période. La VSR ne sera prononcée par le licencié que si les anomalies détectées sont corrigées : elle permet de tester le logiciel en conditions réelles.

Plus le délai de correction des anomalies sera court, plus il sera reconnu au logiciel une qualité relative, et plus sera élevé le risque d'apparition de vices de conception. Un contrat de maintenance sera éventuellement conclu avec le concédant lors du prononcé de la recette, ce qui lui permettra de facturer des actes qui auraient pu être effectués gratuitement dans le cadre des garanties prévues dans la licence. En conseillant au licencié de signer un contrat de maintenance, en plus de celui de licence, le concédant donne du poids aux clauses limitatives de garantie et aux clauses limitatives de sa responsabilité et, par la même occasion, renforce leur efficacité à son profit. En effet, il échappe à toute obligation de faire droit à certaines demandes du licencié qui, dans un autre contexte, auraient été légitimes. Ce qui accentue encore sa supériorité par rapport à son cocontractant.

197. Puis, une fois que la procédure s'achèvera, un procès-verbal sera délivré, avec ou sans réserve. En l'absence de réserve, la réception « purge » les défauts de conformité et les vices apparents. Dans le cas contraire, et s'il n'est pas mis fin aux défauts de conformité, la sanction sera éventuellement celle de la résolution du contrat aux torts du concédant¹ avec versement de dommages-intérêts en cas de préjudices subis.² Car, le logiciel livré étant reconnu inadapté aux besoins du licencié, il paraît normal de l'indemniser. Une autre sanction serait celle de l'application de la garantie légale de conformité. En effet, si le licencié est libre de refuser la réception d'un logiciel non conforme, refuser un logiciel sans motif sera considéré comme une faute contractuelle exonérant le concédant de son devoir de conformité.

Lorsque le procès-verbal de réception sera signé conjointement par les parties, la recette sera constatée.³ Il en est de même en cas d'absence de réserve écrite du licencié pendant un délai prédéfini à compter de la date de réception.

Dans le cas d'une licence de logiciel spécifique prévoyant des exigences en matière de conformité, il est impératif que ledit logiciel présente les caractéristiques définies mutuellement par les parties, et qu'il soit propre à l'usage auquel il est destiné. En revanche, s'il s'agit d'une licence de progiciel ne contenant aucune exigence particulière, le licencié, partie faible, ne sera pas pour autant privée du droit de bénéficier d'un produit conforme et d'en faire un usage « normal », sans risque de voir survenir de gros incidents. Dans les deux cas, il doit pouvoir exiger la conformité : sa position d'infériorité ne doit pas le pénaliser, ni l'empêcher de bénéficier de ce à quoi il a droit. Si sa liberté est faible, cela ne saurait justifier que ses droits soient occultés : la clause de recette devra, à ce titre, veiller au respect des intérêts de chacune des parties et être rédigée sans aucune ambiguïté.

198. Cependant, dans la pratique, il n'est pas aisé de concilier les demandes des parties et ce qui est concrètement faisable. En effet, il est impossible de prouver qu'un logiciel ne comporte aucune erreur, même après qu'il ait fait l'objet des tests les plus inimaginables, et malgré la diligence apportée : la procédure de recette n'est jamais

¹ CA Pau, 13 juillet 2004, *Sté Cegid c/Bettinger*, JAMP 2004/3, p. 482.

² CA Paris, 1^{er} février 2002, *Sté Fichorga*, CCE 2002, n° 103, note L. Grynbaum. Cass. com. 6 mai 2003, n° 00-11.530, *UGMR c/Proland*, NP ; Expertises 2003, p. 262. CA Chambéry, 1^{ère} ch. civ., 9 octobre 2007, *Cwick c/Syscars services*, Juris-Data n° 345876 : ici a été indemnisée la « *perte de chance de croissance* » résultant de l'absence de livraison du logiciel promis.

³ Ce procès-verbal de réception doit être distingué du simple procès-verbal de livraison matérielle : CA Toulouse, 2^{ème} ch., 25 février 1992, *Loveco c/Sté Gomez Carrelage*, Juris-Data n° 1992-042396.

exhaustive. C'est pourquoi, seuls les tests les plus déterminants seront effectués, c'est-à-dire ceux qui permettent de vérifier que le logiciel remplit correctement les principales fonctions attendues en termes de performance, de qualité des données ou d'interface homme-machine. Ce n'est que si les résultats de ces tests sont probants que le logiciel sera acceptable en tant que tel et considéré comme de qualité. En revanche, si les corrections apportées par le concédant entraînent d'autres anomalies, il sera légitime pour le licencié de s'interroger sur la qualité réelle de son logiciel, ainsi que sur son évolutivité. Sur ce dernier point, en particulier dans le cadre d'une licence de logiciel spécifique, une clause pourra être insérée et faire l'objet d'une négociation attentive. Certaines anomalies relevées par le licencié pourront notamment être interprétées par le concédant comme des demandes d'évolution, qui ne manquera pas de proposer la modification du contrat avec les conséquences financières que cela implique.

Il faut néanmoins préciser que la clause de recette, même rédigée avec précaution, ne sera pas en mesure de prémunir le licencié contre tous les risques inhérents à l'utilisation du logiciel, certaines anomalies n'apparaissant que tardivement. C'est pourquoi, il serait judicieux que la clause de recette prévoie un court délai entre les VABF et la mise en exploitation du logiciel. De plus, elle ne devra pas trop hiérarchiser les tests, au risque de bloquer certains tests en l'attente de la correction des anomalies détectées préalablement.

c) Le cas particulier des licences de progiciels

199. Dans le cadre des shrink-wrap licences, la procédure de recette proprement dite n'est pas envisageable, puisque la réception se fait au moment de l'ouverture du conditionnement du support renfermant le logiciel, et que cette ouverture vaut acceptation des conditions de la licence. La recette coïncide donc avec le déballage du logiciel, ce qui suppose que la procédure de vérification du logiciel se fasse autrement : par la lecture par le licencié des fonctionnalités qui figurent sur l'emballage ou sur la documentation jointe. Par conséquent, le licencié vérifiera, selon ses moyens, la conformité du progiciel à ce qui est prévu au contrat, ce qui est loin d'être aisé pour un novice en la matière. Pour les logiciels spécifiques ainsi que pour les progiciels complexes, une telle solution ne serait pas envisageable car, ne permettrait pas de vérifier s'ils correspondent bien aux attentes des licenciés.

200. De même, la procédure de recette n'existe pas dans le cas des click-wrap licences, puisque l'utilisation du logiciel est seulement autorisée lorsque le candidat à la licence a accepté ses conditions en cliquant à un endroit spécialement prévu à cet effet, telle qu'une icône, un bouton... Un tel clic ou activation vaut acceptation définitive et sans réserves des stipulations contractuelles¹ : la recette se produira alors dès le début de l'utilisation effective du logiciel par l'utilisateur, et c'est à ce moment que le logiciel sera considéré comme livré.

Dans certains cas, la recette sera considérée comme avoir lieu après l'installation du programme ; cela s'observera surtout en matière de progiciel.² Certaines clauses ne manqueront pas de prévoir des sanctions en cas de non-conformité du logiciel aux demandes du licencié, et régleront ses conséquences.³ D'autres enfin, seront très succinctes, surtout s'agissant des logiciels standards.⁴

¹ Annexe n° 4: Article 0 : «*Remarques préalables* », « *L'utilisation du logiciel est seulement autorisée si vous avez accepté, auparavant, ces conditions d'utilisation de manière définitive et sans réserves en activant le bouton correspondant lors de l'installation* (« Licence Click-Wrap »). *Les droits d'utilisation du logiciel vous sont uniquement accordés par cette licence ; vous n'êtes bien entendu pas tenu de reconnaître ces conditions, mais sans approuver ces conditions d'utilisation, vous n'avez aucun droit sur ce logiciel.* », Licence d'utilisation du logiciel « Data Becker », Data Becker GmbH & Co.KG, Version 9.6-1, 2010, p. 1.

² Annexe n° 2 : Article 5 : « *Livraison – Recette* », 2^{ème} modèle de clause : « *L'Editeur pourra, à la demande du Client, effectuer les prestations d'installation du Progiciel, de paramétrage et de formation, aux conditions notamment financières en vigueur de l'Editeur. Ces prestations feront l'objet d'une commande séparée. En toute hypothèse, en raison des risques d'effacement liés à toute intervention sur le Progiciel et/ou sur la Configuration, le Client devra faire son affaire personnelle de la protection et de la sauvegarde des programmes et des données lors de toute intervention et en particulier lors de l'installation. De convention expresse, les parties conviennent que l'installation du Progiciel vaut recette.* », Contrat de licence d'utilisation de progiciel, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, F II 315-10, éd. Lamy, mai 2007, p. 4.

³ Annexe n° 2 : Article 5 : « *Livraison – Recette* », 3^{ème} modèle de clause : « *A compter de la date d'installation du Progiciel, le Client dispose d'un délai de (préciser) jours pour tester le Progiciel et vérifier qu'il fonctionne conformément à sa Documentation (ou le cas échéant si la Documentation n'est pas le seul référentiel de conformité : aux Spécifications). Si le Progiciel ne fonctionne pas conformément à sa Documentation (ou : aux Spécifications), le Client pourra alors prononcer la résiliation de plein droit du Contrat. En pareil cas, le Client devra restituer à l'Editeur, le Progiciel, la Documentation ainsi que toute copie en sa possession et l'Editeur remboursera au Client toute redevance d'utilisation éventuellement perçue.* », Contrat de licence d'utilisation de progiciel, précité, p. 4.

⁴ Annexe n° 2 : Article 5 : « *Livraison – Recette* », 1^{er} modèle de clause : « *L'Editeur remet au Client dans le délai prévu à (préciser ici le document indiquant la date de remise), un support magnétique ou un cd-rom, ou par téléchargement, comprenant :*

- un exemplaire du Progiciel ;
- un exemplaire de la Documentation.

Les conditions et modalités d'installation du Progiciel, de paramétrage et de formation par l'Editeur sont précisées en annexe (préciser). » Contrat de licence d'utilisation de progiciel, précité, p. 4.

3) La garantie d'éviction, un outil créateur d'inégalité et de déséquilibre contractuels

201. Il s'agit ici de garantir au licencié une jouissance paisible du logiciel, et de prévoir une garantie de contrefaçon pour protéger ses intérêts et le rassurer quant à la qualité d'auteur du concédant ou, du moins, de titulaire des droits sur le logiciel en question. A défaut, les conséquences en seraient dramatiques pour lui : il n'aurait aucun droit d'utilisation légitime. Car, si un tiers se manifeste et se déclare le véritable auteur ou titulaire des droits, le licencié risque d'en pâtir, peu importe qu'il ait été de bonne foi, sa licence ayant été conclue au mépris des droits de cette personne. Dès lors, le concédant serait coupable du délit de contrefaçon et le licencié ne pourrait pas utiliser le logiciel : sa seule alternative serait de se retourner contre le concédant qui l'aura mis dans cette situation inconfortable.

202. C'est pourquoi, afin de se prémunir contre ces désagréments et pour montrer sa bonne foi, le concédant insèrera dans la licence une clause relative à la garantie d'éviction, aménagée de façon telle qu'il restera en position de force, et surtout, pour organiser les conséquences d'une contrefaçon pour le licencié. Certes, il faudra se référer à la loi qui prévoit les sanctions de la contrefaçon : aucune disposition contractuelle ne saurait « minorer » l'acte de contrefaçon, ni le redéfinir.¹ Toutefois, le concédant prendra soin d'envisager les conséquences, en particulier financières, d'une éventuelle action en contrefaçon à l'encontre du licencié. Car, cette infraction peut se produire de différentes manières, notamment par la reproduction, l'imitation ou l'utilisation totale ou partielle du logiciel... Le concédant s'engagera alors à réparer les conséquences du caractère contrefaisant du logiciel donné en licence. Il indiquera, par exemple, comme solutions : le paiement de tout dommage-intérêt que le licencié devrait payer à la suite d'une condamnation pour contrefaçon, le remboursement du prix de la licence (sachant que dans ces hypothèses, il sera nécessaire qu'il soit solvable), la recherche d'une autorisation pour lui permettre de continuer à utiliser le logiciel, notamment par le biais d'un accord avec celui qui se déclare titulaire des droits sur l'œuvre, la modification du logiciel afin qu'il perde son caractère contrefaisant, ou son remplacement par un logiciel équivalent répondant aux mêmes fonctionnalités... La

¹ La définition de cette infraction est la suivante : « *Fait pour un autre que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ou son licencié d'exploiter ce monopole, portant ainsi atteinte aux droits de son titulaire. La contrefaçon est parfois une infraction pénale. Elle constitue toujours un fait générateur de responsabilité civile.* », Lexique de termes juridiques, R. Guillien et J. Vincent, éd. Dalloz, 2010, p. 153.

clause de garantie d'éviction sera donc surtout utile lorsque le concédant ne sera pas l'auteur du logiciel car, il faudra rassurer le licencié quant à sa qualité, et envisager le règlement de situations litigieuses éventuelles. Afin d'être le plus exhaustif possible et d'offrir au licencié les meilleures garanties, une telle clause sera rédigée de la manière suivante :

« Le Concédant garantit au Licencié qu'il détient l'intégralité des droits lui permettant de conclure le Contrat. A ce titre, le Concédant déclare être titulaire de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle relatifs au Logiciel.

Le Concédant garantit notamment :

- *que le Logiciel ne constitue pas une contrefaçon d'une œuvre préexistante ;*
- *qu'il a respecté et respectera les droits de propriété intellectuelle des tiers, notamment droit d'auteur, droit sur les dessins et modèles, sur les brevets et sur les marques.*

A ce titre, le Concédant garantit le Licencié contre toute action, réclamation, revendication ou opposition de la part de toute personne invoquant un droit de propriété intellectuelle ou un acte de concurrence déloyale et/ou parasitaire, auquel l'exécution du Contrat aurait porté atteinte. Les indemnisations et frais de toute nature dépensés par le Licencié, ainsi que tous les dommages et intérêts prononcés contre lui seront pris en charge par le Concédant.

En outre, le Concédant devra procéder à ses frais au remplacement des éléments contrefaisants, si un élément de substitution de caractéristiques et de performances égales ou supérieures existe sur le marché français ou étranger ou par le développement d'un autre élément non contrefaisant. »¹

La disposition précédente exprime clairement l'idée que le licencié a droit à une jouissance paisible de l'usage du programme informatique, et qu'il mérite protection à ce titre. Pour le rassurer, le concédant déclarera qu'il détient l'intégralité des droits de propriété intellectuelle sur le logiciel et, qu'en conséquence, il peut légitimement conclure une licence et lui concéder certains droits, ceux des tiers étant respectés.

¹ Annexe n° 1 : Article 7 : « Garantie d'éviction », Modèle de Clause rédigée en faveur du Licencié, *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, F II 310-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 4.

Cependant, si le concédant n'est pas en mesure de réparer le préjudice du licencié, notamment en raison de son insolvabilité, celui-ci ne sera pas protégé, et cela, même si la clause relative à la garantie d'éviction est des plus complètes. La protection ne sera donc jamais totale. D'où, l'intérêt de bien connaître son cocontractant avant de s'engager contractuellement.

De telles clauses rédigées en faveur du licencié seront moins exhaustives et davantage « fourre-tout », dans la mesure où elles intégreront, pêle-mêle, sans les définir, les différentes garanties octroyées au licencié, telles que les garanties de conformité, de bon fonctionnement, de contrefaçon...¹

203. La clause relative à la garantie d'éviction peut également être rédigée en faveur du concédant² : tout dépendra de la manière dont seront menées les négociations. Dans une telle hypothèse, le concédant se contentera de fournir au licencié le minimum de garanties, sachant qu'il garantira à chaque fois la jouissance paisible du logiciel, et surtout, qu'il est bien titulaire des droits qu'il prétend avoir sur le logiciel et qu'il ne les a pas acquis en fraude des droits d'un tiers. Il le protégera également contre toute action exercée par les tiers, en particulier lorsqu'il sera auteur du logiciel, et que toute action de leur part se présentera comme abusive. Il est important de le préciser pour que l'exploitation de la licence se déroule dans des conditions optimales.

¹ Annexe n° 5 : Article 8.1. al. 5 à 8 : «Garanties »: « L'éditeur garantira l'utilisateur contre tout recours et fera son affaire personnelle des revendications contre l'utilisateur prétendant que le logiciel concédé aurait contrefait un brevet, un droit d'auteur ou un autre droit de propriété intellectuelle. (...) », *Contrat de licence du logiciel « Roublac »*, Direction des Systèmes d'information du Centre Hospitalier de Roubaix, p. 6.

² Annexe n° 1 : Article 7 : « Garantie d'éviction », Modèle de clause rédigée en faveur du Concédant : « Le Concédant garantit au Licencié une jouissance paisible du Logiciel, de son fait personnel. A ce titre, le Concédant s'engage à défendre le Licencié à ses frais contre toute action en violation de droit d'auteur ou d'autres droits de propriété intellectuelle intentée par un tiers, et portant sur le Logiciel, sous réserve d'en avoir été avertie immédiatement par écrit par le Licencié et que la prétendue violation ne résulte pas du fait du Licencié.

Le Concédant sera seul maître de la manière de conduire l'action et aura toute latitude pour transiger ou poursuivre toute procédure de son choix. Le Licencié devra fournir toutes les informations, éléments et assistance nécessaires au Concédant pour lui permettre de mener à bien sa défense ou de parvenir à un accord transactionnel.

*Si tout ou partie du Logiciel est reconnu par une décision de justice définitive constituer une contrefaçon ou si le Concédant estime qu'il est vraisemblable que le Logiciel, en tout ou partie, soit considéré comme étant contrefaçon, le Concédant pourra, à son choix, soit procurer au Licencié un Logiciel non contrefaisant ayant les mêmes fonctionnalités, soit obtenir le droit pour le Licencié de continuer à utiliser et exploiter ledit Logiciel, soit rembourser au Licencié le prix perçu au titre du présent Contrat.», *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 4 et 5.*

204. Dans le cadre des licences de progiciels, la clause relative à la garantie d'éviction est souvent appelée clause de « *garantie de contrefaçon* »¹, comme pour exprimer le fait qu'elle donne une importance particulière à cet aspect de la protection du logiciel, au détriment des autres. Certaines seront rédigées en faveur du licencié, et d'autres, en faveur du concédant², qui ne garantira souvent que son éviction personnelle, ce qui suppose que l'éviction des tiers ou l'action en contrefaçon de leur part ne sera pas prise en compte.³ Une telle distinction paraît sévère et marque, une fois de plus, l'inégalité instaurée par le concédant. Dans tous les cas, qu'il s'agisse de licences de logiciels ou de progiciels, la clause relative à la garantie d'éviction sera souvent similaire.

Enfin, certaines licences shrink-wrap font parfois l'économie d'une clause relative à la garantie d'éviction⁴ ; il en est de même pour les click-wrap licences⁵, ce qui n'est pas sans poser quelques problèmes.

205. Dans tous les cas, le concédant utilisera cette clause pour limiter son obligation vis-à-vis du licencié, et pour rappeler que tout acte non autorisé effectué par ce dernier sera considéré comme constitutif du délit de contrefaçon. Par conséquent, même si le licencié paraît protégé par une stipulation contractuelle, le concédant parvient, malgré tout, à rendre sa situation précaire. Il sait comment retourner toute situation à son profit, même celle qui semble favoriser le licencié. La clause relative à la garantie d'éviction sera donc utilisée comme un instrument utile pour protéger ses intérêts.

¹ Annexe n° 2 : Article 8 : « *Garantie de contrefaçon* », *Contrat de licence d'utilisation de progiciel*, Formulaire Lamy Droit de l'immatériel, FII.315-10, éd. Lamy, mai 2007, p. 5 et 6.

² Annexe n° 2 : Article 8 : « *Garantie de contrefaçon* », **Version favorable au Client**, p. 5 : « *L'Editeur garantit au Client une jouissance paisible du Progiciel (...)* ». Ou : **Version favorable à l'Editeur**, p. 6 : « *L'Editeur garantit le Client contre toutes les allégations portant sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle par le Progiciel (...)* », *Contrat de licence d'utilisation de progiciel*, précité.

³ Annexe n° 2 : Article 8 : « *Garantie de contrefaçon* », **Version favorable à l'Editeur** : « *L'Editeur garantit le Client contre toutes les allégations portant sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle par le Progiciel. A ce titre, l'Editeur assurera la défense du Client et prendra à sa charge tous dommages-intérêts auxquels pourraient être condamné ce dernier par une décision de justice devenue définitive et ayant pour base exclusive la démonstration d'une contrefaçon commise par l'Editeur. Cette prise en charge est soumise aux conditions suivantes (...)* », *Contrat de licence d'utilisation de progiciel*, précité, p. 6.

⁴ Annexe n° 3 : *Licence de logiciel « sous plastique » (« Shrink Wrap Licence »)*, *Licence d'utilisation du logiciel « LLL »*, Centre de Médiation et d'Arbitrage des Techniques Avancées (ATA).

⁵ Annexe n° 4 : Article 0 : « *Remarques préalables* », *Licence d'utilisation du logiciel « Data Becker »*, Data Becker GmbH & Co.KG, Version 9.6-1, 2010, p.1.

4) Les autres garanties contractuelles

Les garanties sont très utiles, mais le concédant fera en sorte de les limiter au maximum, dans son intérêt (a). Quant aux mises à jour et évolutions du logiciel, elles susciteront quelques interrogations (b).

a) Présentation des garanties et limitation de la responsabilité du concédant

206. Hormis la garantie d'éviction, la licence prévoit également la garantie de conformité, la garantie contre les vices cachés (cf. : art. 1641 du Code civil) impliquant que le logiciel concédé ne comporte ni vice, ni anomalie¹, la garantie de bon fonctionnement du logiciel, souvent limitée à trois mois, le licencié devant alors suppléer à la carence du concédant en la matière... Cette dernière garantie se limitera à ce qui est décrit dans la documentation accompagnant le logiciel, sachant qu'un taux « d'indisponibilité » sera toléré dans la pratique, de l'ordre de 2 à 5%.

207. En premier lieu, la garantie de conformité est essentielle pour tout « bien » informatique tel qu'un logiciel. Il s'agit pour le concédant de garantir au licencié que le logiciel fourni est conforme à ses attentes, en un mot, qu'il répond à ce qui est prévu au contrat, ou avant sa conclusion, aux dispositions contenues dans la documentation jointe au logiciel.² Il s'agira également de garantir que le logiciel est compatible avec le système informatique du client, et plus précisément, avec sa configuration. Il devra fonctionner conformément à l'usage auquel il est destiné au moment de l'engagement des parties. Tout cela implique qu'il soit adapté aux besoins du licencié³, obligation de

¹ Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-11.530, *UGMR c/Proland*, NP ; Expertises 2003, p. 262. Cass. com., 11 décembre 2007, n° 04-20.782, *Sté Igréc c/Sté Gaya Software*, NP ; Gaz. Pal. 2008, 1, somm. p. 1124, obs. A. Arrigo ; Expertises 2008, p. 195. CA Paris, 25^{ème} Ch. A, 28 mai 2008, *Sté Lenôtre c/Sté Cilaos*, Expertises 2008, p. 313. Si un virus est présent dès la livraison du logiciel, il sera considéré comme un vice caché et devra être garanti par le concédant. Mais, si le licencié est un professionnel de l'informatique qui a été au préalable averti par le concédant d'éventuels risques d'anomalies, il ne pourra pas s'en plaindre, disposant d'un personnel compétent. Au surplus, il sera tenu de mettre en place des moyens de contrôle pour déceler immédiatement toute anomalie : T. com. Paris, 8 septembre 1997, Expertises 2000, p. 438.

CA Paris, 25^{ème} ch. A, 28 janvier 2009, *Sté DMC Roche c/Sté Egide développement*, Juris-Data n° 375113 : en l'espèce, de nombreux « bogues » empêchaient le fonctionnement normal du système.

² Par exemple, un cahier des charges : CA Paris, 1^{er} février 2002, *Sté Fichorga*, CCE 2002, n° 103, note L. Grynbaum ; ou une documentation fonctionnelle : CA Paris, 30 septembre 2004, *Atac c/SAP*, Expertises 2005, p. 113.

³ CA Douai, 2^{ème} ch., 30 octobre 2007, *Sté Tiebergheim c/Sté Flandre Artois Picardie Informatique*, Juris-Data n° 364901 : en l'espèce, le logiciel n'était pas adapté aux besoins du licencié.

résultat¹, sachant qu'il n'est pas toujours évident de déterminer jusqu'à quel point il doit être adapté.² L'usage par le licencié d'un logiciel défaillant l'empêchera par la suite d'invoquer un défaut de conformité, une telle utilisation préalable faisant disparaître un tel défaut³ et valant acceptation du logiciel tel quel. Il en est de même s'il signe un procès-verbal de recette sans réserves.⁴ Enfin, l'obligation de conformité n'aura plus lieu d'être si le licencié n'a pas défini ses attentes avec précision, alors qu'il avait toute compétence pour le faire.⁵ Dans le silence du contrat sur les besoins du licencié, le logiciel devra répondre à certaines normes ISO.⁶

Dans une autre mesure, l'obligation de conformité impliquera que la documentation fournie avec le logiciel soit rédigée en français, y compris celle accessible en ligne, afin d'être accessible et compréhensible du licencié.

Toute licence renfermera l'obligation de conformité, qu'elle concerne un logiciel ou un progiciel, et quelle que soit sa forme (shrink-wrap, click-wrap...), sachant que dans le cadre des progiciels, elle sera facilement remplie car, de tels programmes ne répondent pas à des besoins particuliers, sinon à des spécifications génériques.⁷ Dans certains cas, aucune garantie ne sera prévue à ce titre⁸ : mais, cela importera peu dans la mesure où, s'agissant de licences de logiciels standards susceptibles d'être octroyées à toute personne physique et d'être analysées comme une vente (infra n° 45 s.), les licenciés seront considérés comme des consommateurs et, à ce titre, mériteront la protection qui en découle. Ils pourront alors bénéficier du remplacement à titre gratuit du logiciel, ou

¹ CA Montpellier, 24 juin 2003, *Lahcène*, Expertises 2004, p. 196. Cass. com., 11 décembre 2007, n° 04-20.782, *Sté Igrece c/Sté Gaya Software*, NP ; Gaz. Pal., 2008, 1, somm. p. 1124, obs. A Arrigo ; Expertises 2008, p. 195.

² CA Versailles, 9 novembre 2000, *Sté Slibail Location*, RJDA 2001, n° 412 ; JCP E 2002, p. 888, obs. M. Vivant. En l'espèce, les logiciels ne satisfaisaient pas suffisamment les besoins du licencié : ils étaient donc inadaptés. De même : CA Reims, 23 juillet 2007, *Sté Progimed*, Juris-Data, n° 364710.

³ Cass. com., 17 juin 2008, n° 07-12183, inédit.

⁴ Cass. com., 22 janvier 2008, n° 06-12341, inédit. Il est alors conseillé au licencié profane en matière informatique de demander la mise en service du logiciel pour en vérifier le bon fonctionnement ainsi que la conformité avec ses besoins et attentes ou préciser sur le procès-verbal de recette qu'il n'a pas été mis en mesure d'effectuer de tels tests. Mais, cela reste difficilement envisageable dans la pratique ; un licencié professionnel aurait plus de chances de le faire accepter par son cocontractant.

⁵ CA Aix-en-Provence, 21 mai 1997, JCP E 1998, I, p. 845, n° 15, obs. M. Vivant et Ch. Le Stanc. Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16.322, *Sté Campocasso*, NP ; Expertises 1999, p. 268 ; Gaz. Pal. 2000, 1, pan. p. 822, obs. B. Amaudric du Chaffaut.

⁶ Il s'agit des normes ISO 9001 : 2000 et ISO/CEI 9126. *Ingénierie et qualité du logiciel et des systèmes*, Afnor, éd. Afnor, 2002, 2 tomes.

⁷ *Prouver la non-conformité*, R. Alexander, Expertises, 1996, n° 197, p. 322.

⁸ Annexe n° 3 : Article 7 al. 1^{er} : « Garanties et responsabilités » : « Le logiciel « LLL » et la documentation qui l'accompagne (consignes d'emploi comprises) sont fournies dans l'état où ils se trouvent et **sans aucune garantie**. (...) », Licence de logiciel « sous plastique » (« Shrink Wrap Licence »), Licence d'utilisation du logiciel « LLL », précitée, p. 2.

plutôt de son support physique si celui-ci s'avère défectueux¹, notamment dans la période suivant immédiatement sa mise en service. La plupart du temps, la situation d'un tel licencié ne sera pas différente de celle d'un licencié de logiciel conçu sur-mesure. D'ailleurs, les clauses de garanties révèlent une similitude.²

208. En second lieu, la licence peut prévoir que le concédant assurera au licencié un accompagnement dans l'utilisation du logiciel, notamment en cas de difficulté technique ou d'anomalie rencontrée. Mais, cela ne saurait durer que sur une courte période³, et en aucun cas, il ne s'agira d'une maintenance ou d'un suivi logiciel qui fera l'objet d'un contrat particulier (voir Première Partie, Titre II, Chapitre I). Si le licencié souhaite que soient assurées les corrections de bogues et anomalies, il devra conclure un contrat de maintenance avec le concédant ou un tiers, ou demander l'insertion d'une clause qui prévoit une telle maintenance, ce qui aura des répercussions sur le prix global de la licence. Dans le cadre d'une licence de progiciel, préétablie et d'adhésion, une telle solution est envisageable. Dans d'autres hypothèses, le concédant restera prudent et précisera qu'il « tentera » seulement de corriger les anomalies⁴, afin de ne pas engager sa responsabilité, une telle obligation n'étant que de moyen, moins contraignante qu'une obligation de résultat. De plus, si les garanties octroyées sont limitées dans leur champ et dans leur durée, le concédant ne manquera pas non plus de préciser qu'elles cesseront de s'appliquer en cas de modification du logiciel par le licencié ou d'utilisation non conforme. Le but étant pour le concédant de demeurer la partie forte au contrat et de ne pas engager sa responsabilité au-delà des limites qu'il considère comme acceptables.

¹ Annexe n° 3 : Article 7 : « Garanties et responsabilités » : « En cas de support défectueux (du logiciel), un autre exemplaire sera délivré par « CCC » (le Concédant) sur demande. », Licence de logiciel « sous plastique » (« Shrink Wrap Licence »), Licence d'utilisation du logiciel « LLL », précitée, p. 2.

² Annexe n° 1 : Article 9 : « Garantie contractuelle », Contrat de licence d'utilisation de logiciel, précité, p. 5 et Annexe n° 2 : Article 7 : « Garantie contractuelle », Contrat de licence d'utilisation de progiciel, précité, p. 5.

³ Annexe n° 5 : Article 8.1. al. 4 : « Garanties » : « L'éditeur s'engage à corriger gratuitement le logiciel pendant **cinq mois à compter de son installation**, selon les dispositions précises aux conditions particulières figurant en annexe. », Contrat de licence du logiciel « Roublac », Direction des Systèmes d'information du Centre Hospitalier de Roubaix, p. 5.

⁴ Annexe n° 1 : Article 9 : « Garantie contractuelle », 1^{er} modèle de clause rédigée en faveur du concédant : « Le Concédant **garantit exclusivement la conformité du Logiciel aux caractéristiques fonctionnelles et techniques** figurant dans (la documentation remise au Licencié au titre du Contrat (ou : les spécifications contractuellement convenues). A ce titre, le Concédant interviendra gratuitement, **pendant** (préciser une durée) à compter de la date de livraison (ou : d'installation ou : de recette) du Logiciel, pour (éventuellement : **tenter de**) corriger les anomalies (...). », Contrat de licence d'utilisation de logiciel, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, F II 310-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 5.

209. En règle générale, le concédant prendra soin de rédiger la clause relative aux garanties de la façon la plus large possible afin de s'exonérer de sa responsabilité¹, et allant jusqu'à stipuler qu'il « *ne garantit pas que le Logiciel est exempt d'anomalies et que son fonctionnement sera ininterrompu* »² ou « *qu'il n'est pas possible de garantir que le logiciel satisfera à des exigences de performances ou qu'il fonctionnera sans discontinuité, ni bogue.* »³

De telles dispositions très sévères ont pour effet de laisser le licencié livré à lui-même en cas de préjudice subi en raison d'une utilisation du logiciel qui ne s'est pas déroulée comme prévu, peu importe qu'il ait commis une faute. Non seulement, le concédant limitera le contenu de la garantie de conformité ou de bon fonctionnement du logiciel, mais veillera aussi à exclure ou limiter toute garantie de performance ou de résultat attendue, par le biais de clauses savamment tournées telles que : « *De faibles variations de performances par rapport aux spécifications de la documentation du logiciel concédé ne donnent pas lieu à un droit à garantie.* »

Il limitera encore sa responsabilité au seul montant des redevances payées par le licencié, dans l'hypothèse d'un logiciel défectueux, et exclura la plupart du temps sa responsabilité en cas de dommages immatériels (pertes d'exploitation, pertes de données...), ou en cas de dommages indirects (art. 1151 C. civ.). En d'autres termes, les garanties seront limitées dans leur champ d'application, le temps, et leurs effets.

210. Enfin, il est utile de remarquer que les licences de logiciels intègrent souvent la clause « *Responsabilités* » dans la clause « *Garanties* », comme pour exprimer le fait que les deux sont étroitement liées. Outre le fait que les parties engageront leur responsabilité en cas de manquement à leurs obligations contractuelles, la responsabilité du concédant sera mise en jeu en cas de problème de fonctionnement du logiciel causé par un défaut de conformité. Certaines clauses limiteront sa responsabilité aux seuls

¹ Annexe n° 1 : Article 9 : « *Garantie contractuelle* », Alinéa en vue de limiter les responsabilités du Concédant :

« *En conséquence, il est rappelé au Licencié qu'il lui appartient de prendre toutes les dispositions pour établir les plans de dépannage adéquats et prendra toute mesure appropriée pour minimiser les conséquences dommageables liées notamment à une possible interruption d'exploitation ou à une possible perte de données générée par le Logiciel du fait de son utilisation.* », *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 5.

² Annexe n° 1 : Article 9 : « *Garantie contractuelle* », alinéa en vue de limiter les responsabilités du Concédant, *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 5.

³ Annexe n° 5 : Article 8.1. al. 3 : « *Garanties* », *Contrat de licence du logiciel « Roublac »*, Direction des Systèmes d'information du Centre Hospitalier de Roubaix, p. 5.

dommages directement causés par le mauvais fonctionnement du logiciel par le licencié ; d'autres iront plus loin, puisque exclueront sa responsabilité en cas de « *dommage direct ou indirect en relation avec l'utilisation ou l'impossibilité d'utilisation* » du logiciel en question, « *y compris les dommages entraînés par la perte de bénéfices, l'interruption des activités, la perte d'informations et autres, et ce même si le concédant a été informé de la survenance ou de l'éventualité de tels dommages.* »¹

Tous les moyens seront bons pour ne pas être déclaré responsable, même si certaines causes d'exemption restent discutables.² Ces dernières seront donc des plus variables³ : l'intérêt du concédant ou de l'éditeur est de ne pas « s'impliquer » dans l'utilisation des logiciels par les licenciés, c'est-à-dire de ne pas subir les conséquences de leur usage. L'objectif étant toujours de demeurer la partie forte au contrat, celle qui engage rarement sa responsabilité. Afin d'atteindre cet objectif, le concédant se donnera toute latitude dans la rédaction du contrat, opéra la plupart du temps pour la fourniture de garanties minimales, et fera l'inventaire d'un large panel d'exclusions de garanties.⁴

¹ Annexe n° 3 : Article 7 al. 2 : « *Garanties et responsabilités* », Licence de logiciel « sous plastique » (« *Shrink Wrap Licence* »), Licence d'utilisation du logiciel « LLL », précitée, p. 2. Les exemples ne manquent pas en la matière.

² Annexe n° 5 : Article 8.2. : « *Responsabilité* » : « **L'éditeur ne pourra en aucun cas être tenu responsable des dommages directs ou incidents ni des pertes de profits prévisibles ou imprévisibles, revendiqués par l'utilisateur ou ses clients (y compris notamment pour perte de données, de chiffres d'affaires, rendements financiers, interruptions d'utilisations ou disponibilités des données) résultant d'un manquement à une garantie expresse ou tacite, d'un manquement au contrat, d'une fausse déclaration ou d'une négligence grave ou faute intentionnelle de l'éditeur.** », Contrat de licence du logiciel « Roublac », précité, p. 6.

³ Annexe n° 4 : Article 5 c) : « *Responsabilité* » : « **Data Becker (le Concédant) n'est pas responsable pour les conséquences d'une perte de données et les frais d'une restauration de données éventuellement à effectuer.** Data Becker (le Concédant) recommande la réalisation régulière de sauvegardes des données, pour des données importantes, la sauvegarde devrait être effectuée quotidiennement », Licence d'utilisation du logiciel « Data Becker », précitée, p. 8.

⁴ Annexe n° 4 : Article 4 : « *Garanties* » : « **Le défaut éventuel de compatibilité avec les autres programmes, à l'exception des configurations minimales requises pour les systèmes d'exploitation indiquées sur l'emballage ou dans la documentation afférente ne constitue pas un défaut. (...) Il n'existe pas de logiciel qui fonctionne sans problème sur tous les ordinateurs avec toutes les configurations possibles. C'est pourquoi, la garantie ne comprend notamment pas les dégradations de fonction provenant de composants de l'ordinateur (matériel, notamment les cartes mères, les cartes graphiques et les cartes son qui ne représentent pas de composants de marque standard), d'autres programmes (notamment aussi les pilotes pour des composants de l'ordinateur qui ne représentent pas de composants de marque standard), d'erreurs d'exploitation, de traitement inapproprié ou d'utilisation non conforme à l'accord. Si vous (le licencié) deviez effectuer des modifications du logiciel, nous ne nous porterions plus garant pour le logiciel modifié.** », Licence d'utilisation du logiciel « Data Becker », précitée, p. 6 et 7.

b) Mises à jour et évolutions

211. Les mises à jour (ou « *updates* ») et les évolutions du logiciel ne font pas partie des garanties contractuelles si ne sont pas expressément mentionnées. Les premières sont les versions corrigées des logiciels, tandis que les secondes font référence aux nouvelles versions (ou « *upgrades* ») comportant, outre la correction d'erreurs, de nouvelles fonctionnalités qui n'existaient pas dans la version précédente. Certains contrats prévoient de telles mises à jour, soit gratuitement, soit moyennant le paiement d'un prix modique, sous la condition d'avoir demandé l'enregistrement de la licence auprès du fournisseur du logiciel, par l'envoi d'un document annexé au contrat. La plupart du temps, les mises à jour seront effectuées selon une fréquence prévue, par téléchargement, et pourront figurer dans une clause distincte de celle relative aux garanties.

212. Quant aux évolutions découlant de l'obligation de conformité, elles sont « naturelles » pour un outil aussi sujet à modifications que le logiciel, étant frappé d'obsolescence rapidement. Dès lors, le licencié sera invité à changer de version de logiciel, de manière périodique¹, le logiciel concédé devant avoir la capacité d'évoluer², ce qui vaut également pour les progiciels.³ Pour éviter que le licencié ne demande des évolutions injustifiées à tout bout de champ, le concédant veillera à limiter dans le temps leur contenu et demandera un supplément de prix. Dans tous les cas, la version fournie devra être utilisable, c'est-à-dire paramétrée conformément aux attentes du licencié.

Dans certains cas, pour éviter d'engager sa responsabilité et de prendre en charge les corrections au titre des vices de conception, le concédant insèrera une clause prévoyant les mises à jour intégrant les corrections des bogues⁴. Ces mises à jour seront assimilées à des nouvelles versions du logiciel.

¹ T. com. Paris, 5 mai 2004, *Sté Peyre c/Sté Silog*, Expertises 2004, p. 278.

² CA Paris, 27 septembre 1996, *Mai France*, Expertises 1997, p. 42, obs. B. Richard. CA Versailles, 4 octobre 2001, *Thomas*, RJDA, 2002, n° 327.

³ CA Montpellier, 5 juillet 2000, *Courtex France*, CCE 2001, n° 37, note Ch. Le Stanc. Cass. com., 19 février 2008, n° 06-17.669, *Sté Sigma informatique c/Sté Tradival*, NP ; RJDA 2008, n° 644 ; Gaz. Pal. 2008, 2, somm., p. 2734, obs. J.-F. Forgeron et V. Lukia.

⁴ On parle de « *bug* » en anglais. Notons que le CPI ne fait référence qu'à la notion de « *correction* » (art. L. 122-6-1).

5) Code source et décompilation

En premier lieu, il est nécessaire de définir le code source et le procédé de décompilation (a), afin d'appréhender la rédaction de la clause y afférente (b), ainsi que le cas particulier des logiciels (c).

a) Définition du code source et du procédé de décompilation

213. Par définition, le code source est la description d'un logiciel sous une forme lisible par l'homme dans un langage informatique, code ensuite transcrit dans une forme binaire déchiffrable par l'ordinateur, le code objet. Ce dernier est donc un ensemble d'instructions sous forme de chiffres directement exécutables par la machine : c'est plus précisément le langage utilisé par la machine pour exécuter le programme. Le code source, langage de programmation, est indispensable pour comprendre le fonctionnement d'un logiciel et pour le modifier.¹ Or, présenté comme tel, il n'est pas compréhensible par l'ordinateur. C'est pourquoi, il doit être « converti » en code objet : un tel procédé est appelé « compilation ». ²

214. Quant à la décompilation ou « désassemblage », il s'agit de traduire un programme d'un langage dans un autre, plus évolué, c'est-à-dire de passer du code objet au code source. Concrètement, la structure du logiciel est « démontée » pour connaître et appréhender les données qui en permettent le fonctionnement, afin d'assurer sa compatibilité avec les interfaces d'autres logiciels ou appareils informatiques. Autrement dit, le but est de permettre l'interopérabilité du logiciel avec d'autres logiciels installés sur la machine concernée et avec le système lui-même de cette machine, le tout devant fonctionner ensemble, sans difficulté.

Le procédé de décompilation est une partie de l'ingénierie inverse³ et est autorisé par la loi dans des conditions strictes. Il permet de rendre difficilement copiable un logiciel, l'utilisateur ne disposant que d'une version simplifiée et tronquée du principe de son

¹ *La maîtrise d'un langage de programmation s'acquiert par la pratique*, P. Roussel, CCE 2005, chron. n° 15.

² Notons que les lignes de code sont protégeables aussi bien que les formes exécutées, grâce aux instructions (cf. : art. 10.1 de l'ADPIC du 15 décembre 1993 (Accord sur les aspects des Droits de Propriété Intellectuelle touchant au Commerce ou TRIPS en anglais)), dès lors qu'elles se distinguent de simples données.

³ L'ingénierie inverse ou « *reverse engineering* » en anglais est « *l'analyse d'un système destinée à rechercher ses principes de conception* », Arrêté ministériel du 19 mars 1993. Autrement dit, sa finalité est de retrouver les principes de fonctionnement du logiciel. Une telle disposition laisse supposer que la frontière entre l'acte autorisé et la contrefaçon est floue.

fonctionnement. Sa licéité a longtemps posé problème et a suscité de nombreux débats¹, en particulier parce que, comme l'ingénierie inverse, il présente de graves dangers pour les concepteurs de logiciels, autrement dit, les auteurs, mais aussi les éditeurs.² C'est pourquoi, les licences contiennent des dispositions très restrictives en matière de décompilation. Si elles l'interdisent, elles devront néanmoins permettre au licencié d'utiliser le logiciel, quelles que soient les circonstances, en prévoyant que les concédants transmettront à leurs cocontractants toute information nécessaire à la compatibilité des logiciels visés, soit lors de leur délivrance, soit ultérieurement à la demande du licencié ou de toute personne habilitée, autorisée par la loi (art. L. 122-6-1 IV, 1° CPI). Le concédant aura la possibilité de fixer les limites d'utilisation, de commercialisation, et de publication des informations obtenues par décompilation. Par conséquent, la clause relative au code source et à la décompilation est inévitablement liée à celle relative aux droits de propriété intellectuelle.

b) La rédaction de la clause relative au code source et à la décompilation

215. En tant qu'élément particulier du logiciel, le sort du code source mérite intérêt. En effet, il représente plus qu'un simple texte car, sans lui, il ne serait pas possible de comprendre le fonctionnement du logiciel. Ce « droit de comprendre » doit donc être prévu au contrat, afin de permettre au licencié d'utiliser le logiciel, avec efficacité et performance. Dès lors, une clause sera spécialement prévue pour organiser la « communication » du code source au licencié et pour garantir l'utilisation du logiciel dans le temps. Il faut cependant souligner que le simple fait de mettre à disposition du licencié le code source ne signifie pas pour autant qu'une cession des droits d'auteur en est faite.³ C'est pourquoi, le contrat devra prévoir les conséquences du défaut de remise du code source, impliquant que le licencié ne s'est pas vu octroyé le droit de modifier le logiciel, droit important en la matière. S'il modifie le code source sans autorisation, il sera poursuivi pour contrefaçon. D'où, l'intérêt de prévenir le licencié des conséquences de tels agissements.

¹ *La décompilation d'une disquette est-elle licite ?* P. Belloir, Expertises, juin 1998, p. 190.

² *Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs*, X. Linant de Bellefonds, JCP G 1998, I, 118. *La décompilation des logiciels : un droit au parasitisme*, N. Pinto et D. Taylor, D. 1999, chron. 463. *Le droit d'auteur à l'épreuve du logiciel : l'exemple du droit de décompilation*, F. Sardain, CCE 2002, chron. 24.

³ Cass. com., 9 novembre 1993, n° 91-19.770, n° 91-20.246, Bull. civ. IV, n° 395.

216. Afin de garantir l'accès au code source dans certaines circonstances, notamment en cas d'impossibilité pour le concédant de fournir un tel accès, ou de refus de garantir le logiciel, par exemple en cas de panne bloquant son fonctionnement, les parties devront organiser cette remise. Les hypothèses, les conditions et les formes de cette remise (listings, supports magnétiques...), les modalités d'utilisation des codes, la version communiquée, la documentation associée... seront mentionnés au contrat. Le concédant demandera éventuellement des garanties au licencié en contrepartie de cette remise, telles qu'une caution bancaire pendant la durée de détention des programmes, ainsi qu'un engagement de confidentialité. Il pourra exiger le respect des conditions de sécurité technique pour éviter la détérioration du support des sources, et se réserver la possibilité d'intervenir à tout moment pour contrôler l'usage de ces sources, en particulier, le nombre de copies réalisées. Toutes ces dispositions contraignantes imposées par le concédant prenant le pas sur le droit accordé au licencié d'accéder au code source, et révélant un déséquilibre au niveau de leurs relations.

217. Ainsi, le contrat pourra prévoir que le code source sera déposé chez un tiers tel qu'un organisme privé comme l'Agence pour la Protection des Programmes (APP), en indiquant les cas et les conditions dans lesquels le client pourra y avoir accès. Cette procédure dite « *entiercement* » ou « *sauvegarde* » consistera à déposer chez ce tiers des copies du logiciel ainsi que la documentation technique ayant servi à sa conception/réalisation. Le dépôt fera l'objet de mises à jour chaque fois qu'une modification ou une nouvelle version du logiciel sera installée par le licencié. De telles mesures s'avèrent utiles, par exemple si le licencié modifie la configuration de son système et que le logiciel rencontre des difficultés de fonctionnement, impossibles à résorber pour le concédant. Sans aide, ni réaction de sa part malgré des relances, le licencié risque de se retrouver dans une situation délicate. Ainsi, une cessation d'activité du concédant, volontaire ou non, doublée d'une absence de successeur, une liquidation judiciaire, une décision de ne pas mettre à niveau les fonctionnalités du logiciel en cas de modification législative ou réglementaire, sont autant de motifs justifiant la remise des codes sources au licencié. La jurisprudence admet, à ce titre, que ce dernier peut exiger leur communication.¹

¹ CA Nîmes, 29 novembre 1989, JCP E 1990, II, 15920, n° 6, obs. Vivant et Lucas : en l'espèce, la communication du code source était rendue nécessaire en raison de la liquidation judiciaire du concédant du logiciel. *Logiciel spécifique, correction des erreurs et codes source : les tribulations d'un Français au paradis « off shore » du développement de logiciel*, M.-A. Ledieu, CCE, juillet-août 2004, étude n° 21.

218. C'est pourquoi, pour permettre au licencié d'utiliser le logiciel concédé en toute quiétude sur son système informatique, et pour que l'ensemble de ses programmes fonctionnent ensemble, sans aucun conflit, autrement dit, en toute compatibilité¹, la loi² l'autorise à décompiler le logiciel, sous certaines conditions³, et sans l'accord de l'auteur ou du concédant : le but est d'obtenir des informations permettant l'interopérabilité (cf. : art. L. 122-6-1, IV CPI). Par conséquent, le concédant ne peut interdire au licencié d'accéder indirectement au code source par décompilation et ingénierie inverse, la loi autorisant « *la reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code* » si elle est « *indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité*⁴ d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels. ». Ces informations ne doivent pas avoir été rendues « *facilement et rapidement accessibles* » (cf. : art. L. 122-6-1-IV CPI, 2° CPI) et ne doivent pas avoir été obtenues ou ne peuvent être obtenues par d'autres moyens que la décompilation. Toute clause contraire serait dépourvue d'effet.⁵ Notons que la « *reproduction du code du logiciel* » et « *la traduction de la forme de ce code* » supposent la nécessité de décompiler. En autorisant la décompilation, la loi permet donc au licencié de « rentrer à l'intérieur » du logiciel et de l'étudier. Il faut néanmoins préciser que « *les informations nécessaires à l'interopérabilité* » doivent s'entendre comme les seules parties utiles pour permettre l'interopérabilité, et que de telles informations ne peuvent être communiquées à des tiers, ni utilisées pour tout acte ayant pour objet de porter atteinte au droit d'auteur.⁶

219. Or, parfois, il sera indispensable de décompiler tout le logiciel et pas uniquement une partie, ce qui risque de s'avérer dangereux, d'autant que la loi est muette sur la

¹ Le terme technique est d' « *interfacer* » les logiciels entre eux.

² Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la directive (C.E.E.) n° 91/250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991, précité. Cette directive institue le premier régime de décompilation.

³ Elles sont prévues à l'art. L. 122-6-1, IV CPI : la décompilation doit servir à interfacer le logiciel avec des logiciels de coordination ; les interfaces n'ont pas été obtenues par d'autres moyens ; la décompilation doit se limiter aux parties nécessaires à interfacer les deux logiciels.

⁴ L'interopérabilité est une notion créée par la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, J.O.R.F. n° 178 du 3 août 2006, p. 11529, texte n° 1 : il s'agit de rendre compatible les logiciels entre eux et avec des matériels. Certains auteurs la définissent comme permettant « *aux interfaces logiques de programme de communiquer entre elles* ». (cf. : *Le droit à l'interopérabilité*, J.-M. Bruguière, CCE 2007, chron. 3).

⁵ Art. L. 122-6-1, V al. 2 CPI. Pour un exemple, voir Annexe n° 3 : Article 4 : « *Décompilation du logiciel* », *Licence de logiciel « sous plastique »* (« *Shrink Wrap Licence* »), *Licence d'utilisation du logiciel « LLL »*, précitée, p. 2.

⁶ Est notamment visée l'élaboration d'un logiciel « *substantiellement similaire* », ce qui suppose une contrefaçon. Une telle interdiction paraissant alors des plus logiques (cf. : art. L. 122-6-1, IV CPI).

manière de le faire. C'est sans compter que cela peut conduire à des actes délictueux en raison d'une vision souvent large et erronée de la décompilation par le licencié. Pour l'éviter, le concédant encadrera strictement la procédure de décompilation dans la licence. S'il n'a pas le droit de l'interdire dès lors qu'elle est effectuée dans le respect de la loi (art. L. 122-6-1, V al. 2 CPI), il pourra restreindre les droits du licencié en la matière, de façon à protéger ses intérêts. Cela aura pour effet de précariser la situation du licencié. Ainsi, si le licencié souhaite décompiler, il devra en avertir le concédant et lui faire part du but qu'il poursuit. Le concédant lui communiquera alors les éléments utiles tels qu'ils sont définis à l'art. L. 122-6-1, IV CPI, et il sera fait mention de la décompilation opérée sur le produit « *créé de façon indépendante* ». Dans l'éventualité où il utiliserait des informations autres que celles communiquées (art. L. 122-6-1, IV, 1^o CPI), il pourra être poursuivi pour contrefaçon. Il en est de même s'il est porté atteinte aux droits et aux intérêts légitimes du concédant ou « *à l'exploitation normale du logiciel* » (art. L. 122-6-1, V al. 1^{er} CPI), par exemple, en commercialisant, en mettant au point, ou en produisant un programme « *substantiellement similaire* » (art. L. 122-6-1, IV CPI). A ce sujet, le concédant définira cette notion et listera de façon exhaustive les hypothèses visées pour se protéger de toute utilisation douteuse de son logiciel.

220. Plus généralement, il informera le licencié de la distinction qu'il fait entre les informations directement liées à la finalité d'interopérabilité des systèmes et celles qui sont indépendantes de la poursuite de cet objectif, autrement dit, celles qui ne peuvent être utilisées comme le licencié l'entend.

En mettant en garde le licencié, le concédant montre ainsi qu'il est en position de force et que tout n'est pas autorisé. Même si la loi accorde des droits au licencié, le concédant a la possibilité de les aménager et d'instaurer une inégalité contractuelle à son profit, comme pour le reste du contrat. Toutefois, il ne peut interdire la décompilation purement et simplement, dans le seul but d'exprimer sa « suprématie ». S'il dispose d'une grande latitude quant à la rédaction de la licence, ses pouvoirs demeurent légalement limités.

c) Le cas particulier des progiciels

221. Dans le cas des licences de progiciels, la situation doit être analysée différemment car, pour des raisons évidentes, le concédant ne va pas remettre au

licencié les codes sources : une mise à disposition est donc très rare. Toutefois, comme en matière de logiciels spécifiques, le concédant pourra autoriser le licencié à accéder au code source dans certaines hypothèses, notamment en cas de défaillance de sa part. La licence prévoira ainsi le dépôt des codes sources auprès d'un organisme tel que l'Agence de Protection des Programmes selon la procédure d'entiercement précédemment décrite (infra n° 217). Les codes sources seront alors mis à disposition du licencié en cas de liquidation judiciaire du concédant ou de l'éditeur, de cessation d'activité, de contrôle fiscal ou, plus généralement, en cas de manquement à ses obligations... A titre d'exemple, l'administration fiscale pourra exiger l'accès au code source pour vérifier la régularité du fonctionnement du progiciel dans le cadre d'un contrôle de comptabilité.¹

Les stipulations relatives au code source dans le cadre d'une licence de progiciel peuvent donc être similaires à celles d'une licence de logiciel², en particulier lorsqu'elles autoriseront la décompilation dans un but d'interopérabilité³, quand d'autres l'interdiront.⁴ Par conséquent, en matière de progiciels, les situations demeurent très diverses.

¹ Annexe n° 2 : Article 11 al. 4 : « Codes source » : « De convention expresse, le Client aura, en outre, accès aux codes source du Progiciel en cas de demande formulée par l'administration fiscale dans le cadre d'un contrôle des comptabilités informatisées. », *Contrat de licence d'utilisation de progiciel*, précité, p. 7.

² Annexe n° 2 : Article 11 : « Codes source », *Contrat de licence d'utilisation de progiciel*, précité, p. 7 et Annexe n° 1 : Article 11 : « Codes source », *Contrat de licence d'utilisation de logiciel*, précité, p. 6. : « Le Concédant garantit avoir déposé les codes source du Logiciel auprès de (insérer ici le nom et les coordonnées du tiers séquestre). Le Concédant garantit au Licencié l'accès aux sources du Logiciel en cas de défaillance du Concédant. Pour les besoins du présent article, la défaillance du Concédant s'entend des cas suivants :

- en cas de manquement de la part du Concédant à l'une de ses obligations, empêchant l'utilisation du Logiciel et non réparé dans un délai de (préciser) ;
- après mise en demeure par le Licencié en lettre recommandée avec accusé de réception ;
- en cas de procédure de liquidation judiciaire à l'encontre du Concédant, ne donnant pas lieu à poursuite d'activité ;
- en cas de cessation d'activité du Concédant, notamment la maintenance, sans que l'activité soit reprise.

Il est entendu entre les parties que les codes sources comprennent outre les programmes du Logiciel annotés pouvant être lus et interprétés par toute personne connaissant le langage dans lequel ils sont écrits, ainsi qu'une documentation de conception détaillée.

En outre, en cas d'accès aux codes sources, le Licencié ou tout autre tiers désigné par ce dernier est autorisé à reproduire et adapter les codes sources du Logiciel aux fins exclusives d'assurer la maintenance du Logiciel pour les besoins propres du Licencié et ce, tant que le Licencié utilise le Logiciel. »

³ Annexe n° 4 : Article 2 h) : « Droits d'utilisation », *Licence d'utilisation du logiciel « Data Becker »*, précitée, p. 5.

⁴ Annexe n° 3 : Article 4 : « Décompilation du logiciel », *Licence de logiciel « sous plastique » (« Shrink Wrap Licence »)*, *Licence d'utilisation du logiciel « LLL »*, précitée, p. 2.

D) Conseils pour rétablir l'équilibre entre les parties et limiter la situation précaire du licencié

222. De l'analyse d'ensemble du contrat, il ressort des dispositions contraignantes pour le licencié auquel il doit obligatoirement adhérer pour pouvoir utiliser le logiciel. Ces règles apparaissent comme des règles de conduite précarisant sa situation, et instaurant une inégalité certaine entre lui et le concédant. Il en ressort également une absence de réciprocité au niveau des obligations respectives des parties, à la base d'un déséquilibre des relations contractuelles, plus ou moins grand selon les licences. Toutefois, il est possible de rétablir un semblant d'équilibre dans une certaine mesure, sachant que cela ne sera pas possible dans le cas des licences de logiciels, par définition d'adhésion, et qui n'autorisent aucun aménagement contractuel, sauf décision du concédant de les modifier dans un sens plus favorable au licencié. En revanche, dans l'hypothèse des licences de logiciels spécifiques, il est possible de remédier à la précarité du licencié et à l'inégalité contractuelle dont il souffre : tout est question de négociation. Aussi, certaines recommandations seront utiles au licencié avant de s'engager. Après tout, étant à l'origine de la commande d'un logiciel sur-mesure, il est en droit de poser certaines exigences et de s'assurer que ses intérêts seront préservés et consignés au contrat. Il pourrait même subordonner son engagement à l'octroi de certaines garanties par le concédant. En d'autres termes, il ne signera le contrat que si son futur cocontractant lui accorde les droits qu'il estime nécessaires.

223. En premier lieu, pour remédier à sa précarité, le licencié exigera que les performances du logiciel soient définies avec la plus grande précision et qu'elles tendent vers une obligation de résultat. En effet, lorsqu'il fait appel à un éditeur pour une demande particulière, il en attend un résultat répondant à ses espérances. C'est d'ailleurs souvent sa notoriété qui conditionne sa requête, alors que pour l'éditeur, la personne du candidat à la licence importe peu. Or, afin de ne pas être confronté à une mauvaise surprise lors de la recette du logiciel, et donc, de ne pas se retrouver dans une situation délicate, il est souhaitable qu'il exige la mention au contrat d'une obligation de résultat. Il sera difficile de l'imposer car, ses effets sont lourds de conséquences juridiques pour le concédant, ce dernier préférant une obligation de moyen, moins contraignante pour lui, mais moins sécurisante pour le licencié. De même, ce dernier exigera le respect de certaines obligations par son cocontractant, ainsi que l'engagement de sa responsabilité dans certains cas déterminés. Il s'agit ici de se protéger d'éventuels

cas de contrefaçon, de recours de tiers, et de problèmes de fonctionnement du logiciel concédé.

224. En second lieu, il est nécessaire que le concédant considère les besoins réels du licencié, tels que présentés lors des négociations, et qu'il les définisse comme tels au contrat. Le but étant qu'il n'y ait pas d'ambiguïté, ni de distorsion entre ce qui aura été décidé et ce qui sera finalement retenu aux termes de la licence. D'une part, une telle démarche permet de se prémunir contre tout conflit ultérieur et, d'autre part, elle est indispensable dans l'hypothèse d'une licence exclusive impliquant un prix conséquent, c'est-à-dire toujours plus onéreux que celui d'une licence non exclusive car, le licencié entend alors être davantage protégé. Sur ce point, le licencié s'efforcera d'obtenir l'exclusivité de la licence afin de ne pas être en « concurrence » avec d'autres licenciés, et surtout, parce que l'exclusivité, même délimitée dans son périmètre, crée un sentiment de sécurité et la sensation d'être privilégié, en plus d'instaurer une situation stable et non précaire. La demande du licencié sera acceptée en fonction de la destination et des finalités du logiciel en cause, mais aussi de la politique habituelle du concédant en la matière.

225. En troisième lieu, le licencié sollicitera du concédant de lui accorder une certaine liberté au niveau de l'exploitation du logiciel et notamment, le droit de délivrer des sous-licences, outils stratégiques favorisant une telle liberté et facilitant les relations de travail avec des clients potentiels, s'il est une entreprise. Toutefois, les sous-licences impliquent le droit pour des personnes, les sous-licenciés, d'utiliser le logiciel du concédant et, par conséquent, d'effectuer certains actes autorisés par la loi (copies de sauvegarde...). Or, le concédant peut s'opposer à de telles pratiques, son souhait étant plutôt de limiter au maximum les droits des tiers sur son œuvre. Il sera alors difficile de lui faire accepter les sous-licences. Une autre option du licencié consisterait alors à demander davantage de droits de propriété intellectuelle sur le logiciel, sachant que, dans ce cas, il faudra composer avec les règles prévues par la loi (infra n° 174 s.). Mais, cela sera vain si le concédant s'est réservé son droit de repentir ou de retrait¹, lui

¹ Le droit de repentir ou droit de retrait permet à l'auteur d'une œuvre telle qu'un logiciel de la retirer de la circulation, c'est-à-dire des réseaux de distribution, à condition d'indemniser l'acquéreur ou cessionnaire éventuel. Il est prévu à l'art. L. 121-4 CPI. Bien entendu, ce droit suppose que l'auteur ait au préalable divulgué son œuvre. A la suite d'une évolution de ses idées ou en raison de circonstances postérieures à la publication de son œuvre, il pourra arrêter sa diffusion (on parlera alors de retrait) ou la remaniera (on parlera alors de repentir).

permettant de mettre fin à la divulgation de son œuvre (art. L. 121-4 CPI). Dans l'éventualité où le concédant ferait droit à l'une ou l'autre de ses demandes, cela aurait inévitablement des répercussions sur le prix de la licence.

226. En outre, afin de remédier à sa situation précaire, le licencié devra se montrer exigeant quant à la procédure de recette (infra n° 192 s.). Car, si celle-ci ne se déroule pas comme prévu, il se retrouvera avec un logiciel non conforme à ses attentes et donc, inutile. Aussi, il est nécessaire qu'il demande que les tests de fonctionnement les plus divers et les plus performants soient réalisés : en dépend la qualité du logiciel livré. Il lui sera également recommandé de ne prononcer la réception définitive qu'après une période d'essai la plus longue possible. La difficulté étant de définir conjointement la durée de cette période, sachant que le concédant souhaitera qu'elle soit la plus courte possible, et dans le meilleur des cas, obtenir du licencié délivrance d'un procès-verbal de réception sans réserves, et cela, dans de brefs délais. Quant au licencié, il demandera que toutes les erreurs et bogues du programme informatique survenant après sa réception définitive soient corrigés gratuitement par le concédant, étant entendu qu'il y a peu de chances pour qu'une telle requête soit acceptée dans la pratique, compte tenu des implications qu'elle suscite.

227. Dans la même lignée, le licencié demandera que lui soit réservée la possibilité de transférer le logiciel sur un autre matériel, afin de permettre l'interopérabilité et la portabilité, dans un souci de fonctionnement en toutes circonstances. Il sollicitera alors du concédant l'insertion dans la licence d'une clause dans ce sens, dès les négociations, afin d'éviter les difficultés par la suite. Toutefois, cela ne sera concrètement réalisable que si le logiciel a été conçu de façon telle qu'il sera possible de l'envisager. C'est pourquoi, dans le cas d'un logiciel conçu sur-mesure, le licencié devra se montrer clair sur ce point, afin que sa requête soit facilement acceptée.

De plus, pour utiliser correctement le logiciel en fonction de ses attentes, l'accès à son code-source est indispensable, notamment dans un but de décompilation, bien entendu, conformément à la loi¹ (infra n° 213) : le licencié n'omettra pas de demander au concédant d'insérer une disposition dans ce sens.

¹ *L'informatique et le régime des sources*, Ph. Chailine, D. 1997, chron., p. 164. *Logiciel retour aux sources*, H. Croze et F. Saunier, JCP éd. E, 1996, I, 3909.

228. Enfin, il peut s'avérer utile pour le licencié de demander, dès le départ, que des sessions de formation quant à l'utilisation du logiciel pour lui-même et pour les membres de son équipe, soient organisées par le concédant. Tout devra être défini avec précision : la durée de la formation, le lieu, le coût... A défaut, il sera difficile de faire accepter par la suite un tel dispositif, une fois la licence conclue et le prix déterminé. Un autre risque pour le licencié est de subir un dépassement de son budget initial car, si le concédant répond à une telle demande, il modifiera le prix de la licence en conséquence.

229. De même, si le licencié souhaite des prestations complémentaires telles que la maintenance ou des mises à jour gratuites du logiciel, il devra se manifester dès le début des relations. En général, les mises à jour sont incluses dans la licence de logiciel, mais pas la maintenance, ou plutôt le suivi logiciel qui fait obligatoirement l'objet d'un contrat séparé (voir Première Partie, Titre II, Chapitre I). L'intérêt consistera alors à bien négocier le prix de la licence pour y inclure un maximum de prestations telles que celle de maintenance, essentielle en matière de logiciel. En particulier, cette maintenance devra pouvoir être assurée par un tiers, en cas de défaillance du concédant, de cessation d'activité, de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire diligentée à son encontre... afin de combler une telle carence et de ne pas laisser le licencié dans une situation délicate.

230. En conclusion, en revendiquant toutes ces exigences, le licencié recherche une protection en plus d'une reconnaissance de son statut par son cocontractant. Pour rétablir l'équilibre entre les parties et remédier à sa situation précaire, il devra alors se montrer convaincant car, il ne sera pas aisé d'imposer toutes ses demandes. Cependant, il sera judicieux qu'il obtienne au moins l'autorisation d'utiliser le logiciel concédé dans le cadre de l'infogérance car, ses choix quant aux décisions stratégiques pour l'avenir de son entreprise n'en seront que plus nombreux.

Conclusion

231. Si la licence de logiciel est un contrat de transfert de technologie important pour une entreprise, son objet, le logiciel, n'en demeure pas moins un investissement stratégique essentiel, en tant que bien économique et juridique, et cela, quelles que soient la taille de l'entreprise et sa structure.¹ De plus, si l'utilité de la licence était contestée et critiquée, aujourd'hui, son intérêt ne fait plus aucun doute : elle représente un outil indispensable au fonctionnement et à l'économie d'une entreprise. En effet, le succès de l'activité de cette dernière dépend de son système d'information et donc, des logiciels qu'elle utilise pour les besoins de son exploitation. Quant aux licences de logiciels, elles lui permettent d'organiser l'utilisation de ces programmes informatiques de façon à éviter tout « écart de conduite » en la matière, et de se retrouver dans des situations délicates qui remettraient en cause sa crédibilité vis-à-vis des tiers et de ses clients. Par conséquent, s'il n'est plus possible de se passer des logiciels de nos jours, il en est de même pour leurs licences, ce qui crée une situation de dépendance, tant à l'égard des concepteurs que des éditeurs de logiciels.² Une telle observation vaut aussi bien pour les entreprises que pour les particuliers qui investissent chacun, selon leurs moyens, dans une licence. C'est sans compter le fait que les licences protègent elles-mêmes les investissements de la triade des acteurs que sont l'utilisateur, l'auteur et l'éditeur. Car, si une protection technique est nécessaire pour les logiciels, elle demeure insuffisante pour lutter contre les infractions en la matière, qu'il s'agisse de l'appropriation frauduleuse des logiciels ou de leur utilisation induue ou abusive, faisant référence à une reproduction, une modification, une adaptation, une distribution interdites... en un mot, une exploitation non souhaitée par l'auteur.

232. Une protection juridique par le droit des contrats s'avère alors indispensable à côté de la protection légale offerte aux logiciels. Dès lors, les licences viennent en renfort des dispositifs techniques existant : elles protègent les auteurs des logiciels, ou du moins toute personne qui aura investi dedans. Si certains droits sont accordés, des contreparties, voire des contraintes sont également prévues dans un cadre contractuel strict, afin de protéger le titulaire du logiciel, et sur un plan purement moral, de

¹ *La protection juridique des logiciels*, Ch. Le Stanc, JCP E 1984, n° 24, p. 13. *Le financement des logiciels : peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel ?* E.-M. Bey, Gaz. Pal., 1985, 2, doct., p. 396.

² *Licence de logiciel : son régime juridique à l'épreuve de la pratique*, F. Delamer et A. Van Eeckhout, RDC 1^{er} juillet 2004, n° 3, p. 817.

préserver sa création de tiers souhaitant se l'approprier dans son intégralité. Car, le titulaire du logiciel a ce droit de paternité sur l'œuvre qu'il affectionne particulièrement et qu'il protège farouchement. Ce droit se caractérise par son « empreinte », la « trace » qu'il laisse sur son logiciel. En d'autres termes, l'auteur ne veut, ni ne peut complètement s'en « dessaisir », ce qui a donné lieu à des contrats rassurants à leur égard, souvent au détriment des intérêts des licenciés.

233. Il faut néanmoins remarquer que si ces contrats sont essentiels pour les parties visées, ils instaurent une inégalité et un déséquilibre contractuels qui pourraient en faire fuir plus d'un, s'agissant des licenciés. En effet, ces derniers se retrouvent dans une situation des plus précaires et donc des plus inconfortables, et pas seulement s'agissant des droits de propriété intellectuelle accordés. Leurs besoins ne sont pas toujours pris en compte alors qu'ils sont censés l'être dans le cadre des licences. Cela s'explique par le faible pouvoir de négociation du candidat à la licence, voire par l'absence d'un tel pouvoir dans l'hypothèse des licences de logiciels standard. Un tel phénomène s'observe non seulement au début de la phase précontractuelle, mais également, tout au long de l'exécution du contrat. La limitation des droits du licencié, ainsi que celle des garanties octroyées par la partie forte, le concédant ou l'éditeur, n'arrangent pas les choses. De plus, le fait que le concédant n'entende jamais céder la propriété du logiciel au licencié, contrairement à ce que celui-ci puisse penser, vient conforter l'idée de sa situation précaire. Dans tous les cas, le concédant ne perd jamais l'intégralité de ses droits au profit du licencié, et la licence se révèle souvent comme l'autorisation d'accorder au licencié des droits limités. Elle apparaît donc peu sécurisante pour le licencié, à l'inverse d'autres montages contractuels tels que la cession.

234. Par ailleurs, lorsque l'on évoque la protection des logiciels, il faut dépasser l'idée simpliste que les licences de logiciels confèrent des droits plus étendus et plus nombreux que dans le cadre des licences de progiciels. Il faut également en avoir une vision globale et aller au-delà des ressemblances que la licence peut avoir avec des contrats tels que la vente, la location, ou encore la cession. D'autant que les licenciés, comme les éditeurs, ont souvent des préjugés en matière de licence de logiciel, ne connaissant pas toujours le véritable sens du mot « licence » et encore moins, celui des dispositions qu'elle doit contenir. Les uns -les licenciés- estimant alors qu'ils ont certains droits sur l'œuvre logicielle ainsi que sur le support qui la renferme, faisant

ainsi disparaître toute frontière entre ledit support et l'œuvre ; les autres, les concédants, considérant que la licence doit contenir certaines dispositions qui ne sont pas toujours conformes à la loi. Ce qui conduit inévitablement à la rédaction de contrats aux dispositions qui, soit n'ont pas lieu d'être, soit prêtent à confusion. Cela est encore plus vrai lorsqu'ils ne sont pas rédigés par des professionnels du droit et qu'ils ne sont que des « copiés-collés » de contrats juridiquement douteux. Ceux-ci prolifèrent notamment en matière de progiciels. Au surplus, qualifier certains contrats de licences risque de s'avérer dangereux s'ils se réduisent à de simples ventes de supports enregistrés et s'ils autorisent une atteinte aux droits d'auteur, alors que les droits et prérogatives accordés au licencié sont par définition précaires. Le fait que le licencié soit tenu de « restituer » le logiciel à l'expiration de la licence illustre encore cette précarité (infra n° 167).

235. Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'analyser une licence de logiciel, il faut non seulement envisager son étude en tant qu'élément matériel, mais également en tant qu'élément incorporel. Dans le cas contraire, outre le fait que l'analyse risque de ne pas être exhaustive, les conclusions en résultant risquent de s'avérer fausses. A cela, doit s'ajouter une comparaison avec les contrats du monde analogique : elle révélera que la facilité des échanges permise par le monde numérique engendre des interrogations sur la responsabilité délictuelle des acteurs et sur les droits d'auteur, que l'on ne retrouve pas pour les contrats classiques. Le fait que les acteurs des contrats conclus en ligne ne soient pas toujours « connus », dans le sens où ils sont anonymes, et que le lieu de conclusion soit immatériel, apporte un élément d'extranéité à relever. Le fait encore que pour les licences de progiciels, la prestation soit « consommée » en ligne, dans la mesure où il suffit de cliquer pour y adhérer et pour installer le logiciel, rend compte d'un dispositif inédit par rapport aux procédés existant pour les contrats du monde analogique.

236. Enfin, il est important de préciser que la licence de logiciel n'est ni une vente, ni une location, ni une cession, bien qu'elle emprunte certains traits de caractères à ces différents montages contractuels. Demeure un flou juridique qui n'a pas encore été totalement surmonté par les praticiens du droit, encore moins par l'industrie du logiciel. S'agissant des éditeurs, ils ont trouvé des solutions intermédiaires aux licences de

logiciels par le biais de contrats de location¹ purs et simples, afin d'augmenter davantage leur chiffre d'affaires et d'être plus rentables.²

La rédaction des licences constitue donc un enjeu juridique et stratégique auquel chacune des parties doit faire face. Il en ressort qu'au-delà des qualifications juridiques données, dans la pratique, ces contrats se révéleront innovants par rapport à ceux qui existent et qui s'en rapprochent le plus. C'est pourquoi, il est légitime de les qualifier de contrats *sui generis* et de rechercher, à chaque fois, la volonté des parties afin de déterminer leurs droits et obligations de la façon la plus équitable possible.

¹ C'est le cas par exemple de *Microsoft* que l'on ne présente plus : *Tarifification : Microsoft étend la location d'office*, Le Monde informatique, 1^{er} février 2002.

² *Microsoft loue les licences pour contourner la crise*, Les Echos.net, 21 octobre 2002.

Introduction

237. Au préalable, il faut absolument distinguer les banques de données des bases de données. Les premières représentent un ensemble de données relatif à un domaine défini de la connaissance et organisé uniquement pour être offert aux consultations d'utilisateurs ; tandis que les secondes constituent un ensemble de données organisées en vue de son chargement et de sa mise en œuvre par des logiciels correspondant à des utilisations distinctes, et de manière à faciliter l'évolution indépendante desdites données et desdits logiciels. Elles représentent donc un ensemble complexe qui ne saurait se résumer à un ou plusieurs logiciels, même si ceux-ci sont indispensables pour accéder aux bases de données en ligne. Cette complexité s'explique notamment par le fait que les bases de données se constituent en deux étapes : une étape de collecte d'informations « brutes », suivie d'une étape au cours de laquelle elles sont traitées, remaniées, reformulées, organisées et hiérarchisées, afin de constituer la base de données en tant que telle. Les choses se compliquent encore lorsque les bases contiennent des créations telles que des œuvres audiovisuelles (films, vidéos, séquences de films ou de vidéos...). Les bases de données seront considérées comme de véritables œuvres de l'esprit dès lors qu'elles comporteront « *un apport intellectuel* » et « *un effort personnalisé* » de la part de leur auteur¹. Cela s'observera dans « *le choix et la disposition des matières* » (art. L. 112-3 al. 1^{er} CPI) donnant un caractère d'originalité à la base.

238. Les développements qui vont suivre ne porteront que sur les bases de données au sens juridique du terme. Ainsi, au sens courant, une base de données représente un système d'organisation de l'information conçu pour une localisation et une mise à jour rapide des données structurées, et accessibles par requête. Sont stockées de nombreuses informations afin d'en faciliter l'exploitation. Concrètement, cela se traduit par un ensemble de fichiers présent sur une mémoire de masse tel qu'un disque. Au sens juridique, une base de données est un « *recueil d'œuvres, de données ou d'autres*

¹ Cass. Ass. Plén., 30 octobre 1987, n° 86-11.918, *Microfor c/Le Monde*, D. 1988, 21, concl. Cabannes. CA Paris, 4^{ème} ch., 15 janvier 1997, Juris-Data n° 022369.

éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen. » (art. L. 112-3 al. 2 CPI).

239. A la lecture de cette définition, il en résulte que ne peut être considérée comme base de données que la somme ou la compilation d'éléments organisée, classée, présentée, regroupée, structurée par son auteur. Ces éléments étant liés entre eux par un critère d'organisation, de choix dans leur classement, dans leur ordre ou dans leur disposition. Même si au départ, ces éléments sont indépendants, ce qui importe c'est leur disposition organisée « *de manière systématique ou méthodique* » qui fait de ces éléments regroupés des bases de données, donnant droit à leurs créateurs respectifs au bénéfice de la protection par le droit d'auteur. Il s'agit de bases de données « *qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles* » (art. L. 112-3 al. 1^{er} CPI). La manière dont l'auteur structure ces éléments, la méthode de classement qu'il utilise, notamment selon des critères qui lui sont propres, font qu'un ensemble d'éléments regroupés constitue une base de données au sens juridique du terme. Dans le cas contraire, il ne s'agirait que d'une compilation, d'une masse informe de données brutes, désorganisée, anarchique, sans lien apparent. D'où, la nécessité de bien clarifier les choses dès le départ et de déterminer si l'on est confronté à une base de données ou non. Les conséquences juridiques n'étant pas négligeables, car remettant en cause les droits auxquels l'auteur d'une base pourrait prétendre.

A titre d'exemple, sont considérées comme des bases de données, les ensembles informationnels tels que les ontologies (classifications hiérarchiques des connaissances), les index (table alphabétique de mots, de thèmes des recherches...), les thesauri (sorte de dictionnaire hiérarchisé ou plus précisément, liste organisée de termes de différents domaines, utilisée dans les systèmes documentaires, afin de faciliter l'accès à l'information et indexant les documents visés), en un mot tout ensemble pouvant être qualifié de base de données au sens juridique (art. L. 112-3 al. 2 CPI), car structuré, organisé et hiérarchisé d'une manière telle qu'un accès direct à l'information est possible.

240. Par ailleurs, les bases de données se présentent sous différents supports : papier, informatique (pour les bases de données contenues dans le disque dur des ordinateurs),

numérique (CD-ROM, clé USB...), Internet (pour les bases de données en ligne, sur des sites web spécialisés) et sous différentes formes, choisies par l'auteur. S'agissant des bases de données en ligne, les bases de données les plus connues sont : les annuaires en ligne qui renferment les coordonnées d'abonnés, les petites annonces dans des domaines divers et variés, avec au passage, « *Nomade* », « *MSN* », « *Yahoo!* »... ; les compilations de données telles que les photographies, les fichiers musicaux... ; les moteurs de recherche tels que « *Google* », « *Altavista* », « *All the Web* »... ; les portails tels que « *Voilà* », « *Free* »... A cela, s'ajoutent certains sites Internet tels que le site institutionnel de *Legifrance*, site relatif aux textes de droit français¹, le site du *Service Public* français², le site de l'Union Européenne³, les sites des ministères tels que celui du Ministère de la Justice⁴... L'accès aux bases de données numériques se fera via différents moyens que constituent les moteurs de recherche, les annuaires, les sites web... : en effet, elles sont « *individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen.* » (art. L. 112-3 al. 2 CPI). Le choix de ces moyens étant librement déterminé par l'auteur de la base de données selon des critères stratégiques, spécifiques et rationnels. Parmi les différents types de bases de données existant à ce jour, citons le répertoire d'adresses, le dictionnaire, l'encyclopédie, le site Internet, ou encore toute collection de données, dès lors qu'elles sont individuellement accessibles et disposées de façon systématique ou méthodique.

241. De plus, si certaines bases sont volontairement gratuites, d'autres ont un accès payant pour tout ou partie de leurs données. Là encore, il s'agit d'un libre choix du titulaire de la base. Parmi les bases de données juridiques les plus connues, citons *Dalloz* contenant l'actualité juridique des principaux domaines du droit, sans compter des informations précieuses en matière jurisprudentielle et doctrinale ; *Lamyline* qui donne accès à la documentation officielle nationale et européenne ; *Juripro* qui renferme les sources officielles françaises et européennes avec la possibilité d'une recherche multi sources ; *Doctrinal* qui contient de nombreuses références d'articles de doctrine ; *Lextenso*, donnant accès à la jurisprudence et à la doctrine ; *Lexis Nexis*, qui est une base de données très complète, ses informations concernant de nombreux sujets de droit ainsi que de nombreuses disciplines juridiques. Notons que l'accès à cette base est payant ou gratuit selon les éléments recherchés... Bien entendu, il existe de

¹ Voir le site : <http://www.legifrance.gouv.fr>

² Voir le site : <http://www.service-public.fr>

³ Voir le site : <http://europa.eu>

⁴ Voir le site : <http://www.justice.gouv.fr>

multiples autres bases de données juridiques. Mais, pour qu'une base de données soit utile, utilisée sans crainte par les tiers, et « viable », elle doit être sécurisée et faire l'objet d'un encadrement légal et contractuel. Cela permet à la fois de rassurer les utilisateurs des bases et leurs créateurs, notamment contre les tiers qui pourraient se les approprier frauduleusement en tout ou en partie, et/ou qui en feraient un usage illégal, contraire aux intérêts et à la volonté de l'auteur des bases en question.

Deux types de protection des bases de données sont ainsi prévus : la protection juridique prévue par la loi (Section 1) et la protection prévue par le droit des contrats (Section 2). Il est nécessaire d'envisager la première afin de comprendre la rédaction des conventions telles que les licences d'utilisation des bases de données.

Section 1 : La protection juridique des bases de données

Comme tout bien informationnel, les bases de données n'échappent pas à l'emprise du droit. Celle-ci appellera une protection juridique bicéphale adaptée au mode de constitution, à la nature et à la structure des bases : d'une part, une protection par le droit d'auteur (A) et d'autre part, une protection par un droit *sui generis* (B).

A) La protection par le droit d'auteur

242. Une base de données est considérée comme une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur¹, par application du Livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle et de la directive n° 96/9/CE du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données², transposée en droit français par la loi du 1^{er} juillet 1998³ et intégrée dans le Code de la propriété intellectuelle aux articles L. 341-1 à L. 343-4 et suivants. Cette directive s'applique à toutes les bases de données, sous forme électronique ou papier, en ligne ou hors ligne, mais pas aux logiciels utilisés dans la fabrication ou le fonctionnement des bases, ni aux œuvres ou aux matières qui y sont contenues. Avant ces textes, la

¹ T. com. Valenciennes, 20 janvier 1998, *Ed. Encyclopédie Douanière c/Conex et Agence Fiscale*, Expertises mai 1998, p. 157. T.com. Nanterre, 9^{ème} ch., 27 janvier 1998, *Edirom c/No Global Market Network (GMN)*, D. 1998, 102. CA Paris, 15 janvier 1997 et Cass. Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2000, n° 97-12.620, Bull. civ. I, n° 25, Expertises février 2001, p. 74, obs. Furst ; Propr. Intell. Oct. 2001, p. 54, obs. P. Sirinelli.

² Directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, J.O.C.E. n° L 77 du 27 mars 1996, p. 20-28.

³ Loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 portant transposition dans le Code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, J.O.R.F. n° 151 du 2 juillet 1998 p. 10075.

jurisprudence avait admis la protection des bases de données par le droit d'auteur.¹ De même, la loi n° 96-1106 du 18 décembre 1996² avait remanié l'article L. 112-3 CPI en visant expressément les bases de données. Ces dispositions autorisent une personne à être reconnue comme la seule à pouvoir bénéficier d'une protection juridique, en un mot, à être considérée comme le titulaire légitime de la base en question. Seul le producteur de la base bénéficie d'une protection par le droit d'auteur et acquiert, en conséquence, des droits sur l'œuvre. Quant aux droits sur une base de données, il s'agit des suivants : droits de reproduction, de représentation, de transformation, de distribution... qui sont autant de prérogatives patrimoniales, et droit de paternité, droit au respect de l'intégrité de l'œuvre... autrement dit, des prérogatives morales, sachant que tous ces droits sont exclusifs pour le créateur de la base. L'utilisateur légitime de la base ayant cette qualité en vertu d'un contrat conclu avec le créateur a le droit d'effectuer tous les actes nécessaires à son utilisation, avec certaines limites prédéterminées (infra n° 294 s.). A défaut, il risque d'être poursuivi pour contrefaçon (art. L. 335-2 et suivants du CPI) et/ou atteinte aux droits du producteur d'une base de données (art. L. 343-1 et suivants du CPI), voire accès ou intrusion frauduleuse dans un système de traitement automatisé de données (art. 323-1 et suivants du Code pénal).

S'agissant de la protection de la base de données par le droit d'auteur, il faut distinguer entre la base de données considérée dans son ensemble (1) et les données elles-mêmes, prises séparément (2).

1) La base de données considérée dans son ensemble

243. Il faut se référer à l'art. L. 112-3 CPI précisant que sont protégeables par le droit d'auteur les « *bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.* » Les données considérées dans leur ensemble sont ainsi envisagées par la loi en tant qu'œuvre de l'esprit. Leur protection par le droit

¹ Cass. Ass. Plén., 30 octobre 1987, n° 86-11.918, *Microfor c/Le Monde*, D. 1988, 21, concl. Cabannes. CA Paris, 4^{ème} ch., 15 janvier 1997, Juris-Data n° 022369 : « *Considérant qu'une banque de données, ensemble de données se référant à un domaine défini de connaissances, organisé pour être offert aux consultations des utilisateurs, peut être qualifiée d'œuvre de l'esprit et bénéficier à ce titre de la protection qui s'attache au droit d'auteur lorsqu'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 personnalisé dépassant la mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante dans la conception et l'écriture du programme.* »

² Loi n° 96-1106 du 18 décembre 1996 modifiant le Code de la propriété intellectuelle en application de l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC).

d'auteur concerne notamment le travail d'architecture ou d'agencement caractéristique de cette oeuvre, sa charte graphique, sa charte de conception, d'édition, et plus précisément, le choix ou la disposition des matières faisant de cette base une oeuvre si particulière, propre à une personne appelée « créateur » ou « producteur ». En effet, l'article 3.1 de la directive communautaire de 1996¹ précitée et l'article L. 112-3 al. 1^{er} CPI mentionnent les termes de « *choix et de disposition des matières* » permettant de qualifier de création intellectuelle une base de données.² La structure, l'organisation et la mise en forme de cette dernière sont donc déterminantes et essentielles dans la qualification juridique d'une base, car seuls ces éléments pourront bénéficier d'une protection par le droit d'auteur. Cet arrangement des données est donc fondamental : la manière dont est organisé, agencé, structuré et formalisé un ensemble de données, constitue un savoir-faire non négligeable du créateur de la base, méritant à ce titre d'être relevé et protégé. Mais, cette formalisation doit être originale ou plutôt doivent l'être le choix et la disposition des matières. Cela signifie que la simple compilation ou réunion d'informations est dépourvue d'intérêt : elle n'est pas protégée par le droit d'auteur.³ Cette protection s'appuie ainsi sur les critères classiques de l'originalité définis par la loi (art. L. 112-4 al. 1^{er} CPI : « *Le titre d'une oeuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'oeuvre elle-même.* ») et par la jurisprudence (qui fait référence aux critères d'inspiration personnelle, d'organisation et de conception particulières, d'effort de recherche, de sélection et de synthèse, d'apport intellectuel de l'auteur...)⁴.

244. La Cour d'appel de Paris l'a encore rappelé dans un arrêt du 20 février 2004, s'agissant d'un annuaire des anciens élèves d'une grande école, en considérant que « *cet ouvrage révèle une conception particulière (...), que ces classifications sont la marque d'un effort de recherche, de sélection et de synthèse dans l'agencement des données et qu'il est justifié d'un apport intellectuel et créateur de la part de l'auteur, lequel ne*

¹ « Conformément à la présente directive, les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection. »

² CA Versailles, 8 août 2005, 12^{ème} chambre : la protection découle du choix, de la structure et de la présentation de la base traduisant « *un effort créatif qui les distingue de ceux jusqu'alors en usage (...)* », in *Protection et contrefaçon des logiciels et des bases de données*, H. Bitan, Lamy, coll. Axe Droit, 2006, p. 34.

³ TGI Compiègne, 2 juin 1989, Cahiers Lamy, août 1989 (E), p. 24.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mai 1989, n° 87-17.657, Bull. civ. I, n° 180 ; JCP G 1990, II, 21932, note A. Lucas. T. com. Nanterre, 9^{ème} ch., 27 janvier 1998, *Edirom c/No Global Market Network (GMN)*, précité. CA Paris, 18 juin 1999, Expertises 1999, p. 390, qui a retenu qu'un classement strictement « *fonctionnel* » ne caractérise pas une « *création originale témoignant d'une inspiration personnelle.* »

s'est pas borné à compiler, sans leur réserver de traitement particulier, des données préexistantes ». ¹ Il en est de même dans un arrêt du 9 septembre 2005² : les juges ont considéré que le processus de création d'une base de données de médicaments n'était « *pas la simple compilation d'informations du domaine public* » car, ladite base révélait un apport intellectuel du producteur caractérisant une création originale au regard de l'organisation et de la classification mises en œuvre. Cette base rentrait dans la définition des créations intellectuelles, posée par l'article L. 112-3 du CPI et conférait, pour cette raison, à son créateur, une protection par le droit d'auteur.

245. En revanche, la protection par le droit d'auteur ne concerne pas « *les programmes d'ordinateurs utilisés dans la fabrication ou le fonctionnement des bases de données accessibles par des moyens électroniques* »³. Le problème est que la séparation entre bases de données et logiciels est très difficile, voire impossible, dans la mesure où dans une base de données électronique, son interrogation passe nécessairement par des logiciels. Dès lors, dissocier ces deux éléments reste un défi.

2) Les données considérées en dehors de la base à laquelle elles sont incorporées

246. S'agissant des données prises isolément par rapport à la base à laquelle elles appartiennent, l'art. 3.2 de la directive du 11 mars 1996 dispose que : « *la protection des bases de données par le droit d'auteur ne couvre pas leur contenu et elle est sans préjudice des droits subsistant sur ledit contenu.* » De ce texte, il est déduit une distinction entre contenu et contenant : le droit d'auteur ne s'applique pas aux données elles-mêmes de la base, prises individuellement, sinon à l'ensemble informationnel que constitue la base, sous réserve que soient remplies les conditions prévues par la loi. Le droit d'auteur ne protège ni le contenu, ni le ou les logiciels permettant à la base de données de fonctionner, sinon les choix opérés par son concepteur dans l'organisation et la disposition des éléments de ladite base.

¹ CA Paris, 4^{ème} ch. B, 20 février 2004, *SARL Alinéa c/AIST, CEE juin 2004*, p. 25, comm. Ch. Caron.

² Confirmant T.com. Paris, 16 mars 2004, CA Paris, 4^e ch., sect. B, 9 septembre 2005, *Group Cosmetics Martin et a. c/OCP Répartition*, Gaz. Pal. 2005, n° 303-307, 30 octobre - 3 novembre, jur. p. 18 ; RDLI 2005/9, n°244, p. 16 s., comm. L. Costes.

³Art. 1.3 Directive du 11 mars 1996, précitée : « *La protection prévue par la présente directive ne s'applique pas aux programmes d'ordinateur utilisés dans la fabrication ou le fonctionnement des bases de données accessibles par des moyens électroniques.* »

247. Parmi les données non protégées par le droit d'auteur, citons celles ne satisfaisant pas au critère d'originalité ou encore celles tombées dans le domaine public ou libres de droit. Les données tombées dans le domaine public sont celles dont la protection s'est éteinte à l'expiration du délai légal de protection de 70 ans à compter du décès de leur auteur ou du dernier auteur survivant (art. L. 123-1 CPI), par exemple, dans le cas d'une œuvre de collaboration, « œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques » (art. L. 113-2 al. 1^{er} CPI), ou à compter de la publication de l'œuvre s'il s'agit d'une œuvre anonyme, pseudonyme ou collective (art. L. 113-2 al. 3 CPI), cette dernière étant « créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom ». Seuls les droits patrimoniaux sont concernés par ces dispositions, le droit moral étant par nature perpétuel, inaliénable et imprescriptible (art. L. 121-1 al. 3 CPI). Quant aux données libres de droit, leur auteur a renoncé à exercer ses prérogatives patrimoniales dessus : tout utilisateur peut donc librement exploiter les œuvres concernées, à condition de respecter le droit moral de l'auteur et que la renonciation par l'auteur ou ses ayants-droit ne soit pas subordonnée à caution.

Les données insusceptibles d'appropriation ne sont pas non plus protégeables par le droit d'auteur. Il s'agit des lois, des travaux parlementaires, de tout acte ou symbole officiel. Le producteur d'une base de données qui envisage alors d'y inclure ces éléments n'aura aucune contrainte, si ce n'est de vérifier leur appartenance à la catégorie des actes et travaux officiels et de réserver à ces éléments un emplacement spécifique dans une catégorie du même nom.

248. Enfin, des exceptions aux données insusceptibles d'appropriation existent : elles sont prévues par l'art. L. 122-5 CPI qui mentionne notamment les courtes citations (art. L. 122-5, 3^o a) CPI), les revues de presse (art. L. 122-5, 3^o b) CPI), la diffusion à titre d'information des discours (art. L. 122-5, 3^o c) CPI) et les extraits d'œuvres (art. L. 122-5, 3^o e) CPI).

S'agissant des courtes citations, elles sont autorisées dans les bases de données si leur concepteur mentionne le nom de l'auteur et la source, et si elles sont justifiées par « le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique, ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées » (art. L. 122-5, 3^o a) CPI). La citation doit correspondre à un passage fidèlement reproduit et non à une synthèse de différents extraits de l'œuvre

citée. La courte citation pourra concerner une œuvre littéraire, graphique, musicale ou de nature vidéo. Dans le cadre de l'œuvre littéraire, l'œuvre citée doit être brève par rapport à l'œuvre créée que constitue la base de données, et doivent être mentionnés le nom de l'auteur et sa source.¹ De façon générale, la reprise d'une œuvre initiale par le producteur d'une base ne doit être que partielle.

Pour les œuvres graphiques ou musicales, la courte citation est plus délicate à déterminer. En effet, n'intégrer dans une base de données qu'une partie d'un tableau, d'une photographie ou d'une œuvre musicale semble compliqué... et dépourvu d'intérêt. Outre le fait que cela porte atteinte à l'intégrité de l'œuvre, le droit moral de l'auteur n'est pas respecté. Dans tous les cas, pour que le recours à ces extraits d'œuvres soit valable, ceux-ci ne doivent qu'illustrer ou documenter la base visée. En aucun cas, ils ne doivent représenter l'essentiel de la base de données. Il en est de même pour les œuvres vidéo telles que cinématographiques ou télévisuelles : comme précédemment, il y a un risque de porter atteinte à l'intégrité de l'œuvre ainsi qu'au droit moral de l'auteur. Il faudra alors rechercher si les extraits d'œuvres constituent la substance même de la base. Si tel est le cas, ils seront illicites.

En résumé, pour qu'une courte citation soit licite, plusieurs conditions doivent être impérativement réunies : le nom de l'auteur et de la source doivent être indiqués ; le droit moral de l'auteur, notamment le droit au respect de l'intégrité de son œuvre doit être respecté ; la citation doit être brève par rapport à l'œuvre initiale et à la base de données, et s'incorporer dans une autre œuvre. Enfin, elle doit poursuivre un but critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information.

S'agissant des revues de presse, la jurisprudence la définit comme « *une présentation conjointe et par voie comparative de divers commentaires émanant de journalistes différents et concernant un même thème ou un même événement* ». ² Là encore, la source et le nom de l'auteur doivent être mentionnés pour valablement parler d'exception de courte citation au sens de la loi, et pour que les informations visées figurent en toute légalité dans une base de données. Tous les supports de diffusion sont concernés (papier, télévisuelle, radiophonique, Internet...). Toutefois, la presse n'inclura que les thèmes d'actualité, c'est-à-dire des informations éphémères. D'où, la difficulté de savoir

¹ TGI Seine, 17 juin 1964, JCP 1964, II, 3787.

² Cass. crim., 30 janvier 1978, n°75-92.001, D. 1979, 583, obs. Le Calvez.

ce qui entre ou non dans la catégorie de la presse et les conséquences liées à l'Internet qui en découlent. Car, certains contenus de presse mis en ligne sont accessibles des internautes pendant un temps plus ou moins long grâce à la technique « de la mémoire cache ». Il est admis que l'auteur d'un contenu accessible uniquement par cette technique ne bénéficiera pas de l'exception de courte citation.

Quant à l'étude de la diffusion à titre d'information des discours, il s'agit de ceux destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles. Sont incluses les plaidoiries des avocats. De tels discours peuvent figurer dans les bases de données à condition que les événements rapportés soient d'actualité et que soient mentionnés la source et le nom de l'auteur. La base ne doit pas devenir rapidement obsolète en exposant des événements « périmés », sachant que cette péremption s'apprécie selon une « période d'actualité » à ne pas dépasser. Le propre d'une base est d'être actualisée régulièrement : les informations qu'elle renferme doivent être consultables et diffusables dans de brefs délais, autrement dit, dans « le vent de l'actualité ».

La représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres dans les bases de données est également possible à des fins exclusives d'illustration, dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, *« dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale »* (art. L. 122-5, 3° e) CPI). Comme dans les hypothèses précédentes, le nom et la source de chaque auteur devra être mentionné. Si certaines bases nécessitent la présence de telles informations pour satisfaire un public particulier, cela doit se faire dans le respect de la loi.

249. Enfin, s'agissant des actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électroniques *« pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévues par contrat »*, l'art. L. 122-5, 5° CPI autorise son utilisateur légitime à en extraire et/ou à en réutiliser une partie substantielle, sans autorisation de son producteur, dans un but d'accomplissement d'une procédure juridictionnelle, administrative ou de sécurité

publique.¹ Cela s'applique notamment aux reproductions dans les catalogues juridiques et à la réutilisation de décisions de justice et/ou de commentaires figurant dans des bases de données juridiques, par exemple, lorsqu'elles sont insérées dans des conclusions d'avocats et dans des décisions de justice.

250. En conclusion, l'effort de recherche de l'auteur d'une base de données, c'est-à-dire le fait qu'il consacre du temps et de l'énergie à trier les informations simplement compilées au départ de façon brute, à les sélectionner en fonction de critères qu'il prédétermine lui-même, à les organiser, à les classer et à les disposer, selon une méthodologie propre et des caractéristiques particulières, justifient qu'il s'agisse d'une base de données au sens juridique du terme. L'ensemble de ces choix laissés à la discrétion du créateur n'est donc pas vide de sens, ni de conséquences.

Mais, cela demeurerait insuffisant s'il n'y avait pas cet apport intellectuel et créatif de la part du producteur, combiné à son travail de synthèse et d'organisation de la base, révélant une trace et une empreinte personnelles. Dès lors, la masse d'informations n'est pas qu'une simple compilation, sinon une base de données au sens de l'art. L. 112-3 al. 2 CPI, méritant à ce titre une protection par le droit.

B) La protection *sui generis* ou le droit des producteurs

En premier lieu, les principes et les règles de cette protection doivent être posés (1) avant de déterminer leurs conditions d'application (2).

1) Principes et règles

251. Outre la protection par le droit d'auteur, la directive du 11 mars 1996 accorde également au producteur une protection au titre d'un droit *sui generis* (art. L. 341-1 à L. 343-4 CPI) sur le contenu informationnel lui-même de la base de données, en raison des investissements correspondants réalisés. En effet, l'art. L. 341-1 al. 1^{er} CPI dispose : « *Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend*

¹ Art. 9 de la Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996, précitée : « *Les États membres peuvent établir que l'utilisateur légitime d'une base de données qui est mise à la disposition du public de quelque manière que ce soit peut, sans autorisation du fabricant de la base, extraire et/ou réutiliser une partie substantielle du contenu de celle-ci: c) lorsqu'il s'agit d'une extraction et/ou d'une réutilisation à des fins de sécurité publique ou aux fins d'une procédure administrative ou juridictionnelle.* »

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. » Il s'agit en quelque sorte de récompenser le producteur pour son travail réalisé, mais surtout pour les moyens qu'il a mis en œuvre pour parvenir à la constitution d'une base, peu important que ces moyens soient financiers, matériels ou humains. Son initiative et sa démarche méritent reconnaissance par le droit. Dès lors, le producteur bénéficie d'une double protection : une par le droit d'auteur pour le contenant -la base elle-même- en raison de son originalité résultant du choix, de la disposition de ses éléments constitutifs, de sa forme et de sa structure ; et une autre par un droit *sui generis* pour le contenu lui-même, c'est-à-dire la substance de la base de données, sachant que les deux protections sont complémentaires et nécessaires.

La protection *sui generis* est strictement indépendante du droit d'auteur (art. L. 341-1 alinéa 2 CPI) et selon une certaine doctrine, « *n'a rigoureusement rien à voir avec le droit d'auteur. C'est un droit sur l'investissement qui obéit à une logique propre.* »¹

252. Au niveau communautaire, le droit *sui generis* est défini à l'article 7 de la directive du 11 mars 1996 : « *les Etats membres prévoient pour le fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif.* » Le « fabricant » est visé par le droit communautaire, terme qui n'a pas été repris par la loi de transposition du 1^{er} juillet 1998 qui préfère utiliser le terme de « producteur de bases de données ». La distinction faite par le législateur français entre le fabricant et le producteur a des conséquences sur le problème de la titularité des droits. Car, la protection juridique revient au seul producteur de la base, en un mot, à celui « *qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants* » (art. L. 341-1 alinéa 1^{er} CPI). Il devra alors prouver que d'une part, la création de la base est le résultat de son projet personnel et uniquement de son projet, et qu'il a mis sa force de travail et son énergie au service de ladite création. D'autre part, il démontrera qu'il a réalisé un investissement substantiel

¹ *L'investissement, rien que l'investissement – A propos des arrêts de la Cour de Justice du 9 novembre 2004*, M. Vivant, RLDI 2005/1, mars 2005, n° 3, p. 41 s. et sur ces arrêts, n° 515.

pour « *la constitution, la vérification ou la présentation de la base de données* », cet investissement étant matériel, financier ou humain (art. L. 341-1 al. 1^{er} CPI). Car, la simple réunion des données ne suffit pas pour bénéficier de la protection offerte par le droit *sui generis*. Peu importe que cet investissement soit opéré lors de la phase d'obtention et de constitution (collecte des données, sélection, saisie des données...), de vérification (contrôle de l'intégrité des données, de leur exactitude...) ou de présentation (mise en place de l'architecture et des modalités d'accès...) de la base. Ce qui importe est d'apporter la preuve de l'existence d'un investissement substantiel certain, incluant les coûts de mise à jour. Le problème reste de savoir si l'investissement est suffisant pour que le producteur puisse prétendre à une protection par le droit *sui generis*. En cas de litige, il reviendra au juge de déterminer et d'apprécier le caractère substantiel ou non de l'investissement. Selon les cas, l'investissement sera apprécié différemment : au regard des dépenses réalisées, des coûts de collecte, de gestion et de maintenance de l'ensemble informationnel...

253. Quant à l'importance qualitative de l'investissement, elle est appréciée notamment au regard des efforts de promotion et de valorisation, ainsi qu'au caractère « *performant, esthétique, ergonomique du site d'accès à la base* »¹ De manière générale, les juges vont soit rechercher un seuil à partir duquel un investissement doit être estimé substantiel, soit considérer les caractéristiques de l'entreprise telles que sa taille, sa situation financière, le marché ciblé... afin de déterminer si un investissement réalisé est tel qu'un ensemble informationnel mérite la qualification de base de données. La jurisprudence précise encore la notion d'investissement dans un arrêt du 5 mars 2009² : « *les investissements liés à la création du contenu d'une base de données doivent s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base. Elle ne comprend pas les moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de*

¹ Dans une affaire *France Télécom*, l'investissement est apprécié au regard des coûts de collecte, de gestion et de maintenance de la base de données que constitue l'annuaire : T. com. Paris, 18 juin 1999, JCP éd. E., 2000, p. 841, obs. Vivant et Le Stanc ; D. 2000, Cahier Affaires, p. 105, note Goldstein ; PIBD, 2000, n° 706, III, p. 243 ; Revue Lamy Droit des Affaires, 1999, n° 21, n° 1334, obs. Costes. TGI Paris, 3^{ème} ch., 5 août 2001, *Keljob c/Cadremploi*, JCP éd. G. 2002, chron. n° 78, obs. Maffre-Baugé ; Revue Lamy Droit des Affaires, 2001, n° 43, n° 2735, obs. Costes ; Legipresse, 2001, n° 187, III, p. 219, note Tellier-Loniewski ; Comm. Com. Electr., février 2002, chron. n° 16, note Ch. Caron. Dans cette dernière affaire concernant une base de données constituée d'offres d'emplois sur Internet, l'investissement est apprécié au regard des dépenses réalisées, et l'importance qualitative de l'investissement est appréciée au regard des efforts de promotion et de valorisation, ainsi qu'au caractère « *performant, esthétique, ergonomique du site d'accès à la base* ».

² Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2009, n° 07-19.734 et 07-19.735, *Precom, Ouest France Multimedia c/Direct Annonces*, www.legalis.net

données. » Pour rejeter la protection au titre du droit *sui generis*, les juges rechercheront si les moyens consacrés à l'établissement des données de la base correspondent ou non à un investissement lié à la constitution de ladite base dans laquelle elles sont intégrées, ou à la création des éléments constitutifs du contenu de cette base et à des opérations de vérification, purement formelle, pendant cette phase de création. En d'autres termes, les opérations de constitution, de vérification et de présentation du contenu de la base telles que prévues à l'art. L. 341-1 du Code de la Propriété Intellectuelle doivent être relevées et faire l'objet d'un investissement significatif. L'objectif étant « *de protéger les fabricants de bases de données contre l'appropriation des résultats obtenus de l'investissement financier et professionnel consenti par celui qui a recherché et rassemblé le contenu* » (cf : Considérant 39 de la directive du 11 mars 1996). Le droit *sui generis* bénéficie au seul producteur d'une base de données, c'est-à-dire à « *la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants* ».

254. En outre, le producteur sera protégé pendant quinze ans contre toute extraction non autorisée du contenu de sa base de données, à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit la date de l'achèvement de sa fabrication ou de sa mise à disposition au public (art. L. 342-5 CPI). Notons que tout investissement ou toute modification substantielle complémentaire portant sur le contenu de la base permet de relancer un nouveau délai de protection, propre à la nouvelle base issue de cet investissement, sachant qu'à chaque fois, il faudra se ménager la preuve de la date de réalisation de ce nouvel investissement. Dès lors, les bases dont l'actualisation est continue, bénéficieront d'une protection perpétuelle.

255. En cas de litige, le juge compétent sera tenu de déterminer, de clarifier les notions d'« *achèvement de la base* », de « *modification substantielle* » et de les interpréter. Quant au producteur, il devra prouver ce qu'il avance, comme l'exige le droit commun (art. 1315 Code civil¹). Pendant toute la durée de la protection, les droits *sui generis* conférés au producteur -en tant que droits économiques- peuvent être transmis, cédés ou faire l'objet d'un contrat de licence (art. L. 342-1 al. 2 CPI). Toute violation du droit du producteur est constitutive d'une infraction pénale.

¹ « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.* »

256. Enfin, si les prérogatives du producteur sont limitées dans le temps, elles le sont également dans l'espace. En effet, l'art. L. 342-4 CPI limite la vente et la revente d'une copie matérielle d'une base de données au sein de l'espace communautaire. L'épuisement du droit d'exploitation de la base de données est très encadré. Notons que l'exploitation en ligne n'est pas soumise à cet épuisement : « *La première vente d'une copie matérielle d'une base de données 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 le titulaire du droit ou avec son consentement, épuise le droit de contrôler la revente de cette copie matérielle dans tous les Etats membres. Toutefois, la transmission en ligne d'une base de données n'épuise pas le droit du producteur de contrôler la revente dans tous les Etats membres d'une copie matérielle de cette base ou d'une partie de celle-ci.* »

2) Les conditions de la protection *sui generis*

257. La protection du contenu d'une base de données par un droit *sui generis* n'est pas automatique dans la mesure où le respect de certaines conditions est imposé. Le producteur doit justifier d'un investissement substantiel, qu'il soit financier, matériel ou humain. Cela lui permettra d'interdire tout acte d'extraction et de réutilisation d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de sa base de données ou de sa totalité, à condition que cela ne porte pas atteinte aux droits légitimes de l'utilisateur avec qui il a éventuellement contracté (art. L. 342-1 al. 2 CPI) (supra n° 261 s.). Ces extractions et réutilisations, qualifiées d'emprunts substantiels de la base, sont prohibées (art. L. 342-1 CPI), peu importe qu'elles soient réalisées à titre temporaire ou définitif, et peu importent le support, le ou les moyens utilisés, et la forme. Ces emprunts s'opposent aux emprunts non-substantiels. Seront considérés comme substantielles les extractions « consistantes » dans le sens où elles doivent être d'une quantité et d'un contenu significatifs, conséquents, et d'une qualité non négligeable.¹ En revanche, seront perçus comme non-substantiels les échantillons issus de sondages et extraits d'une base de données : leur extraction n'est pas répréhensible.²

¹ CA Versailles, 12^{ème} ch., sect. 1, 11 avril 2002, *SARL News Invest, SA PR Line*, infirmant le jugement précité du 16 mai 2000 : en l'espèce, l'extraction de plusieurs communiqués de presse et de rapports issus d'une base de données ne constituait pas une extraction quantitativement ou qualitativement substantielle, car les contenus visés n'étaient ni conséquents, ni d'une qualité non négligeable. Dès lors, la copie de tels éléments ainsi que leur réutilisation par un concurrent ne pouvait être interdite.

² T. com. Rennes, 16 juin 2005, *SARL Precom et SA Ouest France c/SA Direct Annonces*.
www.legalis.net

La jurisprudence estime que le caractère substantiel doit s'apprécier en fonction de l'utilisation faite des données extraites¹ et que les emprunts réalisés peuvent être « *qualitativement substantiels* »² ou « *quantitativement substantiels* ».³ Si l'utilisateur d'une base en extrait certains éléments et/ou réutilise une partie quantitativement importante de ces éléments, sachant que la constitution de la base a nécessité la mise en œuvre de moyens substantiels, l'investissement afférent à la partie extraite et/ou réutilisée sera considéré comme substantiel, de façon proportionnelle. Ainsi, plus un investissement est substantiel, plus les données qui s'y réfèrent le sont en qualité ou en quantité. Comme l'article L. 341-1 CPI, la directive du 11 mars 1996 fait référence à la « *mise en œuvre de moyens financiers et/ou d'emploi de temps, d'efforts et d'énergie* » (cf. : Considérants n° 7, n° 39 et n° 40). C'est sur ce fondement que la Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt déjà cité du 9 septembre 2005 considère qu'est reconnue la qualité de

« *Ne sont pas sanctionnables les extractions pratiquées quotidiennement par un tiers, sans l'accord du producteur de la base de données, d'annonces immobilières mises en ligne sur Internet, au motif que ces annonces étaient d'un faible nombre et que les extractions décrites l'étaient sur des annonces collectées auprès de particuliers et de professionnels.* » En l'espèce, les extractions n'étaient pas significatives, qu'il s'agisse de leur quantité ou de leur qualité.

¹ T. com. Nanterre, 7^{ème} ch., 16 mai 2000, PIBD 2000, n° 706, III, p. 496 ; JCP E 2002, n° 223, obs. Gablin, RLDA 2000, n° 29, n° 1843, obs. L. Costes ; CCE sept. 2000, comm. n° 85, obs. Ch. Caron. En l'espèce, sont distingués les **emprunts** « *qualitativement substantiels* » des **emprunts** « *quantitativement substantiels* ».

Jugement réformé en appel par la CA Versailles, 12^{ème} ch., 11 avril 2002, JCP E 2002, n° 1334, n° 7, obs. Gablin ; CCE juillet-août 2002, comm. n° 98, note Ch. Caron.

² TGI Paris, 3^{ème} ch., 5 septembre 2001, *Sté Cadremploi c/Sté Keljob*, JCP G 2002, n° 73, obs. A. Maffre Baugé ; RLDA 2001, n° 43, n° 2735, obs. L. Costes. En l'espèce, les extractions auxquelles avait procédé la société Keljob s'avéraient « *qualitativement* » **substantielles**. En effet, elle avait extrait de la base de données de la société Cadremploi des offres d'emploi afin d'en présenter les éléments essentiels aux internautes. C'est sur la base de ces actes d'extraction et de réutilisation d'une partie de ces informations que le TGI a condamné Keljob, considérant que cette société « listait » sur son site les offres d'emploi dont elle récupérait les éléments -sans déboursier le moindre centime- directement tirés de la base de données créée par Cadremploi, « *et par conséquent, portait atteinte aux investissements réalisés par cette société* ».

« *Affaire Keljob : les moteurs de recherche sous liberté surveillée* », P. Fernandez et P. Amouzou, *Les Echos* 15 oct. 2001 ; CCE févr. 2002, n° 16, p. 20 s. ; CA Paris, 12 septembre 2001, CCE 2001, comm. n° 121, obs. Ch. Caron ; C. Fabre, « *Liens hypertextes profonds : une confirmation du caractère (il)licite de principe ?* », Expertises nov. 2001. Autre exemple d'emprunts qualitativement substantiels : CA Paris, 4^{ème} ch., sect. B, 9 septembre 2005, *Group Cosmetics Martin a. c/OCP Répartition*, Gaz. Pal. 2005, n° 303-307, 30 oct.-3 nov., jur. p. 18 ; RLDI 2005/9, n° 244, p. 16 s., comm. L. Costes (confirmation de T. com. Paris, 16 mars 2004).

³ CA Paris, 4^{ème} ch., sect. A. 18 juin 2003, *Affaire Artprice.com*, D. 2003, 2756. En l'espèce, la masse des informations prélevées sur la base de données litigieuse était considérable : c'est pourquoi, cette extraction ne pouvait qu'être qualifiée de « *quantitativement substantielle* », surtout si l'on considère que les investissements afférents à ladite base étaient conséquents.

CJCE 9 novembre 2004, n° C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd et a. c/William Hill Organization Ltd*, RLDI 2005/1, obs. L. Costes, p. 18 s. En effet, une partie quantitativement négligeable du contenu d'une **base de données peut représenter**, en termes d'obtention, de vérification ou de présentation, **un important investissement humain, technique ou financier**. Autrement dit, peu importe que le contenu de la base extrait ou réutilisé soit de « *faible quantité* », ce qui importe c'est l'importance de la qualité de l'investissement réalisé qui peut être extrêmement grande. la CJCE précise que la notion d'« *emprunts quantitativement substantiels* », au sens de l'article 7 de la directive du 11 mars 1996 « *se réfère au volume de données extrait et/ou réutilisé de la base de données et doit être appréciée par rapport au volume du contenu total de la base* ».

producteur d'une base de données, et par conséquent, que sont reconnus les droits y afférents, à la personne qui a « *non seulement pris l'initiative de la production et de l'édition de la base de données (...), mais qui a en outre pris le risque financier des investissements correspondants destinés tant à rassembler les éléments concernés dans la base de données (...), à les agencer, à organiser leur accessibilité, qu'à assurer la fiabilité de l'information contenue pendant toute la durée de fonctionnement et de mise à disposition du public.* »¹ La réunion de ces éléments est impérative : elle donne incontestablement le droit d'être reconnu juridiquement comme créateur ou fabricant d'une base de données.

258. La CJCE donnera en outre un éclaircissement sur la notion « *d'investissement substantiel* »² pouvant « *consister dans la mise en œuvre de ressources ou de moyens humains, financiers ou techniques et devant être substantiel d'un point de vue quantitatif ou qualitatif.* » Si l'appréciation quantitative fait référence à des moyens chiffrables, l'appréciation qualitative implique des efforts non quantifiables, tels qu'un effort intellectuel ou une dépense d'énergie. Plus particulièrement, la CJCE fera la distinction entre trois types d'investissements, respectivement liés à l'obtention, à la vérification et à la présentation du contenu d'une base de données. Le premier « *doit s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans la base.* Sont exclus les moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données. Seuls importent les moyens nécessaires à l'élaboration de la forme, de la structure de la base elle-même, et non à celle de son contenu informationnel.

Quant au second type d'investissement, il vise les moyens dont la finalité est de contrôler la fiabilité des données contenues dans la base, ainsi que leur exactitude, non seulement, lors de la constitution de cette base, mais aussi pendant sa période de fonctionnement. Il s'agit alors d'effectuer un travail de vérification des contenus. Enfin,

¹ Confirmation T.com. Paris, 16 mars 2004, CA Paris, 4^{ème} ch., sect. B, 9 septembre 2005, *Group Cosmetics Martin et a. c/OCP Répartition*, Gaz. Pal. 2005, n° 303-307, 30 octobre - 3 novembre, jur. p. 18 ; RDLI 2005/9, n°244, p. 16 s., comm. L. Costes.

² CJCE 9 novembre 2004, n° C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd et a. c/William Hill Organization Ltd*, RLDI 2005/1, obs. L. Costes, p. 18 s. ; D. 2005, p. 1495, obs. P. Sirinelli ; CCE comm. n° 2, note Ch. Caron ; RTD com. 2005, p. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; Propr. ind. 2005, comm. n° 7, note P. Kamina.

CJCE 9 novembre 2004, n° C-444/02, *Fixtures Marketing Ltd c/Organismos Pronostokon*;

CJCE 9 novembre 2004, n° C-46-02, *Fixtures Marketing Ltd c/Oy Veikkaus AB* ;

CJCE 9 novembre 2004, n° C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd c/Svenska Spel AB*.

l'investissement lié à la présentation du contenu de la base concerne les moyens visant à lui conférer « *sa fonction de traitement de l'information* », c'est-à-dire ceux permettant la disposition systématique ou méthodique de ses éléments ainsi que « *l'organisation de leur accessibilité individuelle* ».

Par conséquent, *a contrario*, ne constitue pas une base de données celle dont les investissements ne correspondent pas à un investissement lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation de son contenu. Ces investissements sont qualifiés de non-substantiels. Quant aux emprunts non-substantiels effectués sur la base, s'ils sont autorisés par principe, le producteur peut, par application de l'art. L. 342-2 CPI, les prohiber lorsqu'effectuées de manière répétée et systématique, ils « *excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données* ». ¹ Le but est d'interdire les extractions permettant de reconstituer à terme la base de données. La CJCE admet l'utilité de cette solution, à la fois pour empêcher l'accès du public à une base de données sans autorisation de son producteur, et pour protéger l'investissement de ce dernier. ²

259. Cependant, il existe deux exceptions à ce principe de protection du producteur de la base, prévues par la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 dite loi DADVSI³ : d'une part, l'extraction et la réutilisation d'une partie substantielle du contenu de la base de données afin d'en faciliter l'accès aux personnes handicapées, et d'autre part, si cela est effectué dans un but d'enseignement et de recherche ne donnant lieu à aucune exploitation commerciale (art. L. 342-3, 3^o et 4^o CPI). Dans tous les cas, le producteur devra préciser au sein des différents contrats d'utilisation de sa base, ainsi que sur chacun des supports de diffusion, les limites d'utilisation de son contenu. Un arrêt en date du 18 novembre 2004⁴ en précise justement les contours et rappelle, à ce titre, les dispositions de l'art. L. 342-1 CPI. En particulier, le producteur qui se prétend lésé doit avoir « *préalablement interdit l'extraction du contenu de sa base de données* ». Le

¹ TGI Paris, 3^{ème} ch., 20 juin 2007, *PMU c/Eturf*, RLDI août-sept. 2007, p. 20.

² CJCE 9 novembre 2004, n° C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd et a. c/William Hill Organization Ltd*, précité.

³ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information dite « *Loi DADVSI* », J.O.R.F. n°178 du 3 août 2006, page 11529. Cette loi est issue de la transposition en droit français de la Directive européenne 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, également appelée EUCD (d'après le sigle anglais de *European Union copyright directive*), J.O.C.E. n° L 167 du 22/06/2001 p. 10-19.

⁴ CA Versailles, 9^{ème} ch., 18 novembre 2004, *Rojo R... c/Guy R...*, RLDI 2005/2, n° 50, comm. L. Costes, p. 21 et suivants.

manquement à ce texte est sanctionné par l'art. L. 343-1 CPI visant l'atteinte aux droits reconnus au producteur. Cette règle est confirmée par un arrêt du 6 septembre 2005.¹ L'intérêt étant qu'il n'y ait pas d'ambiguïté sur les intentions du producteur, et surtout, de prévenir tout conflit ultérieur. Toutefois, quand bien même le producteur aurait autorisé l'accès de sa base aux tiers, cela ne l'empêchera pas, par la suite, de décider d'y mettre fin, et cela, à tout moment. Ce droit lui est reconnu par la jurisprudence et ne peut être remis en cause.²

260. S'agissant d'une base de données mise à la disposition du public par le titulaire des droits, celui-ci ne peut interdire les emprunts substantiels à des fins privées lorsqu'il s'agit du contenu « *d'une base de données non électronique sous réserve du respect des droits d'auteur ou des droits voisins sur les œuvres ou éléments incorporés dans la base.* » (art. L. 342-3, 2° CPI). De même, il ne peut interdire à l'utilisateur légitime, autrement dit, à « *la personne qui a licitement accès* » à la base, l'extraction ou la réutilisation d'une partie non substantielle de son contenu, appréciée de façon qualitative ou quantitative (art. L. 342-3, 1° CPI). Toute clause contraire serait nulle et de nul effet : une prérogative est ici reconnue à l'utilisateur de la base et aucun contrat ne peut la remettre en cause. Cela constitue une avancée non négligeable dans les droits reconnus à l'utilisateur, et par conséquent, une limite au monopole du producteur (supra n° 261 s.). Aucune atteinte à l'exploitation normale de la base, ni aucun préjudice injustifié aux intérêts légitimes du producteur de la base, ne seront admis. Le problème restant à définir l'expression « fins privées ». Car, l'utilisateur, sous couvert de l'autorisation légale d'extraire une partie non-substantielle d'une base de données, ne saurait s'octroyer plus de droits que ceux que la loi ne lui accorde. Ainsi, un logiciel permettant d'accéder à des données publiques est interdit dès lors qu'il conduit à accéder à une « *caractéristique substantielle qualitativement de la base de données* », cette caractéristique étant la fiabilité.³

¹ Crim., 6 septembre 2005, RLDI 2005/10, n°279, p. 18, comm. L. Costes.

² CJCE 9 novembre 2004, n° C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd et a. c/William Hill Organization Ltd*, précité: « *La circonstance que le contenu de la base de données (ait) été rendu accessible au public par la personne qui l'a constituée ou avec son consentement n'affecte pas le droit de cette dernière d'interdire les actes d'extraction et/ou de réutilisation portant sur la totalité ou sur une partie substantielle du contenu d'une base de données.* »

³ T. com. Paris, 18 juin 2008, *Société SAS/IEESS*. www.legalis.net

261. En conclusion, toute atteinte à l'investissement du producteur d'une base est sanctionnée, quelle que soit la finalité des emprunts effectués. La jurisprudence¹ et le droit communautaire² semblent d'accord sur ce point. Hormis une protection par le droit, qu'il s'agisse du droit d'auteur ou d'un droit *sui generis*, les bases de données peuvent l'être également par le biais des contrats. En effet, il est nécessaire de sécuriser l'exploitation d'une base de données et de protéger les droits du producteur, en particulier dans le cadre des licences autorisant, dans une certaine mesure, l'utilisation de la base (art. L. 342-1 al. 2 CPI : « *Ces droits (l'extraction ou la réutilisation) peuvent faire l'objet d'une licence.* »). Aussi, ces licences seront rédigées de telle façon qu'elles garantiront les intérêts des producteurs.

Section 2 : La protection des bases de données par le droit des contrats ou les licences d'utilisation de bases de données : la suprématie du producteur

Précarité, inégalité, ainsi que déséquilibre au niveau des relations contractuelles sont observés au profit du producteur de la base de données (A). En partant d'une telle observation, l'appréhension de la licence d'utilisation de bases de données (B) et, en particulier, de ses dispositions contraignantes (C) se fait dans des conditions optimales. C'est sans compter la présence de clauses relatives aux manquements aux obligations contractuelles (D) qui, en plus d'être nécessaires, viennent compléter ce dispositif de façon efficace.

A) Analyse globale de la situation

262. Il faut partir du postulat selon lequel une base de données n'est jamais « fixe », sinon en perpétuel mouvement : elle évolue quant à sa présentation, son contenu, sa structure... En un mot, elle évolue sur les plans du fond et de la forme. De plus, elle s'adapte en fonction des besoins et des attentes des utilisateurs des bases de données, ainsi qu'en fonction des intérêts de leurs créateurs respectifs qui sont aussi, la plupart du temps, les éditeurs desdites bases. Il paraît alors logique que le producteur d'une base qui

¹ CJCE 9 novembre 2004, n° C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd et a. c/William Hill Organization Ltd*, précité: « *Peu importe que l'acte d'extraction et/ou de réutilisation ait pour but la constitution d'une autre base de données, concurrente ou non de la base d'origine, de taille identique ou différente de celle-ci, ou que cet acte s'inscrive dans le contexte d'une activité autre que la constitution d'une base de données.* » La protection par le droit *sui generis* doit s'appliquer.

² En effet, le considérant 42 de la directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données dispose que : « **le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu vise non seulement la fabrication d'un produit concurrent parasite, mais aussi l'utilisateur qui, par ses actes, porte atteinte de manière substantielle, évaluée qualitativement ou quantitativement, à l'investissement.** »

s'est énormément investi, c'est-à-dire qui a fait des « *investissements substantiels* » (infra n° 251 s.) quant à sa création et sa mise en œuvre, puisse bénéficier d'une protection par le droit des contrats. En particulier, lorsque l'utilisation de la base impliquera une reproduction ou une représentation de son architecture et de sa forme, l'utilisateur devra justifier d'une autorisation du producteur (ou de son ayant-droit) : celle-ci sera formalisée dans le cadre de la licence. De même, lorsque les données contenues dans la base mériteront une protection individuelle par le droit d'auteur en raison de leur originalité, le contrat devra prévoir des dispositions sur ce point pour mettre en garde l'utilisateur contre tout acte répréhensible, notamment de contrefaçon.

263. Dès lors, la rédaction des clauses -notamment celle relative aux droits de propriété intellectuelle- tiendra compte de ces idées. En d'autres termes, celui qui contracte avec le producteur dans le cadre d'une licence doit savoir à quoi il s'attend. Tout ne lui sera pas autorisé ; le producteur veillera à ce que ses intérêts personnels soient préservés et à ce que la rédaction des dispositions de la licence soit la plus claire et la moins équivoque possible, afin d'éviter tout litige ultérieur. Ces précautions s'expliquent par le fait que le producteur a marqué la base de son empreinte personnelle, par le choix des éléments y figurant, la disposition même de ces éléments, ainsi que leur présentation, révélateurs de sa personnalité. Si sa base constitue une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur, il en résultera que son droit moral devra être respecté, en particulier les prérogatives qui sont attachées à son droit au nom, à son droit de paternité, ainsi qu'au droit au respect de l'intégrité de son oeuvre.

264. Les licences d'utilisation d'une base de données deviennent alors indispensables et révèlent leur efficacité, d'autant qu'aujourd'hui, aux bases de données « traditionnelles », « classiques », s'ajoutent les bases modernes que représentent les annuaires en ligne, les sites institutionnels, les compilations de données particulières, en raison des droits d'auteur relevés (photographies, fichiers musicaux...). Quant aux bases de données dont l'accès facile, rapide et, la plupart du temps, gratuit, se fait au moyen de moteurs de recherche, leur protection doit également être prévue. C'est sans compter les sites Internet et les portails qui connaissent un véritable succès, ce qui n'est pas pour autant synonyme d'absence de problèmes juridiques.

265. Dans le cadre des présents développements, seront étudiées les licences d'utilisation des bases de données en ligne payantes, non exclusives, et dont l'objet est de définir les conditions dans lesquelles le licencié y aura accès et pourra en faire usage. Il s'agira de bases de données en tant qu'œuvres de l'esprit et protégées, à ce titre, par le droit d'auteur et par un *droit sui generis*. Enfin, l'étude se limitera aux licences envisagées comme contrats d'adhésion et non comme contrats négociés. Nous verrons que comme pour les licences de logiciels (Première Partie, Titre I, Chapitre I), les licences de bases de données instaurent des relations contractuelles précaires et déséquilibrées, et engendrent une inégalité s'illustrant par le fait que les parties ne sont pas logées à la même enseigne. En effet, les droits accordés au licencié sont limités, dans la mesure où celui-ci ne pourra faire tout ce qu'il souhaite sur la base. L'intégralité des droits, et notamment ceux de propriété intellectuelle y afférents, ne lui sera pas octroyée. De plus, l'accès à la base se fera le plus souvent moyennant rémunération, et la durée d'accès sera limitée dans le temps. Les rapports de force laisseront entendre qu'une partie sera toujours avantagée par rapport à l'autre -à savoir, le producteur ou la partie « forte »- que ce soit au niveau des prérogatives accordées ou des droits et obligations qui lui incombent.

266. Bien entendu, afin de rentabiliser sa base et de ne pas faire fuir les « candidats » potentiels à la licence -une base de données non exploitée ne servant à rien- le producteur rédigera le contrat de façon telle que le licencié pensera obtenir de nombreuses prérogatives sur ladite base concédée. L'objectif étant de l'amener à contracter dans un intérêt financier. Sont exclues ici toutes les hypothèses d'escroquerie, de dol ou de manipulation frauduleuse sanctionnées par le droit commun. Concrètement, le titulaire d'une base de données disposera d'une large marge de manœuvre par le jeu de clauses lui permettant de demeurer toujours la partie « dominante » et de faire figurer au contrat des limitations aux droits accordés, scrupuleusement et minutieusement réfléchies. Si parfois, les droits accordés paraîtront importants, cela sera en contrepartie d'une rémunération conséquente et pour une durée limitée. Dans tous les cas, l'intérêt pour un producteur est que ses droits et intérêts soient sauvegardés. Le cadre contractuel étant justement utilisé comme le moyen d'y parvenir et de le rassurer.

B) Analyse approfondie de la licence d'utilisation des bases de données : la protection des intérêts du producteur

Avant de rentrer dans le vif du sujet, il est nécessaire de poser les bases du contrat dans le cadre du préambule et d'expliquer quel est l'intérêt de définir certains termes du contrat (1). Ce n'est qu'ensuite que l'objet et la finalité des bases de données pourront être envisagés (2), de même que la durée de la licence (3). Il sera alors possible d'appréhender comme il se doit les obligations du producteur de la base (4) et du licencié (5).

1) Le préambule et les définitions

Est envisagé ici un bref tour d'horizon du préambule (a) et des définitions (b) contenues dans la licence d'utilisation d'une base de données, ainsi que leurs intérêts respectifs.

a) Le préambule

267. En premier lieu, le préambule se doit de préciser si la licence est exclusive ou non. C'est important, car indique si le contrat a été conclu *intuitus personae*. En effet, si tel est le cas, il est fort probable que la licence soit accordée à une seule personne, voire à quelques-unes, sélectionnées en fonction de certains critères exigés par le producteur concédant. En revanche, si la licence n'est pas conclue en considération de la personne du licencié, elle sera non-exclusive et octroyée à un maximum de personnes, à des fins de rentabilité de la base concédée.

268. En second lieu, il est toujours bon de mentionner si le producteur est également l'auteur des données de sa base, ainsi que l'éditeur du logiciel de navigation permettant la consultation et l'utilisation de ladite base. Si cette dernière hypothèse est vérifiée, le licencié devra choisir un logiciel de navigation parmi ceux proposés. A défaut, le producteur ne pourra être tenu responsable de l'impossibilité pour le licencié d'utiliser la base, ni des conséquences d'un défaut de licence valable portant sur le logiciel de navigation choisi, et susceptible d'affecter l'utilisation de la base.

269. Surtout, le préambule indiquera si la base et les données qui la composent sont la propriété pleine et entière du producteur concédant, ou si ce dernier dispose au moins des droits nécessaires permettant leur mise à disposition et leur utilisation par le licencié dans les limites prévues au contrat. Cela rassure d'autant le licencié sur le sort de sa

relation avec le producteur et sur les risques d'éviction du fait des tiers en raison de l'utilisation de la base et des données qu'elle contient. Une brève présentation de la personne du producteur est donc nécessaire, permet de mieux le connaître et d'envisager sereinement l'engagement contractuel.

Il n'est pas nécessaire de rédiger un long préambule : l'essentiel est d'y noter les points importants concernant les parties, les caractéristiques de la base de données (champ d'application, nature et éventuellement origine des données...), le fait que celle-ci soit protégée par le droit d'auteur en raison de son originalité (art. L. 112-3 CPI), et par un droit *sui generis* (art. L. 341-1 et suivants du CPI).

Il est aussi conseillé d'indiquer que le licencié a pris connaissance de la documentation présentant la base, de la typologie de ses données, de leur présentation, de leur fiabilité, des principales fonctionnalités de la base, du rythme des mises à jour... et que ladite base correspond à ses attentes dans tous ses éléments. Pour une base spécialisée dans un domaine d'activités, une telle description est essentielle, car peut permettre au licencié, en particulier s'il est une entreprise, de développer des produits ou des services à partir des données fournies. Il est donc capital d'être le plus exhaustif possible sur ce point : en dépend l'activité toute entière d'une entreprise. De plus, il sera précisé de façon brève si le licencié a le droit d'extraire ou non les données pertinentes de la base, et s'il peut les retraiter pour ses besoins, et éventuellement, s'il s'agit d'une entreprise, pour ceux de ses clients. Il est inutile de s'y étendre longuement ici car, une clause relative aux droits concédés viendra compléter en profondeur cet aspect du préambule.

270. De façon générale, le producteur doit mettre en mesure le licencié de connaître les capacités de la base, l'ergonomie du site Internet qui la renferme ou du moteur de recherche qui permet d'accéder directement à ses données. Concrètement, le licencié doit avoir testé les capacités et le fonctionnement de la base au cours d'une période d'essai prévue au contrat. En outre, comme tous les préambules, celui de la licence d'utilisation de bases de données retrace l'historique des relations entre les différents acteurs les ayant conduit à s'engager : il représente en quelque sorte un avant-goût des règles du jeu à respecter.

b) Les définitions

271. S'agissant des définitions à mentionner au contrat, sont concernés en premier lieu des termes tels que ceux de « *licencié* », d'« *utilisateur* » ou d'« *utilisateur autorisé* », sachant que ce dernier est la personne ayant le droit d'accéder légitimement à la base de données (éventuellement identifiée par une adresse IP¹) et pouvant être une personne autre que le licencié lui-même. Ces définitions sont importantes car, permettent de clarifier les choses concernant les différents acteurs. Le terme de « *producteur* » sera également défini dans une certaine mesure, notamment pour savoir s'il est également éditeur et/ou auteur des données contenues dans la base (infra n° 267). Le « *domaine de la licence* » est lui aussi explicité : il s'agit de préciser la nature des activités en vue desquelles la licence est consentie, afin qu'il n'y ait pas de confusion dans l'esprit du licencié quant au champ d'application du contrat. Ainsi, il saura exactement à quoi il s'engage. Le terme « *utilisation* » mérite également quelque attention, car étant large, il est nécessaire de savoir ce qu'il implique réellement pour éviter toute mauvaise surprise chez le licencié. Si l'utilisation implique naturellement un accès à la base de données ainsi qu'aux données elles-mêmes qui y sont contenues, il est nécessaire d'indiquer si leur extraction temporaire, leur réutilisation et leur exploitation sont incluses dans l'utilisation. De même, le téléchargement, l'installation et l'exécution de la base de données seront précisés.

272. Enfin, d'autres termes seront définis tels que ceux de « *données* », de « *mise à jour* », de « *version(s) nouvelle(s)* », de « *système d'indexation* », de « *présentation de la base de données* », ou encore de « *structure de la base de données* », de « *documentation associée* », autrement dit, tous ceux qui décrivent la base elle-même ou certains de ses éléments, ou ceux qui ont un rapport direct avec ladite base et qu'il est nécessaire d'expliquer pour comprendre la nature et l'étendue de l'engagement des parties. La clause relative aux définitions n'est donc pas inutile dans la licence d'utilisation des bases de données.

¹ En identifiant un utilisateur par son adresse IP (Internet Protocol), c'est-à-dire par un numéro d'identification qui est attribué à chaque branchement d'appareil tel qu'un ordinateur à un réseau informatique utilisant l'Internet, est repérée chaque connexion à la base de données. Il est alors possible de savoir qui « se cache » derrière une adresse IP et donc qui utilise la base à un moment ou un autre. Si l'adresse IP relevée est différente de celle répertoriée par le producteur, cela signifiera que le licencié s'est connecté à un autre poste que celui déclaré. Il n'y aura pas de problème d'authentification dès lors qu'il utilisera ses identifiant et mot de passe personnels.

2) L'objet et la finalité des bases de données

Etudions, tour à tour, l'objet (a) et la finalité (b) des bases de données.

a) L'objet des bases de données

273. Dans le cadre de la licence d'utilisation d'une base de données, le titulaire ou le producteur de la base, appelé concédant, décide, la plupart du temps, d'accorder à un tiers appelé licencié, une licence non exclusive et non transférable d'utilisation, pour une durée précise. Les licences exclusives étant rares car, accordent à un utilisateur unique le droit d'utiliser ou d'exploiter une base de données. Or, un tel cas de figure ne serait pas économiquement intéressant pour un producteur. De plus, si une seule personne pouvait consulter une base et utiliser les données contenues, cela serait discriminatoire. L'objet de la licence consistera donc en la fourniture effective d'informations contenues dans une base -notamment via les réseaux informatiques tels que l'Internet- d'un producteur à un licencié. Une telle fourniture d'éléments s'apparente à un service et, par voie de conséquence, le contrat visé à un contrat de prestation de services. En effet, d'un côté, il y a un prestataire, le producteur, qui effectue une prestation, en l'occurrence permettre à un tiers d'accéder à sa base de données, de la consulter, de l'utiliser... Et de l'autre côté, il y a le client ou licencié qui bénéficie de toutes ces prérogatives moyennant le paiement d'un prix. Ce qui répond parfaitement à la définition du contrat d'entreprise ou louage d'ouvrage donnée à l'article 1710 du Code civil : « *Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ».

274. C'est aussi ce que prévoit la licence d'utilisation, puisque le producteur s'engage à fournir des contenus à un licencié, à titre onéreux, et conformément à ce qui est annoncé. Ainsi, les données fournies à l'utilisateur seront organisées, classées, triées, et correspondront à un type d'informations auquel il s'intéresse particulièrement. En adhérant à un tel contrat, le licencié obtient l'autorisation d'accéder à ces informations, de les consulter et de les utiliser selon les directives du producteur. Plus précisément, il obtient l'autorisation de se maintenir dans la base en toute légalité. A défaut, il serait susceptible d'être poursuivi pour délit d'intrusion et de maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données, sanctionné par le droit pénal (article 323-1 et suivants du Code pénal).

275. L'objet du contrat peut varier : si dans certains cas, il ne s'agit que de concéder un simple droit d'accès et de consultation, dans d'autres, il peut s'agir d'autoriser l'extraction des données à des fins précises (supra n° 301) ou leur réutilisation (supra n° 303), soit en tant que données brutes, soit en tant que données retraitées -c'est-à-dire « travaillées », aménagées, complétées- en précisant à chaque fois la finalité ou le domaine visé. Dès lors, le contrat accordera au licencié le droit d'utiliser les contenus de la base de données, et plus précisément, d'y « puiser » et d'exploiter en toute légalité, conformément à ses dispositions, les données qui l'intéressent. La base de données étant une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur, l'utiliser ou l'exploiter sans autorisation sera constitutif du délit de contrefaçon. Pour éviter tout risque d'ambiguïté, l'objet du contrat devra donc être précis dans sa rédaction et pourra être formulé comme suit : « *Le contrat a pour objet l'interrogation de la base de données dénommée « ... »* » ou : « *Par le présent contrat, le client pourra accéder aux informations que lui offre la base de données dénommée « ... » Une liste des bases disponibles à la date de la signature du contrat figure en annexe n° ... du présent contrat* ». ¹

Il est également possible de rédiger l'objet de la licence de la manière suivante : « *Le présent Contrat a pour objet de définir les conditions dans lesquelles le Licencié (éventuellement : et plus particulièrement les Utilisateurs autorisés) aura (ou : auront) accès à la Base de données, ainsi que les conditions d'Utilisation de ladite Base de données (éventuellement : dans le Domaine de la Licence).* » ²

Le choix des mots utilisés dans la clause objet est donc loin d'être anodin : il annonce la couleur quant à l'étendue des obligations contractuelles, quant à la bonne foi et la position de la partie forte au contrat, et par conséquent, quant à l'éventuel manquement auxdites obligations. ³ Dans certains cas, outre la fourniture d'informations, le contrat inclura une prestation de conseil et de formation au licencié, notamment dans le cas de bases de données complexes d'utilisation. Le producteur en répercutera alors le coût sur le prix global de la licence. Cela s'observe surtout dans le cas de contrats sur-mesure, c'est-à-dire de contrats *intuitus personae* où la considération de la personne est essentielle.

¹ Contrat *Téléroute* Lamy ; voir formulaire, n° III-132, in Lamy droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, édition 2003, n° 3036, p. 1752.

² Annexe n° 6 : Article 2 : « *Objet du contrat* », *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, FII.355-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 3.

³ TGI Paris, 8 juillet 1987, JCP éd. E 1988, II, n° 15297, obs. Vivant et Lucas, n° 11.

b) La finalité des bases de données

276. La finalité de la base de données peut poser problème selon la nature des informations qu'elle renferme : d'où, la nécessité pour la licence de comporter des dispositions claires, précises et compréhensibles pour éviter tout risque d'ambiguïté. Car, dans certaines hypothèses, il existe un décalage entre les attentes du licencié et ce qu'a expressément prévu le producteur. A titre d'exemple, certaines bases comme les bases juridiques peuvent « aider » un juriste à prendre une décision, à conseiller ses clients grâce aux jurisprudences et textes de loi qui y sont contenus et mis à jour.

Est-il alors légitime d'affirmer que ces bases de données ont une finalité de conseil et que celle-ci peut être valablement attendue par le licencié ? Autrement dit, est-on en présence d'une « informatique d'aide à la décision » ?

277. Au demeurant, l'utilisateur d'une telle base spécifique y recourt afin de se mettre à jour dans ses connaissances, s'il est juriste, ou afin de se renseigner sur des points de droit tout en découvrant la matière, s'il est un profane. Dans le premier cas, le juriste enrichit ses connaissances, vérifie certaines informations afin de proposer à son client les solutions les plus appropriées à son problème de droit, compte tenu des données dont il dispose. La base de données apparaît alors comme un formidable outil de travail, mais ne se substitue en aucun cas au juriste. D'ailleurs, pour éviter toute ambiguïté de la part du licencié sur ce point, il sera judicieux de mentionner expressément au contrat un avertissement, comme suit : « *Le présent contrat n'a pour objet que la consultation de la base de données dénommée « ... » à l'aide de terminaux (...). Il ne s'agit que d'un système d'aide à la décision. La responsabilité de la prise de décision revient au seul utilisateur.* »¹ De même, un message similaire sera susceptible d'être directement affiché en ligne, sur l'écran d'ordinateur du licencié, au moment où il ouvrira la base de données.

Dans le second cas, le profane recherche une information que la base de données va lui fournir. Il est évident qu'il ne va pas s'auto-proclamer juriste et que la base ne remplacera jamais la présence d'un avocat. Chaque information extraite sera placée dans un contexte particulier, travail que seul un juriste est capable de faire. Par conséquent, la finalité de la base de données ne pourra en aucun cas être une finalité de

¹ Lamy droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, édition 2003, n° 3036, p. 1752.

conseil. De la même façon, l'ensemble informationnel mis en ligne n'aura pas pour objet de permettre la prise de décision juridique. Tout au plus, il y contribuera. Car, l'utilisateur reste seul maître et interprète des données qu'il lit, qu'il extrait et qu'il utilise. Et surtout, de sa manière d'interroger la base, autrement dit, de la formulation de ses requêtes, dépendra l'affichage d'une information sur son écran dont il sera seul juge d'apprécier l'utilité ou non pour le cas qui l'intéresse.

C'est pourquoi, que l'utilisateur de la base soit un spécialiste ou un profane du thème abordé, la licence n'aura pas pour objet de fournir une prestation de conseil.¹ Nous sommes encore loin d'une « informatique d'aide à la décision », contraire à la déontologie des professionnels du droit.

3) La durée

278. Dans les licences de bases de données, comme dans tout contrat, une clause relative à la durée des relations contractuelles est prévue. Elle représente l'une des clauses essentielles dans la mesure où c'est souvent la durée qui conditionne l'adhésion ou non au contrat. C'est aussi de cette durée que va dépendre le prix de la prestation. De ce fait, la durée devient un élément de la formation du contrat qui s'incorpore à son objet.

De plus, si la durée est un élément important du contrat, c'est parce que lorsqu'elle sera écoulée, le licencié ne pourra plus réutiliser les données extraites, sauf si une clause l'y autorise. Cela inclut que tout acte de reproduction, de divulgation, de diffusion, de traduction, d'adaptation ou autres, sous quelque forme que ce soit et par quelque moyen que ce soit, est interdit. Le sort des données est donc inévitablement lié à la durée, et les obligations des parties en demeurent tributaires. L'intérêt étant de protéger le concédant de toute atteinte à ses droits.

279. Le concédant aura le choix entre deux types de durée : d'une part, une durée indéterminée, ce qui suppose la possibilité de résilier le contrat à tout moment, moyennant le respect d'un délai de préavis, sauf faute grave du licencié qui autorise la résiliation « automatique », sans préavis ; d'autre part, une durée déterminée, éventuellement renouvelable par tacite reconduction. Dans ce dernier cas, il est

¹ TGI Paris, 8 juillet 1987, précité.

nécessaire de préciser la durée globale du contrat afin d'éviter tout litige quant au caractère déterminé ou indéterminé de la durée. Le concédant se montrera particulièrement vigilant et rigoureux au niveau de la rédaction de la clause relative à la durée, sachant qu'une telle observation vaut pour le contrat dans son ensemble.

Quant à l'entrée en vigueur du contrat, il est fréquent qu'elle intervienne à la date de la première connexion du licencié au site permettant d'accéder à la base de données visée. Cette date sera déterminée au moment où l'identifiant et le mot de passe du licencié seront utilisés pour la première fois, de tels éléments permettant de l'authentifier. Dès lors, la disposition du contrat relative à la durée pourra s'exprimer ainsi : « *Le contrat prendra fin à l'issue de la durée initiale de (préciser) (ou : mentionnée dans les conditions particulières du présent contrat figurant en annexe (préciser les références de l'annexe)). Il se renouvellera par tacite reconduction, aux mêmes conditions financières, et par périodes égales de 12 mois, sauf décision de l'une des parties de ne pas renouveler le contrat, qui devra être notifiée à l'autre partie par lettre recommandée avec accusé de réception ou tout autre moyen comportant date de réception certaine, qui devra parvenir au plus tard deux mois avant la date d'échéance.* »¹

280. Quant à la résiliation qui met un terme à la licence, elle n'appelle pas d'observation particulière. Comme pour tout contrat, la licence peut être résiliée de façon anticipée, en cas de manquement par l'une des parties à ses obligations. Elle peut être rédigée de la façon suivante : « *Le présent contrat peut être résilié par anticipation en cas de manquement par l'une des parties à une ou plusieurs de ses obligations, qui aura fait l'objet d'une mise en demeure par l'autre partie, par lettre recommandée avec accusé de réception.*

Dans l'hypothèse où ladite mise en demeure resterait sans effet au-delà de (préciser) à compter de sa réception, la présente convention pourra être résiliée de plein droit et sans formalité judiciaire. Pour ce faire, la partie désirant se prévaloir de la résiliation de plein droit devra adresser à la partie défaillante une nouvelle lettre recommandée avec accusé de réception, la résiliation prenant effet après un délai de (préciser) suivant réception de ladite lettre ou à défaut suivant la date de sa première présentation. En cas

¹ Annexe n° 6 : Article 7 : « *Durée du contrat* », Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, FII.355-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 13.

de résiliation anticipée du présent Contrat, pour quelque cause que ce soit, les sommes dues au Concédant seront immédiatement exigibles et facturées au prorata des prestations déjà effectuées, sans possibilité d'exercer aucune compensation de quelque nature que ce soit. »¹

4) Les obligations du producteur

Le producteur est tenu de deux principales obligations : permettre au licencié d'accéder à sa base (a) et lui fournir les informations convenues (b). En cas de manquement à ses obligations, sa responsabilité est susceptible d'être engagée (c).

a) L'accès à la base de données

281. Le producteur doit permettre au licencié d'accéder directement à sa base de données, selon les termes de la licence, et la plupart du temps, en utilisant un identifiant et un mot de passe de connexion qu'il lui aura préalablement fournis et qu'il sera libre de modifier, à tout moment.² Il doit garantir cet accès uniquement au licencié, car la licence étant conclue avec un tel licencié dénommé, nul autre ne doit pouvoir entrer dans la base à moins d'être authentifié comme licencié. C'est le cas lorsque les licences ne sont pas exclusives. Dans l'hypothèse des licences exclusives, le producteur n'a qu'un seul cocontractant, donc n'autorise l'accès qu'à une personne. L'accès sera possible jusqu'à expiration du contrat, sauf comportement fautif de la part du licencié : une clause peut en effet prévoir des restrictions d'accès dans certains cas, le producteur se réservant cette faculté. Ainsi, à titre d'exemple : « *Au-delà d'un mois de retard à compter de la date d'émission de la facture, le producteur se réserve le droit de suspendre l'accès au système. Par ailleurs, à compter de cette date, le producteur pourra réclamer des pénalités de retard calculées prorata temporis sur la base d'un taux d'intérêt de 1,5% par mois.* »³

Il peut également limiter son accès à certains contenus, modifier les procédures d'accès et d'interrogation de la base, les horaires de consultation si celle-ci n'est pas permanente, ou encore la disponibilité de ses services tels que le service après-vente...

¹ Annexe n° 6 : Article 8 : « *Résiliation anticipée du Contrat* », *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, précité, p. 13.

² Dans une autre hypothèse, la base sera téléchargée sur les postes informatiques des utilisateurs autorisés et désignés par le licencié.

³ Article 5 : « *Païement du prix* », *Contrat « Télé-consulte »*, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, édition 2003, n° 3046, p. 1757.

Autrement dit, il est en droit d'instaurer une précarité à tous les niveaux. En général, il informera son cocontractant de toutes ces modifications unilatérales en respectant un préavis d'une durée suffisante, laissée à sa seule discrétion. Mais, toute modification n'est pas systématiquement négative en soi : elle peut faciliter la tâche au licencié, poursuivre un but d'amélioration, de simplification des procédures d'accès à la base...

282. S'agissant plus précisément de l'accès à la base de données, il est double : d'une part, est prévu son accès technique, et d'autre part, l'accès aux données elles-mêmes. Dans les deux cas, il doit être optimal ; il est permis grâce aux techniques mises en place par le producteur et au choix des progiciels courants de traitement des données que toute personne est susceptible d'avoir sur son ordinateur ou de télécharger sur Internet. Le producteur donnera toute information au licencié quant aux modalités d'accès à sa base dans les meilleures conditions, et lui conseillera les équipements dont il doit disposer. Ainsi, le contrat pourra contenir la clause suivante : « *Sous réserve de disposer des équipements nécessaires dont la liste a été fournie par le Concédant en annexe (préciser) (ou : préconisés par le Concédant), l'accès à la Base de données s'effectue (éventuellement : via le portail) à l'adresse (préciser).* »¹

Au surplus, il lui communiquera des mises à jour régulières de sa documentation technique. Des sessions de formation peuvent même être organisées en complément de toute documentation ou guide d'utilisation afin de palier au déséquilibre existant entre les parties en permettant au licencié d'utiliser sans trop de difficulté la base mise à sa disposition. Car, la remise de ces notices ou autres ne saurait suffire. Si les sessions sont facultatives, elles seront payantes ; leur coût se répercutera sur le prix global de la licence. Notons que plus la base de données sera sophistiquée et complexe, plus le producteur sera débiteur d'obligations d'information, de renseignement et de conseil étendues à l'égard du licencié, voire de réelle formation.

283. S'agissant de l'accès technique, c'est le logiciel d'interrogation de la base qui est au cœur des débats : il doit être performant et le serveur sur lequel il se trouve doit être de premier ordre, dans le sens où il doit être en mesure d'exercer ses fonctions convenablement. Ainsi, le logiciel doit extraire les données rapidement et de façon

¹ Annexe n° 6 : Article 4.1 : « Accès à la base de données », *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, FII.355-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 6.

optimale, en fonction des mots-clés choisis par le licencié, afin de le satisfaire au mieux. Si l'exigence de rapidité de fonctionnement de la base relève d'une obligation de résultat, la satisfaction du licencié répond plutôt à une obligation de moyen. Car, rappelons-le, comme indiqué précédemment (infra n° 277), la base de données n'a pas une finalité de conseil.¹ L'utilisateur d'une base ne peut reprocher au producteur de ne pas y avoir trouvé telle ou telle information, peu importe que celui-ci l'ait préalablement informé de cette éventualité. Pour éviter toute réclamation ultérieure, le producteur informera clairement son cocontractant sur le contenu de sa base et insèrera une clause en ce sens.² Il lui donnera également tout conseil approprié quant au déroulement du contrat et le mettra en garde contre les difficultés qui pourraient éventuellement survenir pendant cette période. Enfin, il l'éclairera sur la nature et le contenu de la licence en lui donnant tout renseignement spécifique, ainsi que sur la portée de son engagement.

De son côté, le licencié communiquera au concédant tout élément utile concernant son système informatique afin d'éviter tout problème technique, au nom de son devoir de collaboration. Cela s'observera notamment dans le cas d'un usage professionnel de la base. Il devra se montrer diligent, réactif et disponible dans ses relations avec le producteur. Dans cette optique, le concédant ajoutera à la clause précédente la disposition suivante :

« Pour sa part, le Licencié fournira au Concédant toutes informations utiles quant à son système informatique afin de permettre à ce dernier de vérifier les conditions d'accès à la Base de données, notamment quant à la bande passante, aux capacités du système informatique et du serveur du Licencié, du réseau du Licencié... »³

S'il s'agit d'une licence « test » ou d'essai, comme en matière de logiciels (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I), le concédant pourra prévoir que l'accès à la base sera gratuit pendant une certaine durée, pour tout ou partie du contenu de ladite base, puis payant, dans un second temps. Un tel procédé est destiné à appâter tout candidat

¹ TGI Paris, 8 juillet 1987, JCP éd. E 1988, II, n° 15297, obs. Vivant et Lucas, n° 11 : en l'espèce, le TGI de Paris a débouté l'abonné qui se plaignait de n'avoir pas trouvé ce qu'il cherchait dans la base de données du producteur, alors que celui-ci avait au préalable informé ledit abonné de ce qu'il était en mesure de lui fournir comme informations. C'est pourquoi, les juges ont considéré qu'aucune faute ne pouvait être reprochée au producteur qui avait été transparent vis-à-vis de son cocontractant, et cela, dès le départ. Au demeurant, le contenu des données fournies ainsi que leurs caractéristiques « ne pouvaient échapper à un examen simple et responsable de l'utilisateur ».

² TGI Paris, 8 juillet 1987, précité.

³ Annexe n° 6 : Article 4.1 : « Accès à la base de données », *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, précité, p. 6.

potentiel à la licence. Si la licence est conclue *intuitus personae*, et *a fortiori* à titre exclusif, les conditions d'accès pourront être négociées par les parties. Dans d'autres hypothèses, l'accès pourra être gratuit pour certains types de contenus et payant pour d'autres. Les possibilités sont nombreuses, ainsi que les tarifs qui pourront éventuellement être révisés lors du renouvellement de la licence.

284. Par ailleurs, dans le cadre d'un tel contrat, il est nécessaire que le système d'accès à la base fonctionne correctement, sept jours sur sept, vingt-quatre heures sur vingt quatre, et qu'il n'y ait pas de défaillance technique. Car, le client paye un service et souhaite pouvoir l'utiliser quand bon lui semble. Le concédant veillera alors à ce que l'accès de son cocontractant soit permanent, sans discontinuité, et de bonne qualité. Si le concédant souhaite néanmoins procéder à une maintenance entraînant la suspension de l'accès à la base, il devra en informer le licencié dans un délai raisonnable et une telle suspension ne saurait excéder la durée annoncée, sauf cas de force majeure.

Toutefois, nul n'est à l'abri d'un problème technique, même mineur, qui dans certains cas, peut être le fait du licencié. A titre d'exemple, le système du client peut connaître quelques défaillances qui ne sont pas causées par l'accès à la base du concédant, notamment en raison de manquements du licencié (non respect des procédures d'accès à la base, erreurs de manipulation, mauvaise utilisation ou mauvaise installation de son matériel ...), de réseaux externes, de périphériques branchés à l'ordinateur du licencié, de fonctionnement défectueux de son ordinateur l'empêchant d'accéder à la base, de dysfonctionnement de son réseau Internet, en un mot, de causes extérieures au serveur du concédant... C'est pourquoi, afin de se protéger de toute réclamation du client, le concédant n'hésitera pas à insérer dans le contrat une clause excluant sa responsabilité pour tout ce qui ne relève pas de son fait, et déclarera n'être tenu que d'une obligation de moyen. Pour préserver ses intérêts, cette clause sera rédigée de façon large. Ainsi, le concédant disposera d'une marge de manœuvre étendue et manifestera sa suprématie. Sera alors insérée la disposition suivante : « *Le Concédant s'engage à déployer les moyens nécessaires afin d'assurer la permanence, la continuité et la qualité des services proposés dans le cadre de la présente Licence. Il est tenu à ce titre d'une obligation de moyen.*

Le Concédant s'efforcera de maintenir un accès au service 24 heures sur 24, chaque jour de l'année, sauf perturbation des réseaux échappant à son contrôle. Toutefois, il se réserve le droit d'interrompre l'accès au service exceptionnellement et brièvement afin d'effectuer d'éventuelles interventions de maintenance ou de sécurité. »¹

S'agissant de l'obligation de moyen, elle peut également être formulée comme suit : « *Le producteur s'engage à mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose ainsi que tous les moyens appropriés et commandés par les règles de l'art pour assurer l'accès à la base de données* » ou : « *le producteur apportera tous les soins et la diligence requis selon les usages liés à la profession pour permettre l'accès à la base de données...* », suivie des dispositions suivantes : « *étant entendu qu'il ne pourra en aucun cas garantir les résultats sur des objectifs dépassant le cadre de ses obligations contractuelles.* » Notamment, le contrat pourra préciser, pour lever toute incertitude, que la conjoncture économique et le positionnement concurrentiel du licencié sur son secteur dépendent d'événements extérieurs que le producteur ne peut en aucun cas maîtriser, et pour lesquels ledit licencié ne saurait lui tenir rigueur.

Quant à l'hypothèse du dysfonctionnement ou de l'interruption momentanée du réseau Internet du licencié qui perturbe sa connexion à la base, le concédant peut prévoir au contrat une disposition visant à écarter sa responsabilité. Celle-ci mettra en avant les périodes de saturation que peut connaître le réseau en question et, de manière générale, tout événement indépendant de la volonté du concédant qui empêche ou gêne son accès à distance. Elle pourra être formulée comme suit : « *Le Licencié reconnaît et accepte que le réseau Internet, et plus généralement tout réseau télématique utilisé à des fins de transmission de données, peut connaître des périodes de saturation en raison de l'encombrement de la bande passante, des coupures dues à des incidents techniques ou à des interventions de maintenance, de décisions des sociétés gérant lesdits réseaux ou tous autres événements indépendants de la volonté du Concédant.*

En conséquence, le présent abonnement ayant notamment pour objet l'Utilisation de la Base de données au moyen du réseau Internet et éventuellement l'extraction de ces données au moyen dudit réseau, la responsabilité du Concédant est écartée en cas de dysfonctionnement ou d'interruption des prestations incombant à ce dernier trouvant

¹ Annexe n° 6 : Article 4.2 : « *Qualité du service* », *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, précité, p. 6 et 7.

leur origine dans des événements affectant les réseaux de communication et, plus généralement, tout événement indépendant de la volonté du Concédant et échappant à son contrôle.

Le Concédant ne saurait pas plus être responsable du fait de détérioration ou perte de données dues à un dysfonctionnement des réseaux ou toute autre raison indépendante de sa volonté et échappant à son contrôle et, d'une façon générale, de toute détérioration ou dysfonctionnement provenant d'une cause relevant de la force majeure. »¹

Une telle clause, très complète dans son contenu, est donc très favorable au concédant, dans la mesure où elle prévoit tout un éventail d'hypothèses excluant sa responsabilité. Enfin, s'agissant du contenu de la base elle-même, le producteur peut se réserver le droit de le modifier à tout moment, en particulier s'il s'est engagé à fournir une base évolutive, c'est-à-dire à mettre à jour régulièrement ses données, sachant que la fréquence variera en fonction du domaine d'activité concerné.² Une évolution est également possible au niveau du format ou du langage utilisé dans la base elle-même, le concédant procédant à des modifications en fonction de l'évolution des techniques informatiques existantes. Il devra en informer son cocontractant dans un délai raisonnable, et éventuellement de sa faculté de résilier le contrat en cas de désaccord.

b) La fourniture de données

285. La principale obligation du producteur est de fournir au licencié le type d'informations convenu au contrat, informations répondant aux critères exigés au moment de leur engagement contractuel. Ces données peuvent susciter des interrogations, en particulier si le producteur ou concédant n'en est pas l'auteur. La question qui se pose alors est celle de savoir s'il a pour obligation de les « maîtriser », c'est-à-dire de connaître leur portée, leur teneur... Une certaine qualité au niveau des informations sera demandée, qualité qui se rémunèrera d'autant que le producteur l'aura annoncée élevée. Autrement dit, plus les informations fournies seront de « bonne qualité », plus le prix sera élevé. Reste à savoir ce que le contrat entend par « bonne

¹ Annexe n° 6 : Article 4.6 : « *Dysfonctionnement du réseau Internet* », *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, précité, p. 9 et 10.

² Ainsi, une base de données juridique ou une base retraçant l'activité économique d'entreprises, sera mise à jour de façon plus fréquente qu'une base où les données sont peu évolutives.

qualité ». La plupart du temps, elle se réfèrera à la nature des informations fournies, à leur exactitude, à leur exhaustivité, à leur caractère récent... Le producteur sera ainsi tenu d'offrir au licencié des informations licites et fiables, autrement dit, de garantir une certaine qualité des informations fournies : elles devront être conformes aux lois et règlements (tels que ceux relatifs au droit de la propriété intellectuelle, à la protection des données personnelles nominatives¹, à la liberté de communication²...), à l'ordre public, aux bonnes mœurs... L'intérêt étant d'éviter que le licencié ne fasse l'objet de poursuites de la part de tiers pour avoir fait usage d'une information illicite. Ce sera notamment le cas lorsqu'une ou plusieurs informations nominatives seront enregistrées et conservées par le producteur dans sa base, sans l'autorisation de la ou des personnes concernées. Dès lors, afin de rassurer le licencié, le producteur peut prévoir au contrat une disposition relative à la garantie d'éviction le protégeant contre tout trouble dans l'utilisation de la base. Toutefois, cette disposition n'est pas systématique et le producteur préférera insérer la clause suivante afin d'asseoir son autorité et d'éviter que sa responsabilité ne soit engagée : *« Sauf clause contraire du présent Contrat, la Base de données est fournie sans aucune garantie d'aucune sorte, tant expresse que tacite, relative notamment à la titularité des droits sur la Base de données, aux droits d'exploitation détenus par le Concédant sur la Base, à l'absence de contrefaçon de la Base de données ou des données qu'elle contient, à la qualité marchande ou à l'aptitude à des fins particulières de la Base de données. Le Licencié est seul responsable de la détermination de l'opportunité d'utiliser la Base de données. En conséquence, il assume tous les risques associés à l'exercice des droits qui lui sont concédés au titre du présent contrat incluant sans limitation les risques et coûts d'erreurs de programmes, la conformité avec les lois applicables, les dommages et pertes de données, programmes, matériels et indisponibilités d'opérations. »*³

¹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite « *Loi informatique et libertés* » (J.O.R.F. du 7 janvier 1978, p. 228), modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (J.O.R.F. n° 182 du 7 août 2004, p. 14063, texte n° 2).

² Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 dite « *Loi Léotard* » relative à la liberté de communication (J.O.R.F. du 1^{er} octobre 1986, p. 11755), modifiée par la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 (J.O.R.F. n° 177 du 2 août 2000, p. 11903, texte n° 1), modifiée et complétée par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (dite « *Loi LCEN* », J.O.R.F. n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168, texte n° 2), et la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (transport du paquet télécom, J.O.R.F. n° 159 du 10 juillet 2004, p. 12483, texte n° 1), et modifiée par la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision (J.O.R.F. n° 56 du 7 mars 2009, p. 4321, texte n° 2).

³ Annexe n° 6 : Article 5 : « *Garanties* », *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, FII.355-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 10.

Une telle clause est très sévère pour le licencié : elle est révélatrice de la position de force dans laquelle se situe le producteur. En informant d'emblée son cocontractant que toute garantie est exclue, le producteur se protège de toute action en responsabilité à son encontre et instaure une inégalité évidente. En d'autres termes, le licencié utilise la base à ses risques et périls et assume les conséquences de l'exercice des droits qui lui sont accordés. Ainsi, tout dommage direct ou indirect (pertes de données, de clientèle, de marchés, de bénéfices auxquels le licencié pourrait prétendre... et de façon générale, tout trouble commercial), incident, spécial ou consécutif, résultant de la mauvaise utilisation de la base de données par le licencié, de virus, de défauts ou de dysfonctionnements des logiciels permettant de faire fonctionner la base, de problèmes techniques l'empêchant de la consulter... ne serait être à la charge du concédant. Le producteur ne sera pas non plus responsable des mauvaises interprétations des informations reçues par le licencié. Il est préférable qu'il mentionne littéralement tous ces cas d'exclusion de sa responsabilité, à la fois à des fins d'exhaustivité et pour se prémunir de tout conflit ultérieur.

286. Par ailleurs, l'exigence de fiabilité des informations contenues dans la base implique que celles-ci soient récentes, précises, exactes et exhaustives¹, sachant que le niveau de tels critères variera selon ce qui aura été prévu au contrat. La rédaction et le jeu des clauses sont alors déterminants en ce qu'ils conditionnent les relations contractuelles et l'équilibre entre les parties. En premier lieu, s'agissant du caractère récent de l'information, il est évident que fournir des informations périmées est inapproprié. En effet, il n'y a aucun intérêt pour une personne à s'abonner à une base dont une partie des données est désuète. De plus, cela révélerait un comportement fautif du producteur car, dans tout contrat, les parties s'engagent et sont tenues d'exécuter leurs obligations respectives de bonne foi (art. 1134 al. 3² et art. 1135 C. civ.³). Elles sont soumises à des stipulations contractuelles strictes et ne peuvent s'en écarter, sous peine de manquer à leurs engagements et d'être sanctionnées. Or, si, dès le départ, ce principe est bafoué, il y a fort à parier que les relations contractuelles ne se dérouleront pas sous les meilleurs auspices et qu'elles ne vont pas perdurer. C'est sans compter les

¹ *La responsabilité des parties dans les contrats conclus entre serveurs et utilisateurs de banques de données*, M.-G.Choisy, in *La Télématique*, tome II, p. 49 et s., spécialement II : « *La responsabilité du producteur* » (cf. : Lamy droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, édition 2003, n° 3038, p. 1753).

² « *Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi.* »

³ « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* »

conséquences de la mise à disposition de données obsolètes qui peuvent s'avérer graves dans certains cas, en cas de préjudices subis par le licencié.

Ainsi, dans l'hypothèse où le contrat aurait pour objet une base de données juridique renfermant des textes abrogés ou des jurisprudences inapplicables en raison de leur caducité, les mettre en ligne pourrait nuire directement ou indirectement au licencié, en plus d'être « dangereux ». En effet, de tels éléments périmés n'ont aucune utilité, que ce soit pour un juriste ou pour un novice. Ils n'ont de valeur et d'intérêt que sur un plan historique, chronologique, mais en aucun cas, sur un terrain pratique. Car, s'il est toujours enrichissant sur un plan personnel de connaître l'état du droit à un instant t, sur un plan pragmatique, le licencié aura besoin d'une information précise en vigueur concernant ses droits ou ceux de son client. Dès lors, le producteur de la base ne pourra se permettre, ni se contenter de lui fournir un contenu renfermant des informations erronées. Le risque est qu'un juriste se fie à des éléments périmés pour baser son argumentation, avec les conséquences néfastes pour son client que l'on peut aisément imaginer. Bien entendu, cela ne signifie pas pour autant qu'une base de données juridique ne puisse contenir d'anciens textes de lois, ni d'anciennes jurisprudences. Au contraire, elle n'en sera que plus complète et intéressante. Si de telles données peuvent figurer dans une base, ce sera à la condition que celles qui les remplacent y figurent également avec une explication rendant compte de cette évolution. De telles informations pourront alors représenter un élément de réflexion et de décision pour le licencié. Dans le cas contraire, un déséquilibre entre les parties serait créé et, pour y remédier, une indemnisation du licencié en plus d'une correction et d'une mise à jour de la base seraient plus que nécessaires, sachant que dans la pratique, le licencié éprouvera des difficultés à prouver l'existence d'un préjudice lui valant réparation. C'est pourquoi, le producteur doit se ménager une obligation de mettre à jour les données selon une périodicité prédéfinie au contrat, obligation dont il sera dispensé dans des hypothèses de force majeure reconnues par la loi et la jurisprudence.

287. En second lieu, s'agissant de l'exactitude des informations contenues dans une base de données, il est de jurisprudence constante qu'est sanctionnée la fourniture de renseignements faux, non seulement sur un plan purement moral, mais également sur un

plan juridique.¹ En effet, l'article 1134 du Code civil impose que chacune des parties s'engage de bonne foi, donc en exécutant ses obligations conformément à ce qui est prévu au contrat. Par conséquent, si la base de données en cause renferme des données inexactes, la licence pourrait être annulée pour objet non conforme, voire dans les cas les plus extrêmes, pour absence de cause (art. 1108 C. civ.). Car, le licencié n'aura décidé d'adhérer à la base que parce qu'elle était présentée comme répondant à ses exigences en matière de contenus informationnels.

288. Le problème est alors de savoir quelle est la fréquence admissible d'actualisation d'une base de données pour un producteur, et à partir de quel moment le producteur dépasse ce seuil. Il est nécessaire de le préciser dans la licence afin d'éviter tout conflit ultérieur, car même s'il est logique qu'une base de données ne peut être mise à jour quotidiennement, notamment pour des raisons évidentes de contraintes techniques, d'événements indépendants de la volonté du producteur, échappant à son contrôle et susceptibles d'entraver le fonctionnement de la base, ou encore pour force majeure, certains licenciés peuvent considérer, à tort, qu'une base de données devrait systématiquement être mise à jour, sans délai. En décidant seul du rythme des mises à jour, le producteur accentue encore l'inégalité entre les parties et creuse davantage le fossé existant entre elles. Pour éviter toute plainte de la part du licencié, il est conseillé de mentionner que l'actualisation se fera dans un « délai raisonnable », notion délicate à définir et qui variera selon la nature des informations contenues et selon la complexité de la base. Les producteurs se montreront surtout très prudents et s'abstiendront d'annoncer des délais mensongers pour éviter que leur responsabilité ne soit engagée à l'égard des licenciés ayant subi un préjudice. En guise de bonne foi, ils pourront s'engager à corriger les erreurs susceptibles d'affecter la base de données, ou simplement se réserver le droit de les corriger. Dans la seconde hypothèse, ils se donneront une grande liberté d'agir et ne manqueront pas, la plupart du temps, de préciser que cela n'implique pas pour autant une obligation de fournir une quelconque assistance, maintenance ou des services associés à la base de données. L'intérêt pour eux est de ne pas ajouter d'autres obligations à leur charge.

¹ TGI Paris, 29 mai 1986 in *La responsabilité d'un éditeur, Carottes sauvages ou cigüe ?* M. Portey, Le Monde, 31 mai 1986.

289. Enfin, l'exhaustivité des informations contenues dans la base implique que celle-ci doit présenter un maximum d'informations sur un sujet donné, rentrant dans le domaine de spécialisation de la base. Cette exhaustivité sera d'autant plus visible que les éléments présentés seront précis et détaillés. Ainsi, un producteur qui, dans un contrat, informe le licencié qu'il est en mesure de mettre à sa disposition toutes les informations existant à ce jour, sur un thème ou un champ de connaissances spécifique, doit effectivement les fournir car, il présente son obligation comme une obligation de résultat. S'il n'accomplit pas ce qu'il a annoncé, il risque d'être poursuivi pour manquement à ses obligations. Pour obtenir l'annulation du contrat, le licencié pourra éventuellement invoquer devant la justice l'erreur sur les qualités substantielles de la base de données (art. 1110 C. civ.).

Aussi, le producteur prendra garde à ne pas être trop large au niveau de la description de ses obligations et de leur teneur, afin de ne pas voir sa responsabilité engagée, et optera plutôt pour une obligation de moyen. Par la même occasion, il évitera toute publicité mensongère sur les qualités de la base dont il autorise l'accès. D'autant que dans la réalité, une base de données n'est jamais complètement exhaustive. C'est impossible, y compris pour les bases de données juridiques où il peut être relevé l'absence de certaines décisions de jurisprudence. De même, des revues juridiques sérieuses -qu'elles soient éditées en ligne ou non- omettent parfois, de façon involontaire, de mentionner certaines décisions de justice, considérées par la suite comme importantes. Ce qui n'est pas en soi condamnable : il ne s'agit aucunement d'un comportement de négligence encourageant sanction.

Afin de se prémunir de tout litige, le producteur insèrera alors au contrat la clause suivante : « *Dans les réponses de la Base de données, l'abonné accepte l'éventualité d'imprécisions ou d'omissions dans des proportions analogues à celles des autres méthodes de recherches documentaires.* »¹

Une telle disposition ne garantit aucunement la qualité des contenus, c'est-à-dire leur exactitude, leur pertinence, leur exhaustivité, l'absence d'erreurs ou d'omissions... ni une quelconque « *aptitude à des fins particulières* », et protège donc le producteur. Toutefois, il n'est pas à l'abri d'un conflit ultérieur avec son cocontractant, et cela,

¹ Contrat « *Juris-data* », Lamy droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, édition 2003, n° 3039, p. 1754.

même s'il a tout prévu dans le cadre de la licence. Si le contrat est la loi des parties, l'intervention d'un juge peut s'avérer nécessaire, voire indispensable pour soumettre les parties à leur propre loi. Il ne faut pas se méprendre : l'exonération de responsabilité du producteur n'est pas automatique. Il existe des cas où sa responsabilité est engagée, notamment en cas de manquement à ses obligations (art. 1147¹ et 1150² C. civ.). Encore faut-il prouver l'existence de tels manquements.

c) La mise en jeu de la responsabilité contractuelle du producteur

290. Pour que la responsabilité du producteur soit engagée au titre du contrat, il faut prouver un manquement à ses obligations, ainsi qu'un dommage subi par le licencié. Seule la force majeure ou la faute du licencié pourrait l'exonérer de toute responsabilité. C'est au licencié de prouver l'existence d'un tel manquement, autrement dit, que ce qui a été convenu au contrat n'est pas atteint (article 1315 du Code civil : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* »). A titre d'exemple, le licencié invoquera le fait qu'en interrogeant à un instant t la base de données, via une ou plusieurs requêtes précisées, il a obtenu tel résultat qui s'avère inexact, c'est-à-dire qui ne correspond pas à sa recherche, car n'a aucun rapport avec le sujet qui l'intéresse. Il effectuera ensuite une comparaison avec ce qui aurait dû être obtenu. Si la base de données présente des incohérences et des inexactitudes au moment où elle est interrogée et consultée, cela ne sera pas difficile à repérer. Il suffira de répéter la manipulation pour mettre en évidence les problèmes qu'engendre la base. Mais, une preuve authentique sera nécessaire pour que le licencié obtienne gain de cause auprès du producteur, et surtout, pour que celui-ci ait conscience des problèmes inhérents à sa base. Un constat d'huissier devra alors être établi : il consistera à interroger la base en sa présence aux fins de relever toute irrégularité. Le licencié n'aura alors qu'à informer le producteur de sa démarche et des conclusions de l'huissier. En le mettant devant le fait accompli, il aura évité que le producteur ne procède lui-même aux modifications indispensables de sa base afin d'échapper à toute action en justice. Il est évident que le licencié ne procédera ainsi que s'il y a un enjeu réel et certain. A défaut, cela n'aurait aucun intérêt pour lui que de se préconstituer une telle preuve par écrit. Une telle

¹ Art. 1147 C. civ. : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.* »

² Art. 1150 C. civ. : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.* »

solution pourrait suffire pour les bases de données peu mouvantes. Mais, pour celles qui évoluent rapidement, le problème est plus délicat. En effet, si le licencié se plaint de n'avoir pas obtenu à l'instant t une information qui, selon lui, aurait dû figurer dans la base de données, il risque d'être démuné sur le terrain de la preuve, si l'information demandée est finalement introduite dans la base par le producteur. Seule la copie-écran de la page en cause, ainsi que son impression pourrait constituer une preuve valable, à condition que ladite page indique la date du jour de façon non discutable (ou la date de sauvegarde si le fichier visé n'a pas été modifié à une date ultérieure). Dans tous les cas, le licencié vérifiera qu'il a correctement interrogé la base avant d'en conclure qu'il a subi un préjudice. Cela évitera tant des démarches que des conflits inutiles.

291. Quant au préjudice lui-même, il faut le déterminer et le quantifier précisément afin d'évaluer le montant des réparations qui prendront la forme de dommages-intérêts.¹ Mais, une telle tâche est loin d'être aisée : les conséquences pécuniaires de l'omission d'une information ou de la présence d'une information erronée ou incomplète dans une base sont difficilement évaluables. Sont alors soulevées plusieurs interrogations légitimes : l'information omise était-elle capitale, essentielle à la base de données ? Qu'entend-on par information erronée ? Le prix de l'inexactitude d'une information est-il le même que celui de l'omission d'une information ?

Les réponses seront différentes selon la nature de la base concernée. S'il s'agit d'une base de données juridique, la mention de jurisprudences inexactes ou l'absence de jurisprudences essentielles peut avoir des répercussions fâcheuses quant aux conseils donnés par un juriste à un client car, est susceptible d'engager sa responsabilité professionnelle. En effet, faisant confiance aux informations fournies par la base, à la notoriété et au sérieux revendiqués par le producteur, il a établi une stratégie de défense des intérêts de son client en fonction d'éléments erronés. Dans cette perspective, le préjudice est réel et certain et mérite réparation. A l'inverse, les conséquences sont moins graves dans l'hypothèse d'une base de données consacrée aux loisirs et aux spectacles comportant des inexactitudes ou des omissions au niveau des programmes, de leur description, de leurs dates et horaires...

¹ Art. 1147 C. civ. : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation (...).* »

292. Cependant, la fourniture de bases de données n'inclut pas celle de prestations de conseil, notamment juridiques¹, encore moins une quelconque aide à la décision (infra n° 277). De ce fait, si après avoir consulté une base de données, un utilisateur prend la « mauvaise » décision ou une décision qui nuit à ses propres intérêts ou à ceux de tiers, il ne pourra s'en prendre qu'à lui-même et le producteur ne saurait engager sa responsabilité. Car, il est seul juge de l'interprétation des données qu'il lit et le seul à pouvoir déterminer ses besoins ainsi que la nature des données auxquelles il souhaite avoir accès. Il mentionnera alors au contrat que : « *La responsabilité du producteur ne saurait être mise en cause en cas de mauvaise utilisation par le client (...) des informations obtenues ...* ». ²

Pour éviter tout litige ou malentendu, le producteur veillera à insérer une disposition mettant en garde le licencié sur le contenu de la base : elle énoncera de façon claire et précise que la base n'a pas vocation à conseiller les licenciés et qu'elle poursuit uniquement un objectif informationnel. Dès lors, tout usage de la base dans un but autre que celui de s'informer ne pourra engager la responsabilité du producteur en cas de préjudice.³ Dans l'éventualité où sa responsabilité serait engagée, elle serait limitée et le montant des réparations serait plafonné, grâce au jeu d'une clause que le producteur ne se sera pas privé d'insérer.

Une telle clause peut être rédigée comme suit : « *Le contractant (le licencié) est seul responsable des questions qu'il pose et de l'emploi qu'il fait des résultats obtenus. Le producteur de la base de données ne saurait être tenu pour responsable des conséquences de l'utilisation de ces résultats.* »⁴ ou comme suit : « *Le client est seul responsable des questions qu'il formule et de l'emploi qu'il fait des résultats qu'il obtient.* »⁵ ou encore comme ceci : « *le producteur de la base de données ne saurait être tenu pour responsable des conséquences de l'utilisation des résultats obtenus.* »⁶

¹ TGI Paris, 8 juillet 1987, JCP éd. E 1988, II, n° 15297, obs. Vivant et Lucas, n° 11.

² Contrat « Sydoni », Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, édition 2003, n° 3041, p. 1755.

³ *Les limitations de responsabilité dans les contrats de banques de données*, H. Mehl-Mignot, Cahiers Lamy, août-septembre 1988 (F), p. 2. *La responsabilité du fournisseur d'information en réseau*, F. Proal, Thèse, Université d'Aix-en-Provence, 1996.

⁴ Contrat « Cedij », Lamy droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, édition 2003, n° 3041, p. 1755.

⁵ Contrat « Ergodata », Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, précité, n° 3041, p. 1755.

⁶ Contrat « Resagri », Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, précité, n° 3041, p. 1755.

Certains contrats misent sur la précision en indiquant que le producteur n'est pas responsable des dommages directs et indirects, même si pour ces derniers, la loi les exclut de toute indemnisation (art. 1151 C. civ.¹): « *L'utilisateur restera seul responsable de la manière de mener une recherche dans la base de données et de l'usage qui en est fait, ainsi que des effets directs ou indirects (...)* ».² D'autres visent également le serveur contenant la base pour éviter que le licencié ne recherche la faute de celui-ci : « *Les producteurs de bases de données et le serveur (le dénommer « ... ») ne seront tenus en aucun cas responsables d'une inadéquation d'information à un besoin particulier, et des conséquences pour le client de l'utilisation de ces informations.* »³ L'intérêt du licencié est donc mis au second plan par le producteur, ce qui manifeste une certaine inégalité au niveau des relations contractuelles.

293. En résumé, tout préjudice subi par le licencié du fait de l'utilisation de la base de données ne sera pas couvert par le producteur, quelles que soient les circonstances. Si le licencié n'obtient pas ce qu'il attend, il ne saurait en tenir rigueur au producteur. De plus, la qualité de la base ne sera pas remise en cause pour autant. La qualité d'une base ne se mesure pas en fonction de l'adéquation ou non aux besoins d'un quelconque utilisateur, besoins qu'il a lui-même définis selon des critères bien à lui. Car, tout utilisateur a des besoins différents et il est impossible de tous les satisfaire. L'échec dans la recherche de certaines informations n'est donc pas un indicateur de qualité. Cette dernière s'évalue plutôt en fonction de la manière dont la base est organisée, structurée... c'est-à-dire en fonction de sa forme, de son originalité permettant de lui donner la qualification d'œuvre de l'esprit.

5) Les obligations du licencié

S'il revient au licencié de déterminer si la base qui lui est proposée est conforme à ses besoins et à ses attentes, il est aussi tenu d'accomplir plusieurs obligations : payer le prix convenu au contrat (a) et utiliser la base de données en bon père de famille et de façon confidentielle (b). Il est entendu que le producteur reste libre de modifier la nature et l'étendue des obligations du licencié, le contrat étant d'adhésion. Des modifications seront notamment prévues lorsque la base de données évoluera car, le reste du contrat

¹ Art. 1151 C. civ. : « *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.* »

² Contrat « Téléroute », Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, édition 2003, n° 3041, p 1755.

³ Contrat « Citère », Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, édition 2003, n° 3041, p 1755.

devra s'adapter à ce mouvement. De tels aménagements unilatéraux impliquant inévitablement un déséquilibre au niveau des relations contractuelles.

a) L'obligation de payer le prix

294. Comme le producteur, le licencié est débiteur d'obligations parmi lesquelles celle de payer le prix convenu lors de la signature du contrat. S'il s'agit d'un contrat d'abonnement, le prix prendra la forme de redevances mensuelles par exemple, et sera payable à réception de la facture. Le prix pourra également être forfaitaire, payable en une seule fois à une date déterminée. Certains contrats peuvent encore prévoir une facturation par volume de données extraites, avec éventuellement un volume maximal compris dans l'abonnement et une facturation complémentaire en cas de dépassement. Le montant à payer par le licencié variera donc selon certains critères tels que l'heure à laquelle il se sera connecté, le nombre de documents visualisés ou imprimés...¹ Tout cela relève davantage d'une politique d'entreprise que du domaine contractuel. Par conséquent, la clause relative aux conditions financières peut être rédigée comme suit : « *La redevance est calculée proportionnellement au nombre de données communiquées.* »²

Elle peut même détailler le calcul de la redevance, dans un souci de transparence : « *La redevance est calculée en fonction du nombre de données effectivement acquises par le Licencié, pour un prix unitaire de :*

- (préciser) *euros HT par donnée, lorsque cette donnée est acquise pour en faire de la valeur ajoutée* (notion à définir, par exemple une utilisation des données en vue d'obtenir un produit livrable aux tiers) ;
- (préciser) *euros HT par donnée, lorsque cette donnée est acquise pour une utilisation finale, sans retraitement et pour les stricts besoins du Licencié.*

¹ *Banques de données, aspects contractuels*, M.-G. Choisy, Agence de l'informatique, 1983, p. 23 : « *la facturation se fait généralement à l'heure de connexion, ou bien à la ressource ou unité d'ordinateur (CPU) consommée pour la sélection et l'extraction des données, ou bien encore du document visualisé ou imprimé, à la donnée, à la ligne, à la question, au nombre d'occurrence des mots.* »

² Annexe n° 6 : Article 6 : « *Conditions financières* », 1^{er} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, FII.355-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 12.

Les coûts ci-dessus précisés sont conformes au barème officiel du Concédant à la date du (préciser) (...). »¹

Lorsqu'elle tient compte du volume maximal de données extraites, la clause relative au prix s'exprime de la manière suivante : « *Le montant de l'abonnement est déterminé en fonction d'un volume maximal (préciser le volume) de données extraites (ou : consultées) par (préciser la période).* »

En cas de dépassement du volume maximal prévu au contrat, un réajustement sera facturé (préciser quand et comment, par exemple, en fin d'année contractuelle), en fonction du barème (préciser, par exemple à l'Annexe n°...), lequel sera révisé chaque année à la date anniversaire du Contrat (ou : préciser une autre modalité et périodicité de révision).

Par ailleurs, le montant de l'abonnement pour la période annuelle suivante sera recalculé en fonction du volume de données effectivement consommé par le Licencié sur l'exercice précédent. »²

Les moyens de paiement, les conditions de paiement, autrement dit, les modalités financières, seront celles prévues par le producteur de la base, le licencié devant s'en tenir à la lettre du contrat. Il en est de même des conséquences de tout défaut de paiement : le producteur peut prévoir des sanctions plus ou moins sévères (application de clauses pénales, résiliation du contrat...) formalisées, par exemple, de la manière suivante : « *En cas de non-respect de l'article (relatif à l'obligation de payer) et huit jours après notification de payer demeurée infructueuse, le contrat sera résilié de plein droit sur la seule décision du producteur. »³*

295. Cependant, le producteur peut se réserver la possibilité de réviser le prix de la licence à son terme, en particulier dans l'hypothèse d'un contrat d'abonnement revêtant la forme d'un contrat d'adhésion. Le prix sera alors utilisé comme un instrument

¹ Annexe n° 6 : Article 6 : « Conditions financières », 2^{ème} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, FII.355-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 12.

² Annexe n° 6 : Article 6 : « Conditions financières », 3^{ème} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, précité, p. 12.

³ Article 5-4 in Article 5 : « Paiement du prix », *Contrat « Télé-consulte »*, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, édition 2003, n° 3046, p. 1757.

révélant l'autorité du producteur. Certaines hausses seront légitimes, notamment lorsqu'il s'agira de suivre le mouvement de l'inflation. Dans ce cas, le producteur insèrera au contrat une clause d'indexation ou d'échelle mobile permettant d'augmenter de façon « naturelle » le prix en fonction d'éléments légaux tels qu'un indice économique et monétaire, la conjoncture économique, le coût de la vie, le taux de l'inflation... De telles dispositions sont qualifiées de clauses « d'adaptation » ou d'évolution naturelle du contrat¹, auxquelles le licencié ne peut qu'acquiescer, en particulier dans le cadre d'un contrat d'adhésion. Le producteur se situe alors dans une position de force, par rapport à son cocontractant disposant d'une marge de manœuvre très faible, voire inexistante.

Ces clauses de révision légitiment la faculté ouverte au producteur d'augmenter le prix du contrat. En contrepartie, afin de ne pas trop désavantager le licencié, le contrat pourra lui accorder le droit de résiliation, moyennant le respect d'un préavis éventuel. Certaines licences de bases de données renferment de telles dispositions exprimées comme suit : « *Le producteur se réserve le droit de modifier ces tarifs moyennant préavis d'un mois. Le contractant peut résilier le présent contrat à la date de la mise en application des nouveaux tarifs sous réserve d'un préavis de 15 jours notifié par lettre recommandée* »² ou comme suit : « *Le Client a la possibilité de résilier le présent contrat à la date de mise en application des nouveaux prix (...) sous réserve d'un préavis de 15 jours notifié à (le producteur de la base de données) par lettre.* »³

La lecture de ces clauses laisse entendre que le licencié peut sortir d'un contrat qui ne le satisfait plus, et donc échapper à une situation de déséquilibre et d'inégalité contractuels. Le respect d'un préavis est la seule condition exigée. Dès lors, la liberté du producteur de modifier le prix du contrat est contrebalancée par la liberté du licencié de résilier ledit contrat. Encore faut-il qu'une telle faculté soit ouverte au licencié. Une telle solution ne serait pas possible dans le cas de la modification d'autres dispositions contractuelles, à moins que celle-ci ne remette complètement en cause les obligations de la partie concernée, telles qu'elles avaient été convenues initialement.

¹ *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, R. Fabre, RTD civ. 1983, n°1.

² Article 11 : « *Prix* », Licence « *Resagri* », Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, édition 2003, n° 3046, p. 1757.

³ Licence « *Ergodata* », Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, édition 2003, n° 3045, p. 1756.

Dans le cas d'un contrat où la négociation est possible, la hausse de prix devra être acceptée conjointement par les parties. Si le producteur augmente le prix de façon unilatérale, il faut s'attacher à la lettre du contrat et rechercher ce qui est prévu. Car, des dispositions contractuelles peuvent prévoir une échappatoire ; d'où, l'intérêt de bien négocier et de bien rédiger son contrat.

296. Dans une autre hypothèse, l'augmentation du prix peut être prévue sans condition et sans préavis : il s'agit des augmentations « surprises », qui ne tiennent pas compte de l'avis de l'utilisateur de la base de données, notamment dans les contrats d'adhésion. Une clause utilisera justement l'expression « *à tout moment* » afin de « préparer psychologiquement » le licencié à la possibilité offerte au producteur de modifier le prix. Elle se présentera comme suit : « *Les tarifs horaires de connexion (...) sont susceptibles de modifications à tous moments, le client en sera tenu au courant par un message apparaissant au terminal.* »¹ Une telle disposition ne laissant aucun choix au licencié n'implique t-elle pas son « cloisonnement » inévitable dans un contrat qu'il ne souhaite pas ? Comment alors sortir d'une telle situation ? Notons qu'il ne s'agit pas ici de l'hypothèse où le licencié aurait la possibilité de refuser la révision du prix et de mettre fin au contrat, en respectant un préavis. Le licencié n'a pas d'autre choix que d'accepter pour continuer d'utiliser la base.

Concrètement, cela signifie que lors de la consultation de la base, à un moment donné, le licencié recevra un message l'informant de l'augmentation du prix de sa licence. Une telle pratique, si elle a le mérite d'être mentionnée au contrat à titre d'information, n'est pas très « commerciale ». Car, le licencié sera alors placé devant le fait accompli et n'aura que peu de recul. Il ne pourra refuser une telle modification de prix, sauf si le contrat l'y autorise dans le cadre d'une résiliation anticipée. Présentée de façon « brutale » par l'envoi d'un message sur le réseau de la base de données, l'augmentation du prix aura un effet différent de celle présentée dans le cadre d'un courrier postal laissant du temps au licencié pour l'accepter et la « digérer ». Mais, si le message laisse la possibilité de refuser l'augmentation en cochant une case en ligne, une telle pratique paraîtra plus acceptable, sauf si conditionne la poursuite de l'accès à la base. Le licencié réfléchira alors à deux fois avant de refuser une telle proposition, surtout si son activité nécessite une consultation régulière de la base. Dès lors, un tel effet « insistant » et

¹ Licence « *Ergodata* », Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, édition 2003, n° 3045, p. 1756.

incitatif peut entraîner chez le licencié une réaction d'adhésion automatique, au demeurant constestable. Car, se pose la question de la validité de son consentement.¹ Sa marge de manœuvre n'en devient que plus réduite, à l'inverse de celle du producteur.

297. S'agissant de la validité de la clause précédemment mentionnée, la jurisprudence considère qu'« *un accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel* »², y compris pour un contrat d'entreprise.³ De plus, il n'est pas nécessaire que le prix soit déterminé ou déterminable.⁴ Autrement dit, un contrat peut être valablement conclu sans détermination de prix. Dès lors, on ne saurait interdire qu'on ne revienne sur une première détermination faite, si cela est autorisé expressément au contrat. Cela ne serait pas plus choquant que le fait d'admettre l'indétermination du prix. Par conséquent, si au demeurant, la clause semble contestable, elle n'en est pas moins licite, ce qui rend valide une telle modification de prix. Un éventuel abus dans sa fixation pourrait toujours donner lieu à résiliation du contrat ou à indemnisation de la partie lésée. De même, comme en matière de clauses pénales, un contrôle *a posteriori* de l'augmentation du prix pourra éventuellement être demandé en justice afin d'éviter toute exagération de la part de l'une des parties au contrat, en l'occurrence, le producteur de la base. Un tel contrôle permettra de savoir si le prix modifié est justifié. Ainsi, le prix sera tantôt déterminé, c'est-à-dire fixé de façon forfaitaire par mois, quelle que soit la durée de connexion et le nombre de consultations de documents ; tantôt déterminable.

b) L'obligation d'utiliser la base de données en « bon père de famille » et de façon confidentielle

298. Le licencié est tenu de faire de la base un usage correct, conforme à ce qui est prévu au contrat et à ce qui est attendu par le producteur. En particulier, un tel usage ne

¹ Une analogie peut être faite avec les click-wrap licences ou les shrink-wrap licences où le consentement du licencié est respectivement validé par un clic ou par le déchirement de l'emballage plastique renfermant le support d'un logiciel (Voir Première Partie, Titre I, Chapitre I). Si l'expression du consentement appelle quelques remarques et semble contestable, elle est admissible.

² Cass. Civ. 1^{ère}, 15 juin 1973, n° 72-12.062, D. 1973, I.R., p. 199 ; Bull. civ. I, n° 202.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 28 novembre 2000, Bull. civ. I, n° 305 ; JCP 2001, I, 301, n° 11 s., note Labarthe. TGI Versailles, 28 mars 2006, RTD civ. 2006, 576, note Gautier.

⁴ Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, Bull. civ. n° 9 ; R., p. 290 ; D. 1996. 13, conclusions Jeol, note Aynès ; JCP 1996, II, 22565, conclusions Jeol, note Ghestin ; Gaz. Pal. 1995, 1, 626, conclusions Jeol, note De Fontbressin. Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises : Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 1996, Bull. civ. I, n° 91 ; Defrénois 1996, 1432, note Bénabent. Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, Bull. civ. I, n° 184 ; D. 2001, Somm. 1136, note D. Mazeaud. Cass. Civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, Bull. civ. I, n° 54 ; Defrénois 2001, 696, note Savaux. Cass. com., 17 juillet 2001, Bull. civ. IV, n° 142 ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 novembre 2004, Bull. civ. III, n° 215. Le contenu juridique des décisions du 1^{er} décembre 1995, M. Jéol, RTD com. 1997, p. 1 s.

devra pas porter atteinte au droit de propriété du producteur (aucune « distribution » aux tiers des informations contenues dans la base ne sera possible), ni à la confidentialité de la base. Il doit donc utiliser la base comme s'il s'agissait de sa propre chose, voire de sa propre œuvre, autrement dit, comme s'il en était à la fois propriétaire et auteur. Car, une base de données, si elle apparaît comme un « bien » particulier, puisqu'immatériel, n'en demeure pas moins un bien auquel des prérogatives sont attachées. Et comme pour tout bien qu'utilise une personne qui en aurait l'autorisation, soit par la loi, soit en vertu d'un contrat, son usage doit être conforme aux dispositions légales ou contractuelles applicables.

L'obligation d'utiliser la base de données en bon père de famille consiste à respecter les consignes et/ou les instructions techniques d'interrogation de la base de données pour obtenir les informations recherchées. Elle a pour corollaire les obligations d'information, de conseil et de formation du producteur de la base. Car, dès lors que le licencié aura été éclairé et renseigné sur la manière d'utiliser la base, il devra s'en tenir et ne pourra invoquer une quelconque carence de son cocontractant quant à la conduite qu'il doit adopter. Il lui sera alors interdit de se plaindre du fait que ses recherches n'ont pas abouti (infra n° 277).

299. S'agissant de l'obligation de confidentialité, elle inclut non seulement une interdiction de divulguer les données contenues dans la base, mais également les identifiants et mot de passe uniques permettant d'y accéder. Le licencié sera notamment tenu de préserver cet accès en prenant « *toute mesure utile* », sachant que cette expression est vague et suppose qu'il est plutôt tenu au respect d'une obligation de moyen.

Pour éviter tout problème d'interprétation et pour être protégé, le producteur précisera que le licencié demeure seul responsable de ses identifiants de connexion ainsi que de toute utilisation frauduleuse de ceux-ci. Peu importe la manière dont ils lui ont été communiqués (messagerie électronique, courrier postal, simple ou recommandé...), ils restent strictement personnels et ne peuvent être divulgués aux tiers. De plus, en cas de perte, de vol ou de divulgation accidentelle, le licencié sera tenu d'en informer « immédiatement » le producteur qui lui adressera de nouveaux identifiants, sachant que tous les frais y afférents seront à sa charge. Quant au producteur, il prendra toutes les mesures qui s'imposent pour empêcher l'accès à sa base à partir d'identifiants révélés

et, de façon générale, veillera à ce que les codes proposés au licencié ne soient pas faciles à trouver ou à pirater, en un mot, à ce qu'ils demeurent secrets. A titre préventif, il se gardera de divulguer la moindre information confidentielle aux tiers, ainsi qu'à son personnel (excepté celui qui crée et gère les identifiants, ce qui paraît logique). D'autres mesures de prévention peuvent également être prévues : ainsi, le producteur suspendra l'accès à la base en cas de non-utilisation par le licencié de ses codes d'identification pendant une période précisée au contrat. L'intérêt étant que le licencié fasse preuve de toute la diligence nécessaire pour assurer la confidentialité que lui demande le producteur. Si le producteur a pour mission de préserver l'accès à la base pour son cocontractant, il a aussi un rôle à jouer dans le maintien de sa confidentialité : le devoir de confidentialité est donc réciproque. Mais, il s'agit aussi pour lui de s'exonérer de sa responsabilité à titre préventif, ce qui le conduit à insérer dans la licence d'utilisation de sa base de données la clause suivante : « *Le Concédant adressera au Licencié (ou : à chaque Utilisateur autorisé) un mot de passe et un identifiant (ci-après désignés par les « Identifiants de connexion »). Tous les Identifiants de connexion sont strictement personnels. Le Licencié veillera à ce que ses Identifiants ne soient pas communiqués à des tiers.*

Le Licencié reste seul responsable des Identifiants de connexion et de toute utilisation frauduleuse de ceux-ci. En cas de perte, de vol ou de divulgation accidentelle, le Licencié doit immédiatement informer le Concédant qui adressera de nouveaux identifiants de connexion et mettra immédiatement en œuvre les mesures nécessaires afin d'empêcher toute connexion à partir des Identifiants divulgués. Les frais éventuels de création et d'envoi des Identifiants seront supportés par le Licencié. »¹

Il pourra même prévoir des dispositions plus sévères afin de dissuader le licencié à divulguer ses identifiants personnels, notamment en mettant à sa charge les montants des redevances dues jusqu'au blocage des connexions. Si le montant des redevances est fonction du nombre de connexions, ce montant peut vite augmenter en cas d'utilisation induue de la base par des tiers, ce qui encouragera d'autant le licencié à être plus prudent pour ne pas avoir à payer pour un usage auquel il est étranger. La disposition suivante, loin d'être favorable au licencié, sera alors lue avec beaucoup d'attention : « *En toute*

¹ Annexe n° 6 : Article 4.5 : « *Identifiants et volume de connexion* », *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, FII.355-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 9.

hypothèse, le Licencié sera redevable de toutes les sommes correspondant aux volumes de connexions (éventuellement : et/ou de données consultées ou extraites de la Base de données) réalisées à l'aide des Identifiants de connexion livrés au Licencié.

En cas de divulgation intentionnelle ou non de ces Identifiants de connexion ayant permis un accès à la Base de données par des personnes autres que le Licencié (ou : les Utilisateurs autorisés), le Licencié sera redevable du montant de la redevance correspondante jusqu'à la date de blocage des connexions à partir des Identifiants divulgués. »¹

Le producteur se doit en effet de protéger ses intérêts : pour y parvenir, il mettra en garde le licencié de façon « énergique » afin qu'il adopte un comportement de bon père de famille, autrement dit, conforme à la lettre du contrat. Tout comportement contraire sera donc sanctionné, qu'il s'agisse de divulgation intentionnelle ou non des identifiants de connexion, de leur utilisation frauduleuse du fait d'une faute ou d'une négligence imputable au licencié, ou d'autres actes... de nature à porter préjudice au producteur. Ainsi, le licencié serait responsable envers ce dernier de toute perte, détérioration, ou encore d'extraction ou de réutilisation des données non autorisée : « *En cas d'utilisation frauduleuse des Identifiants du Licencié du fait d'une faute ou négligence imputable à ce dernier (éventuellement : ou à l'un des Utilisateurs avertis sous son contrôle ou son autorité hiérarchique), le Licencié sera responsable envers le Concédant de toute perte ou détérioration de données quelle qu'elle soit, et plus généralement de tout dommage subi en raison d'une Utilisation de la Base de données non autorisée, y compris une réutilisation non autorisée des données. »²*

L'emploi ici de l'expression « *plus généralement de tout dommage subi* » n'est pas anodin et est lourd de sens, dans la mesure où elle vise tout un panel d'hypothèses engageant la responsabilité du licencié.

Enfin, le producteur est également tenu d'assurer la confidentialité des interrogations de la base faites par le licencié, c'est-à-dire leurs détails, ainsi que les réponses obtenues.

¹ Annexe n° 6 : Article 4.5 : « *Identifiants et volume de connexion* », *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, précité, p. 9.

² Annexe n° 6 : Article 4.5 : « *Identifiants et volume de connexion* », *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, précité, p. 9.

Mais, cette obligation s'apparente davantage à une obligation de discrétion doublée du respect d'une règle de déontologie, qu'à une obligation de confidentialité.

C) Les clauses protectrices des intérêts du producteur : entre loi des parties et déséquilibre

300. Comme indiqué précédemment, les parties sont tenues d'exécuter leurs obligations respectives de bonne foi. La licence d'utilisation de bases de données telle qu'elle est rédigée, met en général les choses au point en cas de « dérapage » volontaire ou non de l'un des cocontractants : c'est la loi des parties figurant à l'article 1134 al. 1^{er} du Code civil et disposant que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* »

Toutefois, même si le moindre cas de figure semble être réglé par le contrat, des problèmes inattendus peuvent survenir. Aussi, pour dissuader le licencié de tout acte délictueux, le producteur insèrera au contrat des dispositions contraignantes, en ce qu'elles restreignent l'exercice des droits du licencié d'extraire (1) et de réutiliser (2) les éléments de la base de données. De telles dispositions sont très fréquentes dans la pratique et sont conformes au droit d'auteur (art. L. 341-1 et s. CPI). Car, mettre à la disposition du licencié une base de données n'autorise pas tous les agissements. Dès lors, il s'agira ici d'étudier la clause relative à la nature et à l'étendue des droits concédés. Leur périmètre tiendra compte des modalités d'accès à la base (infra n° 281 s.).

1) L'extraction des données

301. L'usage des données de la base par le licencié fera l'objet de dispositions particulières dont le seul but est de protéger les intérêts du producteur. Ce dernier pourra notamment interdire en toute légitimité au licencié l'extraction à titre temporaire ou définitif, sur un support quelconque, par tout moyen et sous toute forme que ce soit, de tout ou partie « *qualitativement ou quantitativement substantielle* » du contenu de sa base de données, et cela conformément à l'art. L. 342-1, 1^o CPI. Il peut même prévoir qu'une telle extraction ne sera possible que pour une utilisation strictement limitée au domaine de la licence, pour ses besoins internes, « *à l'exclusion de toute autre finalité* », expression souvent mentionnée dans les licences d'utilisation de bases de données.

S'agissant de l'extraction d'un contenu non substantiel de la base, elle est autorisée sans qu'il soit nécessaire de prévoir une disposition dans ce sens (art. L. 342-3, 1° CPI). Toute clause contraire serait réputée non écrite. Ainsi, la licence peut contenir la disposition suivante : « *Le Licencié est autorisé (ou : Les Utilisateurs sont autorisés) à extraire (c'est-à-dire transférer de manière permanente ou temporaire) les données contenues dans la Base de données (éventuellement : pour une utilisation de celles-ci dans le Domaine de la Licence) (éventuellement : et pour les besoins internes du Licencié à l'exclusion de toute autre finalité).*

Toutefois, conformément aux dispositions de l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle, cette extraction ne pourra porter que sur des parties qualitativement ou quantitativement non substantielles de la Base de données, sous réserve de l'application des dispositions de l'article L. 342-3 dudit Code. »¹

Le producteur rappellera que si l'extraction de tout ou partie non substantielle de la base n'est pas interdite, c'est à la condition qu'une telle opération n'excède pas « *manifestement les conditions d'utilisation normale* » de la base de données (art. L. 342-2 CPI). La difficulté reste de définir « *les conditions d'utilisation normale* » afin de déterminer une éventuelle faute du licencié. Bien que le licencié n'est pas censé ignorer la loi, le préciser n'est pas inutile dans la pratique et permet de le mettre en garde de façon efficace. Dans tous les cas, l'extraction des données devra être effectuée à des fins précises.

302. En outre, le producteur rappellera également que la copie de sauvegarde n'est pas applicable aux bases de données, et cela, afin d'éviter les utilisations extensives (art. L. 122-5, 2° CPI). Il est rare que le producteur accorde au licencié davantage de droits que ceux accordés par la loi, car son objectif demeure de conserver son monopole. Pour justement le conserver, il mentionnera au contrat la disposition suivante, assez audacieuse : « *Le Producteur de la Base de Données se réserve le droit, en cours de Contrat, de modifier certains droits du Licencié et/ou de restreindre audit Licencié l'accès à ladite Base ainsi que ses droits d'utilisation, d'exploitation... notamment si les*

¹ Annexe n° 6 : Article 3.2 : « *Droits relatifs à l'extraction des données* », *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, FII.355-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 4.

actes du Licencié excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données. »

Autrement dit, le producteur se réserve la faculté de remettre en cause l'équilibre contractuel, par sa seule volonté. En signant le contrat, le licencié a conscience du fait qu'une telle hypothèse peut se réaliser, les règles du jeu étant posées dès le début, sans aucune ambiguïté. Dès lors, cela empêche toute contestation future de sa part, à moins qu'il y ait abus du producteur.

Le terme « *notamment* », judicieusement inséré dans la clause, laisse une grande marge de manœuvre au producteur qui peut décider d'inclure dans les restrictions de nombreux actes. Tout est question d'interprétation du contrat, avec en cas de litige, la possibilité de saisir la justice. L'acte d'extraction de contenus de la base impliquant d'autres actes tels que l'accès, l'utilisation (et la réutilisation), l'exploitation, la reproduction, la représentation, la conservation ou le stockage de données, en restreindre un implique de restreindre tous les autres. C'est sans compter les actes tels que le téléchargement, l'installation ou l'exécution de la base sur des postes informatiques, possibles en raison du caractère électronique de la base.

Aussi le producteur sera précis quant aux actes prohibés afin d'éviter tout problème ultérieur d'interprétation, et veillera à les énumérer et à les définir de façon expresse. Il est entendu que de telles limitations devront être conformes à la loi pour que la précarité instaurée par le producteur soit juridiquement valable. D'une certaine façon, la loi accentue cette précarité de par ses dispositions et, par conséquent, cautionne un certain déséquilibre au niveau des relations contractuelles, dans un souci de protéger les droits d'auteur du producteur. Le licencié étant libre d'adhérer ou non au contrat, il ne peut qu'avoir conscience de la portée de ses engagements.

Dans certains cas, le producteur ira plus loin en précisant que : « *Si le Licencié refuse les modifications imposées par le Producteur quant à ses droits d'extraction, d'utilisation, d'exploitation... de la Base de Données, il sera mis un terme aux relations contractuelles entre les Parties...* ». Une telle disposition est sévère, mais licite. Le licencié se demandera alors s'il est judicieux pour lui, pour son entreprise et pour ses intérêts, de sortir de sa relation contractuelle avec le producteur. Il prendra sa décision en connaissance de cause. Toutefois, afin que le licencié « accepte » avec moins de

difficulté sa clause, le producteur pourra prévoir qu'en contrepartie des limitations de droits imposées, le prix du contrat sera revu à la baisse. Bien évidemment, un tel dispositif n'est envisageable que pour une licence conclue *intuitus personae*, éventuellement à titre exclusif, et non pour les contrats d'adhésion.

2) La réutilisation des données

303. S'agissant du droit pour le licencié de réutiliser une partie des données de la base, le producteur prévoira une clause similaire à celle concernant l'extraction, sous réserve des dispositions du Code de la propriété intellectuelle. Ainsi, la réutilisation d'un contenu non substantiel de la base sera autorisée, sans que le concédant n'ait besoin de prévoir une disposition dans ce sens (art. L. 342-3, 1° CPI). Toute clause contraire serait de nul effet. En revanche, la réutilisation d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle de la base sera prohibée, quels qu'en soient la forme, le moyen et le support utilisé (art. L. 342-1, 2° CPI). A titre d'exemple, le contrat mentionnera que : « *Le Licencié n'est en aucun cas autorisé à réutiliser (c'est-à-dire mettre à disposition du public) tout ou partie des données issues de la Base de données, sous quelque forme que ce soit et pour quelque raison que ce soit.* »¹

Si une telle clause est très générale, d'autres peuvent être plus précises et énumérer les actes prohibés : « *Le licencié n'est pas autorisé à louer, vendre, sous-louer, distribuer, céder, transférer, licencier, sous-licencier ou autrement partager la Base de données, ni à réutiliser les données résultant de l'Utilisation de ladite base de données.* »²

Le but étant ici de ne pas permettre au licencié de créer à terme sa propre base, notamment par la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement et quantitativement non substantielles du contenu de la base du producteur, « *excédant ses conditions d'utilisation normales.* » (art. L. 342-2 CPI). Si cela se produisait, la base « dérivée » en question serait une contrefaçon de la base originale en plus d'être parasitaire. Les conséquences en seraient dramatiques pour le concédant producteur. C'est pourquoi, ce dernier sera précis quant aux actes autorisés et quant aux actes

¹ Annexe n° 6 : Article 3.3 : « *Droits relatifs à la réutilisation des données* », 1^{er} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, FII.355-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 4.

² Annexe n° 6 : Article 3.3 : « *Droits relatifs à la réutilisation des données* », 2^{ème} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, FII.355-5, éd. Lamy, mai 2007, p. 4.

prohibés. La réutilisation des données pour des besoins autres qu'internes sera interdite. A titre d'exemple, le contrat pourra contenir la disposition suivante : « *Le licencié s'interdit de modifier ou de créer une œuvre dérivée de la Base de données sans l'accord écrit et préalable du Concédant.* »¹

A des fins d'exhaustivité, la licence mentionnera alors : « *Le Licencié n'est pas autorisé :*

- à utiliser la Base de données dans le but de créer une nouvelle base de données sans rapport direct avec ses finalités internes propres (ou : le Domaine de la Licence) ;
- à manipuler et/ou utiliser la Base de données d'une manière qui pourrait directement ou indirectement faire concurrence au Concédant ;
- à transférer les données vers ou sur une ou plusieurs autres bases de données ;
- à réutiliser les données en vue d'un usage autre que strictement nécessaire à ses besoins internes, à l'exclusion de toute revente ou mise à disposition de celles-ci à des tiers, même de façon exceptionnelle et parcellaire. »²

Une telle disposition révèle à la fois une volonté de prudence de la part du concédant, ainsi qu'un manque de confiance à l'égard du licencié. L'intégrer au contrat permet de faire la part des choses et de rassurer la partie forte, à savoir le producteur de la base.

304. Dans certains cas, le concédant ira plus loin en se réservant le droit de vérifier par tout moyen que la base est utilisée conformément aux dispositions contractuelles et que les données qu'elle contient ne sont pas reproduites sans son autorisation. Il se donnera toute latitude pour atteindre son but. Le problème sera de mettre en place un dispositif technique permettant de remplir cette mission. Le choix de ce dispositif sera laissé à la discrétion du producteur : il s'agira de procédés informatiques, d'audits, de contrôles... pouvant apparaître à la fois contraignants et dissuasifs pour le licencié qui réfléchira à deux fois avant d'effectuer un acte portant atteinte aux droits de son cocontractant. Il doit avoir conscience qu'une licence n'est pas une cession et que sa liberté est limitée.

¹ Annexe n° 6 : Article 3.5 : « *Œuvre dérivée* », *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, précité, p. 5.

² Annexe n° 6 : Article 3.3 : « *Droits relatifs à la réutilisation des données* », 3^{ème} modèle de clause, *Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique*, précité, p. 4 et 5.

Quoi qu'il en soit, si le droit de réutiliser les données est concédé, il faudra préciser si cela suppose que lesdites données soient brutes ou retraitées, en n'omettant pas d'indiquer la finalité ou le domaine visé. Car, le licencié peut être autorisé dans certains cas à les réutiliser, afin de proposer aux tiers des produits ou des services issus de données retraitées.

Dans d'autres hypothèses, le producteur interdira au licencié de mettre à disposition des tiers les données brutes directement issues de sa base, car considèrera que cela porte atteinte à ses droits *sui generis* tels que prévus par l'art. L. 341-1 CPI protégeant ses investissements mis en œuvre pour collecter les données, les organiser, les traiter...¹ En aucun cas, le licencié ne doit faire indûment profiter les tiers des données auxquelles il a accès.

305. Si le concédant limite les prérogatives du licencié sur sa base, c'est d'une part, au nom d'un droit d'auteur qui protège la forme, la structure, la présentation et l'agencement de ladite base ; et d'autre part, en vertu d'un droit *sui generis* qui interdit tout acte portant atteinte à son contenu (modification, adaptation, correction, traduction...) au mépris des droits du producteur. Par conséquent, même si certaines prérogatives sont accordées au licencié, il n'en demeure pas moins que l'ensemble des dispositions contractuelles reste très protecteur des intérêts du producteur, intérêts privilégiés. Dès lors, les règles édictées par la licence apparaissent comme des précautions prises par le concédant pour éviter des situations litigieuses, et surtout, désavantageuses pour lui.

D) Les solutions aux manquements contractuels

306. Les clauses pénales insérées dans les licences d'utilisation de bases de données représentent notamment des solutions fréquentes adoptées depuis longtemps. Il s'agit de dispositions prévoyant que la partie qui manquera à l'exécution d'une obligation précisée paiera à l'autre partie, une certaine somme d'argent à titre de dommages-intérêts, dont le montant, fixé à l'avance, est indépendant du préjudice causé. Dans les licences non-exclusives, cette somme ne pourra faire l'objet d'un accord entre les parties, à l'inverse des licences exclusives. Dans tous les cas, « *Il ne peut être alloué à*

¹ CJCE 9 novembre 2004, aff. C-203/02, RLDI 2005/1, obs. L. Costes, p. 18 s. ; D. 2005, p. 1495, obs. P. Sirinelli; CCE comm. n° 2, note Ch. Caron, RTD com. 2005, p. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; Propr. ind. 2005, comm. n° 7, note P. Kamina.

l'autre partie une somme plus forte ni moindre. » (art. 1152 al. 1^{er} in fine C. civ.). Cependant, les préjudices indirects de type commercial, d'exploitation, ou encore pertes de bénéfices, n'entrent pas dans le champ d'application des clauses pénales. Ils sont d'ailleurs exclus de toute indemnisation par la loi (art. 1151 C. civ.). C'est ainsi que la clause pénale pourra être rédigée de la manière suivante : « *Si la responsabilité du producteur de la base venait à être démontrée, elle serait limitée au montant facturé des trois derniers mois d'utilisation.* »¹

A travers ce genre de disposition, le producteur fait donc preuve de précaution en plafonnant le montant de la réparation au cas où sa responsabilité à l'égard du licencié serait reconnue. Toutefois, c'est sans compter l'intervention du juge qui, au nom du principe de non-intangibilité des clauses pénales (art. 1152 al. 2 du Code civil)², peut décider de modifier son montant s'il estime qu'il est « *manifestement excessif ou dérisoire* », c'est-à-dire pour ce dernier cas, quasi inexistant³, mais pas faible. Il reviendra au juge de préciser en quoi ce montant est faible.⁴ Il est donc possible de revenir sur la loi des parties, en l'occurrence, sur la loi du producteur, lorsque la licence est d'adhésion. Mais, le producteur ne pourrait pas insérer une clause allant à l'encontre des dispositions impératives de la loi sur les clauses pénales. Car, elle serait réputée non écrite, ce qui protège d'autant le licencié.

307. Pour protéger le licencié d'une défaillance du producteur, la résiliation judiciaire constitue une autre solution. Elle peut être prononcée si les conditions de l'article 1184 du Code civil sont réunies : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement (...)* ».

Le licencié devra saisir la justice qui se prononcera sur le sort du producteur : soit il demandera l'exécution forcée de ses obligations, soit la résolution avec dommages-intérêts (art. 1184 al. 2 C. civ.). Mais, il devra prouver une faute de son cocontractant, ce qui est loin d'être aisé dans certains cas (infra n° 285 s.). Car, ici, est demandée une

¹ Licence « *Resagri* » et Licence « *Sydoni* », Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, édition 2003, n° 3042, p. 1755.

² Les peines « *manifestement dérisoires* » peuvent être augmentées par les juges : Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} juillet 1980, n° 79-11. 366, JCP éd. G 1980, IV, p. 351. Dans cet arrêt, le juge a utilisé cette faculté de modifier une clause pénale.

³ *La réforme de la clause pénale, la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975*, F. Chabas, D. 1976, chr., p. 229, spéc. p. 234.

⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} juillet 1980, précité.

résiliation anticipée d'un contrat, en général à durée déterminée. En effet, la licence d'utilisation de bases de données est la plupart du temps un contrat d'abonnement comportant un terme fixe.¹ A titre d'exemple, le licencié pourra invoquer l'erreur sur l'objet du contrat, en tant que cause de nullité des conventions « *lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.* » (Art. 1110 C. civ.). Il faudra alors prouver un écart entre la prestation telle qu'elle a été convenue et celle qui est effectivement réalisée. Ce qui demeure complexe dans la pratique. De même, s'il est prouvé que le but poursuivi par le contrat contredit son objet, la résiliation sera de droit.

308. Enfin, dans d'autres cas, le licencié pourra demander la résiliation de la licence en cas de manquement du producteur à la protection de ses données personnelles, par application de la loi dite « *Informatique et libertés* »². C'est le cas lorsque le producteur diffuse à des tiers, partenaires commerciaux ou autres, des informations sur ses licenciés concernant le type et la nature des interrogations qu'ils font de la base, outre certaines de leurs données nominatives personnelles. En communiquant ces données, cela revient à éclairer sur le genre d'informations prisées par l'utilisateur, et par conséquent, sur son activité. Or, de tels actes sont interdits, sauf exceptions légales prévues par l'art. L. 342-3 CPI. Certaines licences contiennent des dispositions dans ce sens : « *Le producteur s'engage à ne divulguer aucune information permettant à des tiers d'avoir connaissance du détail des interrogations effectuées par le licencié* »³ Une telle disposition est protectrice du licencié ; elle permet de rétablir un certain équilibre des relations contractuelles. Il apparaît en effet normal qu'il bénéficie d'une protection au même titre que son cocontractant, surtout si les atteintes à sa vie privée ne sont pas loin.

Section 3 : Un retournement de situation ou la prédominance du licencié

Il existe des hypothèses où le producteur perd en quelque sorte le « contrôle » de sa base de données, en même temps que son monopole. En effet, au nom d'intérêts relevant du droit de la concurrence, la jurisprudence admet la délivrance de licences d'exploitation de la base au profit de tiers, ce qui a pour effet de limiter sérieusement ses prérogatives (A). Dès lors, les tiers se retrouvent dans une position plus favorable que celle du

¹ La solution est plus simple si le contrat est à durée indéterminée : dans ce cas, la résiliation unilatérale est possible, et cela, à tout moment.

² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite « *Loi informatique et libertés* », précitée.

³ Licence « *Téléroute* », Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, édition 2003, n° 3044, p. 1756.

producteur. De même, les atteintes aux droits du producteur peuvent être permises par la théorie des ressources essentielles dont l'objet est de limiter le droit *sui generis* des bases de données, c'est-à-dire le droit protégeant les investissements mis en œuvre (B).

A) La limitation des prérogatives du producteur d'une base de données pour servir les intérêts du droit de la concurrence

309. Malgré tous les moyens de protection des bases de données existant à ce jour -loi et contrats- le producteur de la base peut ressentir lui-même, à un moment donné, une certaine précarité de ses droits face à un tiers. Il s'agit d'un tiers car, n'a conclu aucune convention avec le producteur, donc n'a aucun lien juridique avec lui. Pourtant, ce tiers menace un équilibre contractuel existant ou, à défaut de contrat, les droits du producteur. Dans une telle hypothèse, le producteur se sent impuissant face à une personne qui peut obtenir une licence d'utilisation de sa création, sans y avoir été invitée. Une telle licence forcée imposant une collaboration réciproque.

Comment est-ce possible ?

Le producteur d'une base de données est avant tout un homme d'affaires qui cherche à exploiter et à rentabiliser sa base. Pour ce faire, il va conclure des licences d'utilisation de sa base autorisant des personnes, les licenciés, à y avoir accès et à l'utiliser, moyennant finances. Tout producteur de base raisonne ainsi et se met en relation avec un certain nombre de candidats potentiels à la licence, ce type de contrat étant rarement exclusif dans le domaine des bases de données.

Or, comme dans tout domaine d'activités, la concurrence est libre et ouverte. C'est en effet l'économie de marché et la loi de l'offre et de la demande qui s'appliquent en France, comme dans le reste des pays occidentaux. Il s'avère que certains producteurs ont une activité plus florissante que d'autres et que, par conséquent, ils vont se heurter aux critiques et aux remontrances de tiers qui considéreront un abus de position dominante de leur part, faussant le libre jeu de la concurrence. Cela serait sans importance pour les producteurs lésés si leurs droits de propriété intellectuelle n'étaient pas remis en cause. Et l'on sait que trop que toucher aux droits d'un auteur n'est pas sans conséquence et ne le laisse pas « indemne ».

310. C'est ainsi que certains producteurs ont pu voir leurs droits de propriété intellectuelle mis à rude épreuve, en particulier ceux concernant certains éléments de leurs bases. En effet, ayant élaboré et hiérarchisé des bases de données très prisées, car très utilisées, ils ont pu susciter quelques convoitises de la part de tiers. Leur essor considérable les a conduits à se trouver en position dominante sur un marché particulier. Des producteurs concurrents, en décidant de mettre en place des bases comportant des éléments structurels très proches, voire similaires, ont porté atteinte à leurs droits. Pour leur défense, ils ont invoqué que les utilisateurs des bases, déjà habitués à la forme et aux structures des producteurs lésés, seraient très réticents à en changer et à adopter une nouvelle base de données, ce qui fausserait dès le départ la concurrence et ne leur laisserait pas la moindre chance de développer leur propre activité. Pour résoudre ces conflits de droit de la concurrence, la jurisprudence a alors apporté quelques solutions¹ qui ne sont pas sans porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle de l'un des acteurs. Elle a ainsi décidé d'imposer aux producteurs de bases en situation de position dominante des licences d'utilisation au profit de toutes les entreprises présentes sur le marché concerné, à titre temporaire, lorsque pour ces entreprises, il est économiquement vital de les délivrer. Celles-ci doivent prendre fin lorsque cesseront les « circonstances exceptionnelles », c'est-à-dire l'urgence qui les a motivées, rendant au titulaire des droits de propriété intellectuelle visés l'intégralité de ses prérogatives, et par conséquent, son monopole exclusif.

311. Ces licences sont particulières dans la mesure où elles sont « forcées », autoritaires, impliquant de ce fait, un devoir de collaboration « sous la contrainte », comme dans le cas des licences de dépendance en matière de brevet d'inventions (Voir Seconde Partie, Titre II, Chapitre I). Non seulement, ces licences mettent en péril les droits de propriété intellectuelle qu'un titulaire peut détenir sur une base de données, du fait de leur remise en cause en en ponctionnant une partie, mais, elles imposent également des relations contractuelles non voulues, non consenties. D'une part, sur le terrain du droit commun des contrats, la décision d'accorder des licences forcées balaye et élude le principe de liberté contractuelle et de libre consentement tel que posé par l'article 1134 du Code civil ; d'autre part, elle remet en cause la titularité des droits de propriété intellectuelle dans le sens où l'auteur qui dispose par essence de toutes les

¹ CJCE 29 avril 2004, *IMS c/NDC*, Aff. C-418/01, D. 2004, 2366, note F. Sardain : la Cour a eu ici à statuer à la suite de la plainte déposée par la société *NDC* et fondée sur le grief d'abus de position dominante commis par la société *IMS*.

prérogatives attachées à ces droits, va se voir « contraint » de céder certains d'entre eux au nom de la libre concurrence, du principe économique d'interdiction de monopole, et de circonstances exceptionnelles.

Or, les droits de propriété intellectuelle sont des droits « sacrés » qu'il faut protéger et respecter. En particulier, il faut sauvegarder l'essentiel du caractère exclusif du droit d'exploitation des propriétés intellectuelles. La loi reconnaît en effet aux auteurs des droits du seul fait de la création : « *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.* » (art. L. 111-1 al. 1^{er} CPI). Les remettre en cause équivaldrait alors à revenir sur les attributs d'ordre intellectuel, moral et patrimonial attachés à la qualité d'auteur (art. L.111-1 al. 2 CPI). Au surplus, cela fragiliserait d'autant la création et l'innovation en général. C'est un risque dont il faut tenir compte. C'est pourquoi, il est légitime de considérer que les décisions de justice imposant des licences vont créer et accentuer une précarité des droits de propriété intellectuelle du titulaire visé, au nom d'un intérêt supérieur. La partie considérée habituellement comme « forte », à savoir le producteur, va alors se retrouver dans la situation inverse : elle va subir une modification de ses droits, se verra contrainte d'accorder des prérogatives sur son œuvre (droits d'utilisation, d'exploitation, de reproduction, de représentation...), ce qui bouleversera la situation qu'elle a toujours connue. En comparaison avec sa position antérieure, elle vivra une relation d'inégalité avec un tiers qu'elle va devoir supporter, tiers à qui elle n'a rien demandé et qui, de surcroît, va devenir d'office son licencié.

312. Si une telle licence semble imposée par le contexte, en réalité, elle est « préméditée » par celui qui la demande. Or, il est dangereux d'imposer des relations contractuelles. Cela risque de mettre à mal les principes chers au droit des contrats comme le principe de loyauté, de transparence et de bonne foi. Car, comment concevoir qu'une relation contractuelle se déroule bien si elle est d'emblée imposée ? Comment envisager sereinement l'avenir d'une telle relation et croire qu'un titulaire de droits de propriété intellectuelle va apprécier sa nouvelle situation ? Tout cela est bien tendancieux et risqué. Et c'est un tort de croire que cela demeurera sans conséquences. C'est pourquoi, la jurisprudence pose avec précision les bases d'une limitation de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle de son titulaire.¹ S'il est possible de les

¹ CJCE 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann c/Commission*, dit arrêt « *Magill* », Aff. C-241/91 et C-242/91, Rec. I, p. 743, RTD com. 1995, 606, note A. Françon ; RIDA janvier 1992, p. 216, note T.

restreindre, cela doit se faire dans le respect de certains principes car, une telle atteinte ne saurait être automatique. C'est parce que l'exercice des droits de propriété intellectuelle prend une tournure particulière au regard du droit de la concurrence - autrement dit, cet exercice devient incompatible avec ce droit- qu'il convient de les limiter. Est alors consacrée la suprématie du droit de la concurrence communautaire sur le droit de la propriété intellectuelle lorsque l'exercice de ce droit devient un abus de position dominante ou s'insère dans le cadre d'une entente.¹

313. Il en résulte plusieurs interrogations. En premier lieu, est-ce que constitue un abus de position dominante le refus d'accorder une licence à des conditions « raisonnables » pour le licencié potentiel, et le fait d'empêcher l'accès au marché à tout concurrent ? Car, après tout, la liberté contractuelle doit s'appliquer et le concédant est libre non seulement de contracter avec qui il l'entend, mais également d'accorder une licence selon ses conditions, fussent-elles désavantageuses pour la partie concernée.

314. En second lieu, peut-on justifier d'une soi-disant inadaptabilité de la clientèle à une nouvelle base de données, voire peut-on prévenir une telle inadaptabilité pour revendiquer le droit à une licence que l'on ne saurait demander dans d'autres circonstances ? Car ici, il s'agit bien pour une personne de profiter d'un certain contexte pour imposer son point de vue et exiger un contrat dont elle sait pertinemment qu'elle ne pourra obtenir à l'amiable, pour des raisons évidentes. Une telle demande étant fondée sur des suppositions concernant le comportement probable d'utilisateurs de bases de données qu'il n'est pas toujours aisé de vérifier. En d'autres termes, le

Desurmont ; D. 1996, chron. 119, B. Edelman ; RTD eur. 1995, 835, note G. Bonet. *L'arrêt Magill : une révolution*, M. Vivant, D. 1996, 15^{ème} cahier, chron., p. 119. Cet arrêt avait justement donné la faculté au juge d'imposer directement **une licence forcée en dehors des cas prévus par les lois et les conventions internationales**, lorsque le refus d'accorder une autorisation conventionnelle d'exploiter un objet de droit d'auteur par son titulaire pouvait être qualifié **d'abus de position dominante** au sens de l'article 82 du Traité CE (Communautés Européennes). Il s'agit du Traité de Maastricht instituant les Communautés européennes du 7 février 1992, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993 (version consolidée du Traité instituant la Communauté Européenne, J.O.C.E. n° 325/33 du 24 décembre 2002). L'article 82 dispose en effet qu' : « **Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.** (...) »

¹ Les ententes sont interdites par l'article 81 du Traité CE : « **Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun** (...) »

demandeur d'une licence doit être sûr de ces allégations avant de saisir la justice et d'exiger quoi que ce soit.

315. La jurisprudence communautaire répondra à toutes ces questions pour justifier un rapport contractuel forcé et ainsi établir un déséquilibre des conventions. Toutefois, des conditions devront être réunies pour qu'une licence soit autorisée : le refus d'octroyer une licence doit être de nature à éliminer toute concurrence sur le marché, et notamment à faire obstacle à l'apparition d'un produit ou d'un service nouveau pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs et que le titulaire des droits d'auteur concerné n'offre pas ; ledit refus doit être dépourvu de justification objective et, enfin, la licence doit être indispensable à l'exercice de l'activité du demandeur. Autrement dit, s'agissant de cette dernière condition, le refus de licence doit être de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé, ce qui est contraire au droit communautaire. En prévoyant un cadre strict d'octroi des licences, le but est d'éviter les demandes injustifiées, voire fantaisistes, et de distinguer les comportements d'abus de position dominante d'auteurs, de comportements qui ne le sont pas. Sera notamment considéré comme abusif le refus d'une personne en situation de position dominante de donner accès à un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle, lorsque ce produit sera indispensable pour agir sur un marché dérivé. Celui qui demande une licence ne doit donc pas se contenter de reproduire *stricto sensu* des produits ou des services du titulaire de droits visés, déjà présents sur le marché dérivé. Il a des obligations à remplir que la jurisprudence entend faire appliquer et respecter. C'est dans cette seule perspective qu'une atteinte partielle et temporaire des droits d'auteur sera observée et légitimée.

Un autre comportement abusif sera illustré par le refus de conclure une licence d'utilisation d'une base de données protégée par le droit d'auteur avec une entreprise qui souhaite uniquement avoir accès au même marché, dans les mêmes conditions, parce que les utilisateurs de ladite base rejettent systématiquement tout produit qui n'y serait pas référencé et, de façon générale, toute autre base, en raison d'une présentation à laquelle ils sont habitués. L'intérêt de la licence est donc de remédier au déséquilibre ambiant. Or, lorsqu'une base fait autorité dans un certain domaine d'activités, il est difficile de bouleverser l'ordre établi ainsi que les habitudes bien ancrées. C'est d'ailleurs en fonction d'une telle autorité que les consommateurs vont adapter leurs

comportements et que les tendances du marché vont se profiler et s'accroître. D'eux seuls dépendent alors toute une économie ainsi que la position d'un acteur sur un marché par rapport à tel autre. Tout producteur potentiel de bases de données doit alors tenir compte du plus grand nombre pour orienter son activité et pour ne pas être « laissé sur le bord de la route » par rapport à d'autres entreprises. Car, c'est malheureusement la seule chose à faire pour faire face à la dure réalité économique ainsi qu'au libre jeu de la concurrence. Pour contourner ce qui peut apparaître comme une fatalité, les entreprises invoqueront alors la notion d'abus de position dominante.

316. Par ailleurs, il est également admis qu'une situation de dépendance technique ainsi que l'adaptation à une structure différente pour des clients habitués aux structures de certaines bases de données, peuvent s'avérer au final très complexes et coûteuses, en sorte qu'il est impossible pour quiconque d'offrir ses services dans des conditions similaires et, surtout, rentables. C'est pourquoi, afin de ne pas léser plus qu'il ne l'est déjà le professionnel concerné, les juges saisis lui permettront d'entrer dans une logique contractuelle, alors que dans d'autres circonstances, il n'y aurait pas été convié.

La difficulté est de savoir s'il y a réellement abus de position dominante de la part d'un titulaire de bases de données dans le cas où le demandeur de licence se sentant évincé par celui-ci, ne se proposerait pas de créer un produit nouveau ou un marché distinct, sinon demanderait « de force » une licence dans le but d'exploiter un produit identique ou similaire sur le seul et même marché que domine ledit titulaire. Ainsi, il faut rechercher si ce qu'il souhaite est uniquement de « profiter » des retombées du succès de celui qu'il considère comme un adversaire et un concurrent redoutable, et si ses véritables intentions sont cachées derrière une volonté de partager l'unique marché qui existe dans le domaine qui l'intéresse particulièrement. En sollicitant une licence, il espère probablement bénéficier de la même rentabilité et de la même popularité que le titulaire des droits de propriété intellectuelle concerné. Il considère qu'une telle licence est de droit et que le refus de la délivrer est abusif s'il lui est interdit de proposer un produit nouveau et de développer un marché dérivé. En résumé, pour le demandeur de licence, chacun a droit à sa chance et doit pouvoir bénéficier des mêmes conditions d'exploitation, et cela, même au prix d'une atteinte aux droits d'auteur d'une personne.

317. Les défenseurs des droits des auteurs s'indigneront sans doute de cette analyse qui privilégie les tiers cherchant à s'appropriier les droits et prérogatives d'autrui au nom de la liberté du commerce et de l'industrie. L'objectif n'est pas de les offusquer sinon de concilier des droits et libertés en apparence contradictoires. Toutefois, comment concilier ce qui semble inconciliable ? Et comment éviter de tomber dans un schéma trop simpliste ?

C'est justement le travail qu'a fait la juridiction européenne en tentant de rapprocher d'une part, les droits de propriété intellectuelle avec la liberté d'initiative économique, et d'autre part, avec le libre jeu de la concurrence. Notons que cette dernière liberté ne prévaut que dans le cas où le refus d'accorder une licence fait obstacle au développement d'un marché au préjudice des consommateurs. Autrement dit, la protection et la défense des intérêts des consommateurs autorisent toute atteinte légitime aux droits d'une personne, y compris ses droits de propriété intellectuelle. Leurs attentes et leurs besoins justifient de restreindre les prérogatives d'un auteur tel que le producteur d'une base de données, et doivent primer sur toute autre considération.

La notion de consommateur prend alors tout son sens et s'invite, malgré elle, à un débat sur l'équilibre des relations contractuelles dans le cadre d'une licence. Il faut cependant prendre garde à ne pas stigmatiser le consommateur, ni à se servir de lui pour arriver à ses fins, fussent-elles louables. La jurisprudence l'a bien compris puisqu'est amenée à annuler des licences qui ne semblent plus nécessaires et plus utiles. Rappelons à ce propos que les licences accordées dans ce contexte sont d'une durée limitée et que, comme toute convention, elles ne sauraient être perpétuelles.¹ C'est ce qui se produit lorsqu'un contrat a été conclu dans des circonstances particulières : dès lors qu'elles cessent, il n'a plus lieu d'être.

318. Ainsi, dans certains cas, la précarité devient l'affaire de l'auteur et le touche directement dans ce qu'il a de plus précieux : ses droits de propriété intellectuelle. Certes, cette atteinte n'est que provisoire et ne saurait s'éterniser. Toutefois, l'inégalité des parties instaurée par de telles licences amène à se demander si la formation d'un contrat doit se passer du consentement de l'une d'entre elles, lorsque des circonstances particulières l'exigent. Ce qui revient à remettre en cause les principes de base du droit des contrats tels que celui de la liberté contractuelle, de l'autonomie de la volonté, du

¹ Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, J.O.R.F. du 16 novembre 1999, p. 16962.

libre échange des consentements, de la conclusion de bonne foi des conventions... De plus, en dépit du fait que l'objectif et l'intérêt de ces licences forcées soient d'établir un équilibre commercial, il en résultera inévitablement un déséquilibre au niveau des relations contractuelles. Pour palier à ce déséquilibre, la licence est limitée dans le temps. Mais, cela est loin de satisfaire le titulaire de droits de propriété intellectuelle qui s'estimera, malgré tout, lésé.

B) La théorie des ressources essentielles

319. La théorie des ressources essentielles¹ encore appelée théorie des facilités, des infrastructures ou des installations, a pour objet de limiter le droit *sui generis* des bases de données, c'est-à-dire le droit protégeant les investissements du producteur d'une base et de légitimer certaines atteintes auxdits investissements. La jurisprudence l'a consacrée² et la définit comme celle concernant « *les équipements et les installations indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou pour permettre à des concurrents d'exercer leurs activités, et qu'il est impossible de reproduire par des moyens raisonnables* ». ³ L'intérêt de cette définition est qu'elle peut s'appliquer à tout type de ressources, y compris les biens immatériels comme la liste des abonnés au téléphone⁴, autrement dit, une base de données. Cette définition met l'accent sur les moyens techniques utilisés dans le cadre d'une activité économique, moyens au cœur de la théorie des ressources essentielles. Ainsi, dans l'éventualité où il ne serait pas

¹ *Biens informationnels et droit de la concurrence*, S. Lemarchand, O. Freget, F. Sardain, Propriétés intellectuelles, janvier 2003, n° 6, p. 11.

² CJCE 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann c/Commission*, dit arrêt « *Magill* », précité. En l'espèce, la société *Magill* souhaitait publier un programme général de télévision, mais une célèbre chaîne de télévision britannique s'y est opposée. Pour la société *Magill*, cette chaîne abusait de sa position dominante en refusant d'octroyer des licences pour la publication de ses grilles de programmes hebdomadaires. L'arrêt a donné gain de cause à la société *Magill* en ordonnant à la chaîne de télévision de lui communiquer ses grilles de programmes d'émission, et en autorisant ladite société à les reproduire.

³ Cons. conc., 3 août 1996, décision n° 96-D-51, Affaire « *Héli-Inter* », B.O.C.C.R.F., 8 janvier 1997. En l'espèce, il est décidé que : « *les exploitants des structures essentielles doivent faire droit aux demandes raisonnables d'accès à ces structures présentées par leurs concurrents sur les marchés et services avals, les conditions financières offertes pour l'accès à sa structure essentielle par son exploitant devront être non discriminatoires par rapport aux conditions qu'il s'applique pour sa propre production de services concurrencés et ces conditions devront être proportionnées, orientées vers les coûts, transparentes et relever de critères objectifs.* »

Voir : *Le droit sui generis de protection des bases de données mis hors jeu par le droit des ressources essentielles*, H. de Boisse, S. Leriche, Expertises, juin 2002. *Bases de données : prééminence du droit de la concurrence sur le droit sui generis*, H. de Boisse, Revue Expertise, janvier 2003, n° 266, p. 23 et s. *Les infrastructures essentielles dans le secteur des nouvelles technologies*, D. L'Henoret-Marcellesi, *Gaz. Pal.*, 20-21 juillet 2005, p. 32 et s.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 2001, Affaire « *France Télécom c/Filetech et Groupadress* », Contrats Conc. Consom., M. Malaurie-Vignal, mars 2002, p. 22. En l'espèce, la Cour de cassation décide « *qu'une liste d'abonnés au téléphone constitue une ressource essentielle pour les opérateurs intervenant sur des fichiers de prospection.* »

possible pour une entreprise de remplacer certaines ressources capitales détenues et exploitées par des sociétés concurrentes, par des ressources moins onéreuses -alors qu'il s'avère qu'elles sont indispensables pour la bonne marche de leur activité- l'accès auxdites ressources devra leur être autorisé, à condition que cela réponde à une demande justifiée et raisonnable. En d'autres termes, il est possible pour un tiers de profiter des investissements d'un auteur au nom d'intérêts économiques justifiés.

320. Si aucun accord amiable n'est conclu, la justice sera chargée de trancher le litige et permettra éventuellement à un tiers d'accéder à des ressources qui font l'objet d'un monopole particulier. Mais, il faudra prouver l'impossibilité de remplacer certaines ressources-clés par d'autres moins coûteuses, ainsi que l'inefficacité d'un tel remplacement. De plus, aucune pratique discriminatoire quant aux prix ne devra être effectuée par les sociétés concurrentes pour y accéder, et ces prix devront être transparents, proportionnés, et fixés en fonction de critères objectifs par rapport aux ressources ou aux structures visés. Ici, est mise en avant la possibilité de limiter l'exercice du droit *sui generis* d'un titulaire sur sa base de données lorsque certaines conditions sont réunies. Ainsi, l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle est légitimée lorsqu'il s'agit de lutter contre toute forme de discrimination économique ou d'y mettre fin. Plus précisément, l'exercice d'un droit privatif et exclusif tel qu'un droit de propriété intellectuelle s'efface lorsque la rémunération attachée à ce droit conduit à imposer aux concurrents de son titulaire des conditions d'entrée sur le marché discriminantes. Les exemples en la matière ne manquent pas¹ et concernent tous types de biens.²

¹ CE, 29 juillet 2002, *Cegedim c/INSEE*, section du contentieux, Expertises janvier 2003, page 35 : ici, est appliquée la théorie des ressources essentielles pour limiter l'exercice du droit *sui generis* sur les bases de données détenues par l'INSEE, telles que la base « SIRENE ».

² Décision n° 04-D-34 du Conseil de la concurrence, 22 juillet 2004, relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société *Les Messageries Lyonnaises de Presse (MLP)*, confirmée en appel le 12 février 2004, *Contrats, Conc. Consom.*, 2004, comm. 111, p. 24, obs. M. Malaurie-Vignal ; *Comm. Com. Electr.*, octobre 2004, p. 49. En l'espèce, le Conseil de la concurrence avait demandé aux *Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (NMPP)* d'accorder aux *Messageries Lyonnaises de Presse (MLP)* un accès direct au tronc commun d'un logiciel de presse gérant les flux d'information entre les NMPP, les déposataires et les diffuseurs dans des **conditions économiques équitables** en mettant en place un transfert automatique de fichiers. Le problème est que les NMPP n'ont pas « jouer le jeu ». Le Conseil de la concurrence s'est alors saisi d'office afin de prononcer une sanction financière à titre préventif, c'est-à-dire au cas où son injonction ne serait pas respectée par l'un des acteurs. Il a qualifié le logiciel visé « *d'installation essentielle* » : une telle qualification est la première en la matière.

321. En appliquant une telle théorie, il ne fait aucun doute que les droits de propriété intellectuelle sur des œuvres telles qu'une base de données deviennent précaires lorsque le droit de la concurrence est en cause. En d'autres termes, les impératifs de ce dernier doivent l'emporter sur le droit de la propriété intellectuelle, et de manière générale, sur les monopoles qu'il consacre. Cependant, une telle limitation de droits fait l'objet d'un encadrement strict afin de réduire les risques de situations fâcheuses et d'éviter toute atteinte inutile, c'est-à-dire qui n'a pas lieu d'être. Car, il ne saurait être toléré une atteinte aux investissements protégés par un droit *sui generis* si l'objectif poursuivi n'est pas louable.

Pour renforcer la protection d'une œuvre de l'esprit et rassurer leurs auteurs, il est nécessaire de rechercher si des solutions alternatives raisonnables peuvent être mises en œuvre par lesdits auteurs, peu importe qu'elles soient moins avantageuses que celles dont bénéficient celui qui est « en position de force ».¹ Il ne suffit donc plus de démontrer uniquement l'impossibilité de reproduire à des conditions économiques raisonnables telle ou telle ressource pour que la théorie des facilités essentielles s'applique. Il faut aller plus loin et se montrer imaginatifs quant à la manière de remédier aux difficultés rencontrées.

¹ *La maintenance de logiciel à l'épreuve de la théorie des facilités essentielles : quand le droit d'auteur tue le droit d'auteur*, R. Hardouin, www.juriscom.net

Conclusion

322. D'une part, il existe différents moyens de porter atteinte aux droits des producteurs de bases de données, que cela soit le fait de licenciés ou de tiers. A chaque fois, des compromis sont nécessaires pour satisfaire les intérêts de chacun et pour établir un équilibre relatif.

323. D'autre part, outre les bases de données en ligne « classiques », d'autres œuvres peuvent être qualifiées de bases de données, ce qui rend intéressante la donne, notamment s'agissant des actes d'extractions interdits. Ainsi, un site web étant une œuvre multimédia complète¹ puisque comportant des éléments de texte, de son, d'image, de vidéo... lorsque son contenu informationnel est très développé, qu'il comporte une logique éditoriale, de classement et d'organisation et qu'il peut recevoir la qualification juridique de base de données en raison de la réunion des critères exigés par le droit d'auteur, la législation du Code de la propriété intellectuelle relative à l'interdiction de l'extraction des données s'applique. La jurisprudence a d'ailleurs considéré que certains sites constituaient des bases de données au sens juridique du terme, c'est-à-dire au sens de l'art. L. 112-3 CPI², et qu'à ce titre, ils méritaient la protection prévue par la loi. Dès lors, un lien hypertexte profond peut, dans certains cas, constituer une extraction frauduleuse sanctionnée par l'article L. 343-1 CPI, et être assimilée aux extractions pouvant être observées dans les bases de données (infra n° 301).

324. Une telle solution pourrait également s'appliquer pour une page web ou un jeu vidéo³, œuvre multimédia complète composée notamment de base de données, même si

¹ L'œuvre multimédia est la « réunion sur un même support numérique ou lors de la consultation, d'éléments de genres différents, et notamment de sons, de textes, d'images fixes ou animées, de programmes informatiques, dont la structure et l'accès sont régis par un logiciel permettant l'interactivité, et qui a été conçu pour avoir une identité propre, différente de celle résultant de la simple réunion des éléments qui la composent. » Il s'agit d'une définition proposée par G. Vercken et P. Sirinelli, dans l'Etude CERDI-Art 3000, 1996 pour le Ministère de la Culture.

² TGI Paris, 3^{ème} ch., 5 septembre 2001, SA Cadremploi c/SA Keljob et Colt Telecommunications France, Expertises nov. 1991, p. 391. « Affaire Keljob » : les moteurs de recherche sous liberté surveillée, P. Fernandez et P. Amouzou, *Les Echos* 15 oct. 2001 ; CCE févr. 2002, n° 16, p. 20 s., comm. Ch. Caron ; CA Paris, 12 septembre 2001, CCE 2001, comm. n° 121, obs. Ch. Caron ; *Liens hypertextes profonds : une confirmation du caractère (il)licite de principe ?* C. Fabre, Expertises nov. 2001. Confirmé en appel, CA Paris, 14^{ème} ch., sect. B, 25 mai 2001, Juris-Data n° 152871, n° 2001/03108, Legalis.net 2001, n° 3, p. 104, note Sinodinou Eleni Tatiani et Ph. Jougleux.

³ Le jeu vidéo est plus précisément « une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature. » : Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2009, n° 07-20.387,

une telle œuvre n'est pas répertoriée en tant que telle par le Code de la propriété intellectuelle. Comme pour les bases de données classiques, ces bases pourraient subir quelques atteintes. Les moyens pour y parvenir sont nombreux et plus imaginatifs les uns que les autres : le « *deep linking* » ou lien profond, constitue justement un de ces moyens. Il permet à un lien hypertexte d'une page web d'un site de renvoyer à une page web d'un autre site, sans passer par la page d'accueil dudit site. Au passage, des données peuvent être extraites sans autorisation, ce qui a pour conséquence de porter atteinte aux droits d'auteur des données elles-mêmes, ainsi qu'au droit d'auteur et au droit *sui generis* des bases de données. Avec le développement des technologies de l'information et de la communication, une telle pratique était inévitable.

325. La jurisprudence n'a pas encore clairement affirmé sa position, ses décisions étant contradictoires selon les cas qui lui sont soumis, et selon les lois en conflit telles que celles relatives à la liberté de la presse, à la liberté d'expression... Des lacunes juridiques sont encore à combler. Toutefois, une certitude demeure : une base de données est protégée si deux éléments sont réunis : l'originalité et l'investissement substantiel. Au travers de cet exposé sur les bases de données, il en résulte qu'il s'agit davantage de protéger cet investissement que la base elle-même. Mais, à quel prix ?

Société Cryo, Bull. civ. I, n° 140 ; D. 2009, AJ 1819, obs. J. Daleau ; JCP G 2009, n° 92, obs. T. Verbiest et P. Pelletier ; CCE 2009, n° 76, note Ch. Caron ; RLDI 2009, n° 1672, obs. L.C. ; RJDA 2009, n° 905 ; JCP G 2009, n° 42, 328, note E. Trepoz ; RIDA 2009/221, p. 305, note P. Sirinelli ; RIDA 2009/221, p. 509 ; Gaz. Pal. 2009, 2, somm. p. 3312, obs. L. Tellier-Loniewski et M. Soulez. Voir aussi : *La nature « complexe » du jeu vidéo : pour quel régime juridique ?* J.-B. Auroux et S. Matakovic, RLDI 2009/52, n° 1738. *La qualification juridique du jeu vidéo : l'essai non transformé de la Cour de cassation*, Z. Azzabi, RLDI 2009/52, n° 1737. *Le jeu vidéo devient enfin complexe*, L. Marino, RLDI 2009/52, n° 1735. « *Arrêt Cryo* » : *la Cour de cassation consacre la qualification distributive du jeu vidéo*, F. Sardain, RLDI 2009/52, n° 173. Ici, est mise en évidence l'idée que le jeu vidéo étant composé d'éléments logiciels, d'éléments audiovisuels et d'éléments de bases de données, les règles propres à chacun de ces éléments doivent s'appliquer. C'est aussi la théorie d'autres auteurs tels qu'A. Lucas, J. Devèze et J. Frayssinet : *Droit de l'informatique et de l'internet*, 2^{ème} édition, PUF, 2001, n° 614 : « *Le produit multimédia est une création complexe donnant lieu à l'application distributive de règles distinctes : le régime propre aux logiciels pour la partie logicielle, le régime propre aux œuvres audiovisuelles pour les composantes audiovisuelles, le régime propre aux bases de données si l'œuvre répond à la définition légale, le droit commun du droit d'auteur pour tout ce qui ne fait pas l'objet de règles spécifiques.* »
Œuvre multimédia : vers une qualification plus complexe, mais plus fine que précédemment, T. Hassler, RLDI 2009/52, n° 1739. *Jeux vidéo : synthèse d'un cadre juridique naissant*, P. Van Den Bulck et T. Verbiest, JCP G 2007, I, 100.

TITRE II : LES CONTRATS PORTANT SUR DES PRESTATIONS DE SERVICES IMMATERIELLES

326. La maintenance et l'externalisation d'un système informatique, également appelée infogérance ou outsourcing, constituent des prestations de services essentielles à notre époque, que nécessitent toute entreprise, quelle que soit la nature de son activité. En effet, de nos jours, il est difficile, voire impossible, de se passer de l'informatique, et toute entreprise, quelles que soient sa taille et sa structure, utilise l'informatique pour différentes raisons. Ce sera notamment le cas pour se faciliter la tâche, pour effectuer certains travaux de façon plus rapide et plus efficace, ou parce que son objet social a un rapport avec l'informatique et plus généralement, avec les technologies issues du numérique ; une volonté de se moderniser et de passer du côté « manuel » au côté informatique motivent aussi la conclusion de contrats portant sur de telles prestations... Toutefois, informatiser toute une entreprise n'est pas sans conséquence : en effet, des problèmes liés à l'utilisation du hardware peuvent survenir, de même que des problèmes logiciels, ce qui nécessite de faire appel à un prestataire spécialisé dans la maintenance informatique.

327. De même, une entreprise peut considérer que la gestion de son poste informatique est trop lourde pour elle et qu'il est préférable qu'elle la confie à un tiers dont les compétences en la matière sont reconnues. Elle pourra ainsi se consacrer au cœur de son activité et se décharger de tâches qu'elle juge « ingrates » ou sans intérêt à ses yeux, mais malheureusement, essentielles pour la poursuite de son activité. Un contrat d'outsourcing sera alors conclu. Dès lors, qu'il s'agisse de maintenance ou d'outsourcing, la prestation visée est indispensable pour son bénéficiaire. Le prestataire en aura conscience et en profitera pour imposer des conditions strictes à son cocontractant, ce qui ne laissera que peu de place à la négociation.

328. S'agissant de la maintenance elle-même qui fait l'objet d'une classification selon sa finalité, son résultat ou ses moyens techniques d'intervention, la distinction principale repose avant tout sur la maintenance hardware et la maintenance logicielle. Quant au contrat de maintenance à proprement parler, qu'il s'agisse de maintenance système ou de maintenance logicielle, il en ressort une précarité de son bénéficiaire face à un mainteneur dominant, ainsi qu'une inégalité et un déséquilibre au niveau des

relations contractuelles. La rédaction des clauses l'illustre, que celles-ci soient celles que l'on retrouve dans tout contrat (objet, prix, durée, garanties, responsabilités, résiliation...) ou qu'elles soient spécifiques à la maintenance (obligations de célérité et de suppléance du mainteneur, obligation d'entretenir et de maintenir la chose objet du contrat en bon état de fonctionnement...).

La maintenance des bases de données et des sites web est également nécessaire. A défaut, de tels objets de droit ne pourraient « survivre ». Par conséquent, tant les biens matériels que les biens immatériels ont besoin de ce type de prestation qui peut, dans certains cas, constituer le « prolongement » inévitable à un contrat principal.

329. S'agissant de l'infogérance qui connaît un succès considérable, son étude nécessite au préalable de la distinguer des notions qui s'en rapprochent le plus, afin d'éviter toute ambiguïté dans l'analyse. De même, les raisons d'externaliser doivent être présentées pour comprendre les tenants et les aboutissants d'une telle prestation, et surtout, ce qui motive une entreprise à se lancer dans une telle aventure. Avant même de signer un contrat d'outsourcing, les besoins de la partie faible, le client, seront recherchés pour trouver l'équipe la plus apte à réaliser la prestation demandée, prestation sur-mesure. D'où, une phase précontractuelle stratégique à effectuer avec efficacité.

Si l'infogérance présente des atouts, elle présente également des inconvénients que le prestataire ne manquera pas de présenter à son client, dans un souci de transparence et de professionnalisme. Ces inconvénients prendront la forme de risques : risques de dépendance, risques technologiques et économiques, risques liés à une mauvaise définition des indicateurs de qualité, risques juridiques et sociaux... pouvant constituer un frein à l'engagement de tout client potentiel. La rédaction du contrat d'outsourcing n'en sera que plus intéressante. A l'instar du contrat de maintenance, elle sera davantage orientée en faveur du prestataire, partie forte, que du client, partie faible, ce qui contribuera à un déséquilibre évident au niveau des relations contractuelles.

Tant les clauses que l'on retrouve dans tout contrat (objet, obligations des parties, prix, durée, garanties, responsabilités, résiliation...) que les clauses spécifiques au contrat d'outsourcing (clause de benchmarking, clause de sortie anticipée, clause de dureté,

clause de réversibilité, clause relative à l'instauration d'un plan d'assurance-qualité et d'une convention de niveau de services...) seront utilisées comme des instruments créateurs d'inégalité et de précarité contractuelle. C'est sans compter les problèmes mis en avant par la situation même de l'infogérance ou plutôt les risques de problèmes qui peuvent survenir si la loi n'est pas respectée et si la rédaction du contrat n'obéit pas à certaines règles et principes stricts. Aussi, afin d'éviter les qualifications malencontreuses telles que celles de délit de prêt de main d'œuvre illicite ou de délit de marchandage, des éléments devront figurer au contrat et guider sa rédaction, à fin de validité.

Quant à la clause relative aux droits de propriété intellectuelle, elle n'est pas en reste puisque répond notamment au besoin de régler le sort des licences de logiciels et de progiciels délivrées au bénéficiaire de l'infogérance avant son engagement avec un prestataire qui « prendra la main » sur son système informatique.

330. Ce sont autant de points soulevés qui méritent une attention particulière et qui donneront lieu à l'étude successive du contrat de maintenance (Chapitre I) et du contrat d'outsourcing (Chapitre II).

Chapitre I : Le contrat de maintenance

Introduction

331. Dans un sens courant, le terme « maintenance » désigne un ensemble de prestations touchant le domaine de l'équipement et de l'informatique et a pour finalité, comme son nom l'indique, de « maintenir » et de préserver à un niveau optimal de performance, des matériels tels qu'un système informatique, un appareil technique, ou des biens immatériels tels qu'un logiciel, un site Internet ou une base de données... La maintenance remplit une fonction de support, de réglage, de révision, d'assistance technique recouvrant les opérations d'entretien, de vérification, de contrôle, de réparation, de dépannage, d'amélioration, de soutien logistique... dont le but est de veiller à ce que les éléments précités conservent leur état de fonctionnement. Car, différentes causes peuvent être à l'origine de l'amenuisement d'un système ou d'un matériel : usure naturelle, vieillissement, c'est-à-dire obsolescence, les rendant quasi-inutiles ou du moins dépassés. A cela s'ajoutent les informations périmées transmises à l'utilisateur qui ne lui permettent pas ou plus d'utiliser correctement le matériel en question, ainsi que le problème des grèves, des pannes de réseau lorsqu'est en cause un système informatique ou un logiciel... De plus, lorsqu'est modifiée l'équipe chargée de gérer les équipements, leur efficacité est mise en péril. Car, ladite équipe n'est plus la même, soit parce que certains de ses membres ont été remplacés, soit parce que leurs compétences ne sont plus d'actualité. Les performances des systèmes et autres logiciels pouvant alors en pâtir. La maintenance devient alors nécessaire lorsque l'un ou l'autre de ces événements survient, car le seul entretien ne suffit plus.

332. Avant la maintenance, il était plutôt question d'entretien ou de dépannage, activités peu ou pas formalisées, et encore avant cela, c'est-à-dire au début du vingtième siècle, de réparation. La notion d'entretien est apparue avec le développement des chemins de fer, de l'automobile, de l'aviation et de l'armement pendant les deux guerres mondiales. En effet, les activités d'entretien et de dépannage n'étaient pas nécessairement assurées par du personnel spécialisé, ni encadrées par des méthodes spécifiques. Elles consistaient essentiellement à réparer un équipement une fois que celui-ci était défaillant, mais n'intégraient que peu la notion de « préventif » impliquant

des interventions visant à anticiper les pannes. La maintenance au sens strict du terme n'existe que depuis la fin des années 1970, ère de l'industrie de production de biens qui coïncide avec le développement des secteurs à risques et des outils modernes. Le simple entretien a laissé la place à la maintenance, en raison de l'évolution des technologies, de l'automatisation, et des contraintes légales et réglementaires, afin de prévenir les risques de défaillances et de prévoir la réparation, les aménagements ou les adaptations efficaces, durables, rapides -ou du moins dans des délais raisonnables- du bien visé. Car, la maintenance supposant des tâches très techniques, il devenait indispensable de légiférer en la matière et de l'encadrer.

333. Contrairement à l'entretien, la disponibilité et la réactivité sont les maître-mots de la maintenance. Bien entendu, les coûts de l'entretien et de la maintenance sont différents, de même que leurs amortissements respectifs. Bien que les deux renvoient à des notions distinctes, leurs réalités sont complémentaires et les deux termes sont souvent employés l'un pour l'autre. En règle générale, la maintenance concerne tout ce qui fait appel aux énergies (électricité, pneumatique, mécanique, hydraulique, automatique, électronique, informatique...), mais pas uniquement, la maintenance ayant gagné du terrain et étant susceptible de concerner tous les secteurs d'activité (services généraux, immobilier, transport, logiciel...), tandis que l'entretien concerne les domaines n'ayant pas trait aux technologies (nettoyage, peinture, plomberie, serrurerie, menuiserie, vitrerie...). *A priori*, les tâches dédiées à la maintenance paraissent plus pointues par rapport à celles liées à l'entretien, mais n'en demeurent pas pour autant inutiles.

334. Depuis plusieurs années, une nouvelle maintenance a vu le jour : celle consacrée au monde numérique, et plus précisément au monde de l'Internet. Car, des problèmes sont vite apparus en même temps que la création du célèbre réseau : il a alors fallu vite réagir, les prendre en compte et les résorber. L'intérêt de l'Internet étant qu'il doit être facilement et rapidement accessible à tous, une maintenance a été mise en place par les responsables des sites, notamment d'e-commerce, afin de ne pas perdre des visiteurs et des clients potentiels, et de conserver leur caractère attractif, la pratique conduisant les internautes à surfer sur un autre site dès que l'ouverture d'une page web dépasse les cinq secondes. Si les URL des pages web ne sont plus actives, l'internaute échouant dans ses requêtes pour accéder au site finira par l'abandonner à son triste sort. De

même, un site que personne ne peut visiter en raison de sa fermeture momentanée pour problèmes techniques a intérêt à ce que sa maintenance soit d'un excellent niveau et que la durée de l'intervention ne soit pas trop longue. La maintenance consistera alors à permettre l'accès au site, en toutes circonstances, afin qu'il demeure « viable » et ne perde pas sa crédibilité. Il est préférable que les contrats de maintenance prévoient une durée d'intervention et une durée de résolution du problème courtes ou du moins raisonnables.

335. Ainsi, dans le domaine de l'Internet, la maintenance consiste pour l'internaute à bénéficier d'un support technique pour les sites web qu'il utilise, notamment le site de sa messagerie, lorsqu'il y rencontre des problèmes de connexion ou de piratage... La présence d'un technicien sur les réseaux représente alors un élément de la maintenance puisqu'il pourra remédier aux problèmes rencontrés. Pour le titulaire d'un site web, sa maintenance consistera à maintenir son système informatique en état de fonctionnement, à corriger ses anomalies, bogues et, par conséquent, ses éléments logiciels. Son architecture est également visée. Il s'agira pour le mainteneur de déceler, avant toute panne ou dysfonctionnement, la faille ou le trouble qui risque d'enrayer le système et d'empêcher la consultation des pages web par les internautes, et dans un second temps, d'y remédier. L'objectif étant de réduire le nombre de problèmes éventuels pouvant affecter le site. En revanche, la maintenance n'englobera pas l'actualisation des données du site, c'est-à-dire à leur mise à jour (Seconde Partie, Titre II, Chapitre I) : seul son aspect technique est visé.

336. Quant aux bases de données en ligne, le terme de maintenance n'est pas le plus adéquat : il s'agit davantage de traitement de données, voire de mise à jour car, la tâche sera de collecter de nouvelles informations, de les insérer dans la base, de les hiérarchiser, de les classer, de les répertorier, de les indexer... Une véritable maintenance ne pouvant intervenir que sur le système informatique ou le serveur qui contient la base. Dans tous les cas, quelle que soit la maintenance envisagée, elle doit être d'un niveau élevé. Il y va de la pérennité des entreprises et des sites qui en sont la vitrine et, par conséquent, de leur succès. Car, un site inactif en raison de l'impossibilité d'y accéder ou en raison de problèmes techniques intrinsèques audit site, est un site mort, inutile, sans avenir sur les réseaux.

337. Malgré les développements précédents, la définition de la maintenance n'en demeure pas moins complexe. En effet, différents organismes ont tenté de la définir au mieux et de façon exhaustive. Mais, cela est loin d'être évident, tant les réalités que la maintenance regroupe sont nombreuses et distinctes. C'est ainsi que selon la définition de l'AFNOR, la maintenance est « *l'ensemble des actions permettant de maintenir ou de rétablir un bien dans un état spécifié ou dans un état où il est en mesure d'assurer un service déterminé* ». Les termes « *maintenir ou rétablir* » étant lourds de sens et de conséquences.

Il s'agit d'une définition volontairement large afin d'inclure un maximum de situations. Ces actions poursuivront comme objectif, soit le maintien en l'état d'un bien -qu'il soit matériel ou logiciel- soit le rétablissement dans son état d'origine, vierge de toute défaillance. Dans le premier cas, cela suppose que le matériel ou le logiciel visé réponde à certaines spécifications, remplisse les qualités demandées, par exemple, dans un cahier des charges. La maintenance aura alors pour but de conserver cet état. Le second cas suppose que « *l'état spécifié* » soit altéré pour une raison ou une autre, que le bien ne soit plus en mesure de fonctionner et que, pour y remédier, une maintenance soit nécessaire avec tout le panel d'actions et de tâches que cela suppose, afin qu'il recouvre son état originare. Car, il a pour vocation à remplir une fonction particulière, en un mot, à « *assurer un service déterminé* » : il doit être opérationnel. S'il n'est plus en mesure de l'être, il perd de son utilité et de son intérêt. La maintenance a alors pour objectif de rétablir l'objet visé dans son état d'origine et plus précisément dans « *un état spécifié ou dans un état où il est en mesure d'assurer un service déterminé* ».

La maintenance telle qu'elle est définie par l'AFNOR suppose différentes méthodes, des améliorations nécessaires, la formation d'un personnel... Le choix desdites méthodes étant décisif : en dépendra la qualité du résultat escompté et, par conséquent, le fonctionnement de l'objet maintenu. Le personnel de production est également associé à la maintenance dès le départ car, intervient dans le processus industriel de fabrication des outils et équipements techniques ; il est donc apte à évaluer la capacité du produit à être dépanné. C'est pourquoi, la maintenance commence en amont, dès la conception et avant la première panne. Un service de maintenance peut également être amené à participer à des études d'amélioration du processus industriel, et doit, comme d'autres services de l'entreprise, prendre en considération de nombreuses contraintes comme la qualité, la sécurité, l'environnement, le coût... En particulier, les dépenses

liées à la maintenance seront maîtrisées par rapport au service rendu et tiendront compte du prix des interventions, des pannes, des arrêts fortuits... Par ailleurs, la maintenance représente un argument de vente, implique une assistance renvoyant directement à l'obligation de conseil du mainteneur qui sera développée plus loin. Un individu va d'autant plus acquiescer un produit qu'une maintenance sera fournie : non seulement, cela le rassure, mais constitue le gage de ne pas se retrouver isolé en cas de problème de fonctionnement. La maintenance débute lors de l'installation du bien visé, s'étend à sa mise en marche, et se poursuit tout au long de son utilisation : elle l'appréhende dans toutes ses fonctionnalités et applications.

La maintenance, qui se veut très complète, inclut trois services : le dépannage, la prévention et la surveillance. C'est pourquoi, des normes ont été élaborées par l'AFNOR impliquant quatre recommandations en matière de maintenance : la fiabilité (AFNOR X-06-501), la disponibilité, la maintenabilité et la sécurité (AFNOR X-06-010). La fiabilité est définie par « *l'aptitude d'un dispositif à accomplir une fonction requise dans des conditions d'utilisation données à un instant donné* » : cela renvoie à la définition même de la maintenance et signifie que l'objet maintenu doit remplir sa vocation initiale et être utilisé conformément à sa destination, chaque fois que son utilisateur en a besoin. En d'autres termes, la maintenance doit être efficace et son résultat doit être fiable.

Quant à la disponibilité, elle représente « *l'aptitude d'un dispositif à accomplir une fonction requise dans des conditions d'utilisation données pendant une période donnée* ». Autrement dit, l'utilisateur du matériel, du système informatique ou du dispositif doit pouvoir les utiliser pendant leur durée de vie prévisible. Quant à ceux qui assurent les services de maintenance, ils doivent être réactifs et diligents, c'est-à-dire assurer la continuité de l'usage de l'objet maintenu et pourvoir à son remplacement en cas de problèmes ou de défectuosité, de manière à ce qu'il soit toujours disponible et fonctionnel.

La maintenabilité consiste, quant à elle, en « *l'aptitude d'un dispositif à être maintenu ou rétabli dans un état dans lequel il puisse accomplir une fonction requise lorsque la maintenance est accomplie dans des conditions d'utilisation données avec des moyens et procédures prescrits* ». Une fois encore, cela renvoie à la définition de la maintenance, avec néanmoins une précision : la maintenance doit suivre des règles, et

notamment des procédures posées dès le début du contrat qui l'instaure. Ces règles sont prédéterminées, de même que les moyens nécessaires pour la réaliser. Le mainteneur doit les suivre à la lettre afin de mener à bien sa mission.

Enfin, la sécurité est « *l'aptitude d'un dispositif à éviter de faire apparaître des événements critiques ou catastrophiques* », ce qui fait référence à l'essence même de la maintenance dont la vocation est d'être efficace et d'offrir toute la sécurité nécessaire à l'utilisateur du bien maintenu. Non seulement, la maintenance ne doit pas aggraver la situation d'un matériel, mais elle doit également garantir à son utilisateur sérénité et protection.

338. Depuis 2001, la définition de la maintenance a été remplacée par une définition européenne (Norme NF EN 13306 X 60-319) qui la décrit comme « *un ensemble de toutes les actions techniques, administratives et de management durant le cycle de vie d'un bien, destinées à le maintenir ou à le rétablir dans un état dans lequel il peut accomplir la fonction requise.* » La Fédération européenne des sociétés nationales de maintenance (FESNM) propose une définition similaire : « *Toutes les actions qui ont pour objectif de garder ou de remettre une chose en état de remplir la fonction qu'on exige d'elle. Ces actions regroupent toutes les actions techniques et toutes les actions d'administration, de direction et de supervision correspondantes* ». Certains utilisent également le mot « *support* » à la place du mot « *maintenance* », à cause de l'influence de l'anglais. Mais, cela est inexact car, la maintenance va plus loin que le simple support, en ce qu'elle l'inclut, même si ledit support a une dimension d'assistance.

339. Enfin, sur le plan juridique, la maintenance ne connaît pas de définition particulière. Les définitions et les règles notamment établies par l'AFNOR, ainsi que celles nées des usages et des pratiques contractuelles, sont celles que le droit reconnaît. Avant d'analyser le contrat de maintenance lui-même, il est donc nécessaire d'appréhender les différents types de maintenance (Section préliminaire) et d'expliquer en quoi ledit contrat privilégie les intérêts d'une partie (Section 1). Cela permettra d'envisager sereinement deux cas de figure : le contrat de maintenance système (Section 2) et celui de maintenance logicielle (Section 3).

Section préliminaire : Les différents types de maintenance

Il existe différents types de maintenance (A) s'agissant des machines, et tout autant en matière de logiciels, déterminés en fonction de leur finalité, de leur résultat et des moyens techniques d'intervention. Par conséquent, l'analyse sera différente selon qu'il s'agira de hardware ou de software (B).

A) Les classifications des types de maintenance

Doivent être envisagées, tour à tour, la maintenance en fonction de sa finalité (1), de son résultat (2) et des moyens techniques d'intervention (3).

1) La maintenance déterminée en fonction de sa finalité

340. Doivent être distinguées ici maintenance préventive et maintenance corrective, sachant que les deux peuvent être prévues au sein du même contrat.¹ La première consiste à empêcher tout incident technique au moyen de la prévention, autrement dit, par un entretien régulier du bien concerné, ainsi qu'en effectuant diverses vérifications, conformément aux instructions du fabricant. En matière de logiciel, une garantie antivirus est incluse, ce qui semble logique puisque l'antivirus est l'outil permettant de se prémunir contre les attaques virales, les chevaux de Troie, les bombes logiques... et incarne par excellence la prévention. Quant à la maintenance corrective, elle intervient une fois que le problème technique est survenu, pour y remédier et en supprimer la ou les causes. Elle doit intervenir rapidement car, l'utilisateur du matériel ou de l'équipement informatique momentanément hors service ne peut rester indéfiniment dans une telle situation. Il y a urgence : le mainteneur et son personnel doivent être capables d'y faire face, dans de brefs délais. D'ailleurs, le contrat de maintenance ne manquera pas de le rappeler.

341. D'une certaine manière, le contrat de maintenance corrective peut être considéré comme un contrat aléatoire² car, en y adhérant, le bénéficiaire de la maintenance spécule sur la nécessité de faire intervenir ou non le mainteneur. S'il ne rencontre pas de problème avec le bien objet du contrat, il n'aura pas besoin de faire jouer la maintenance et de demander l'intervention d'un technicien. Dans le cas contraire, il fera

¹ CA Paris, 14 décembre 1995, *Tom Asi*, Expertises 1996, p. 161.

² *Les contrats de maintenance : aléa et risques d'annulation*, C. Casal, Expertises 2007, p. 179.

souvent appel à lui, ce qui ne réjouira pas forcément celui-ci, en particulier si la maintenance est rémunérée selon un forfait, c'est-à-dire selon un prix global, quelque soit le nombre d'interventions effectuées durant l'exécution du contrat. En général, si la maintenance préventive est effectuée correctement, la maintenance corrective deviendra inutile. Toutefois, rares sont les hypothèses où cette dernière est subsidiaire.

342. La maintenance corrective doit être également distinguée de la maintenance curative. La première vise la simple réparation des défauts et pannes, tandis que la seconde a pour objet de remédier à leurs causes, sachant qu'une telle distinction s'applique difficilement en matière informatique, les causes et les effets des incidents techniques n'étant pas susceptibles d'être traitées séparément. A cela, s'ajoute une maintenance évolutive concernant les modifications à apporter à l'objet du contrat.

2) La maintenance déterminée en fonction de son résultat

343. La maintenance se définit également en fonction de son résultat, c'est-à-dire, en « *unités d'usage* » du bien, en termes de disponibilité, d'état de référence et de durabilité résiduelle ou potentielle d'utilisation en fin de contrat. L'unité d'usage n'est pas une notion facile à définir : il s'agit de quantifier le nombre de fois où le bien à maintenir est utilisé par son détenteur. Quant à la disponibilité, elle consiste à évaluer le temps pendant lequel un matériel ou un système informatique est rendu indisponible, en raison d'une opération de maintenance, ou encore le temps de réponse à une demande d'intervention. Dans tous les cas, la durée d'indisponibilité ne saurait dépasser un certain seuil appelé seuil de tolérance. Il s'agit d'un point de négociation auquel le bénéficiaire de la maintenance devra être vigilant : il veillera à ce que son matériel informatique ne demeure pas indisponible trop longtemps car, ne peut se permettre de ne pas y avoir accès sur une longue durée, pour des raisons professionnelles. C'est pourquoi, il se protégera en demandant l'insertion dans le contrat de maintenance d'une clause prévoyant une courte durée d'indisponibilité (quelques jours, dans la mesure du possible).

Quant à l'état de référence, il se définit par les caractéristiques que le bien à maintenir doit avoir tout au long du contrat. Il ne s'agit pas de l'état d'origine, sinon d'un état proche : est toléré un certain écart par rapport à celui-ci, sachant qu'il ne doit pas être trop élevé. Enfin, la durabilité résiduelle ou potentielle d'utilisation évalue l'état d'un

bien informatique à l'expiration du contrat de maintenance. Bien entendu, seront pris en compte les critères d'obsolescence, de performance, d'actualité et de nouveauté. Car, le domaine informatique évolue vite et le marché regorge d'innovations techniques qui n'attendent pas. Un matériel peut donc devenir rapidement dépassé, ce qui s'ajoute à son usure naturelle. C'est pourquoi, il est important de savoir s'il a encore de la valeur à un instant t ainsi qu'un quelconque avenir, et s'il lui reste quelques performances. Cela permettra à son utilisateur de déterminer s'il est possible pour lui de le céder à un tiers ou s'il est nécessaire de le remplacer par d'autres matériels plus récents et plus sophistiqués.

3) La maintenance déterminée en fonction des moyens techniques d'intervention

344. De plus en plus, les opérations de maintenance sont effectuées à distance et de manière automatisée, l'utilisateur se contentant d'appliquer les instructions du mainteneur. Il s'agit des hypothèses où les incidents sont de faible gravité et où un novice peut s'en sortir en suivant les consignes données. Ici, il sera davantage question d'assistance par téléphone ou par mail permettant de recevoir des conseils à la moindre difficulté.¹ Pour les opérations de maintenance plus complexes, le contrat peut prévoir le déplacement du mainteneur au domicile de son cocontractant, sachant que cela dépendra de la taille du matériel concerné. S'il s'agit de tout un système informatique lourd et complexe, il sera souhaitable de ne pas le déplacer pour éviter de l'endommager davantage. A côté de cela, des procédures automatiques d'alertes permettront au mainteneur d'intervenir lui-même, directement, dès lors qu'il aura détecté la réunion de conditions susceptibles d'entraîner une panne.²

345. Enfin, notons qu'il existe des logiciels de gestion de maintenance assistée par ordinateur (G.M.A.O.), spécialement conçus pour assister les services de maintenance dans leurs activités, y compris en matière de logiciels : il s'agit de véritables outils d'accompagnement, très utiles, mais qui demandent un réel investissement de la part du prestataire mainteneur. Les G.M.A.O. gèrent les opérations de maintenance et leur historique, le budget qui y est consacré, le planning et la préparation des interventions, la gestion du stock des pièces de rechange susceptibles de remplacer les pièces défectueuses, les fiches d'intervention et de suivi des machines, les modes opératoires...

¹ CA Orléans, 23 octobre 1997, JCP E 1998, I, 846, n° 18.

² CA Poitiers, 12 septembre 1995, *GTI c/Bocavet*, Expertises 1996, p. 42.

Ils définissent également l'aide au diagnostic, analysent les causes des pannes et défaillances antérieurement décelées, et déterminent leurs risques de survenance afin de s'en prémunir... En résumé, ils renforcent l'efficacité de la maintenance, ou du moins la rendent efficace si elle ne l'est pas.

A côté du G.M.A.O., un logiciel dit de système expert pourra intervenir. Son rôle est d'aider un technicien durant une intervention de maintenance. Il offre un diagnostic rapide, une réparation aisée, et se fonde sur une base de données répertoriant les causes, les effets et les moyens de réparation. Mais, cette base ne recense pas toutes les défaillances existantes et nécessitera d'être continuellement enrichie, ce qui s'avèrera très lourd au final.

B) La maintenance selon la nature du bien concerné

Il faut distinguer la maintenance pour le hardware (1) et celle pour les logiciels (2).

1) La maintenance pour le hardware

346. Sont visées ici la maintenance corrective et la maintenance préventive. La première consiste à intervenir sur un équipement une fois que celui-ci est défaillant : sont corrigées les dégradations afin de maintenir ou de rétablir sa conformité aux spécifications. Ainsi, lorsqu'est détectée une panne, il sera remis dans un état lui permettant de remplir les fonctions pour lesquelles il a été conçu. La maintenance corrective est surtout utilisée lorsque l'indisponibilité du matériel n'a pas de conséquences majeures sur le processus de production ou quand les contraintes de sécurité sont faibles. Car, elle va nécessiter l'immobilisation temporaire du matériel ; l'intérêt est qu'elle ne ralentit, ni ne « bloque » ce processus et que les conséquences sur la sécurité sont faibles. Ce type de maintenance comprend la maintenance palliative et la maintenance curative. La première dépanne un équipement qui le nécessite, afin que tout ou partie de ses fonctions soit opérationnelle. Elle est provisoire et est nécessairement suivie d'une action curative dans les plus brefs délais. Quant à la maintenance curative, elle a pour objet de réparer l'équipement, autrement dit, à le remettre dans son état d'origine. Elle corrige ses défauts afin qu'il fonctionne correctement et n'est pas provisoire. Contrairement à la maintenance palliative, elle instaure une certaine durabilité au niveau de la réparation. En général, la maintenance curative intervient après la survenance d'incidents, c'est-à-dire dans l'urgence. Le

respect de délais d'intervention doit être strictement observé par le mainteneur, des astreintes sont mises en place, ainsi qu'une hot-line et autres services de télémaintenance.

347. Quant à la maintenance préventive, elle intervient sur un équipement avant que celui-ci ne soit défaillant, afin de tenter de prévenir la panne, les dégradations... L'AFNOR (Norme X-60-010) la définit comme « *la maintenance effectuée dans l'intention de réduire la probabilité de défaillance d'un bien ou la dégradation d'un service rendu* ». Son objet est de maintenir ou de rétablir la conformité du bien ou du service par rapport à ce qu'il doit être, c'est-à-dire par rapport à ses fonctionnalités. Elle prévoit la réalisation d'aménagements en vue d'améliorer le service rendu et/ou les caractéristiques internes du bien visé : ainsi, les performances et la maintenabilité sont ses objectifs. La maintenance préventive est utilisée parce que les conséquences d'une défaillance sont inacceptables et que la sécurité doit être toujours élevée. En ayant recours à la maintenance préventive, la sécurité est améliorée. Elle présente comme intérêts d'être de faible coût par rapport à la maintenance corrective, de diminuer le nombre de travaux urgents, de faciliter la gestion de la maintenance, de favoriser la planification des travaux, d'éviter les périodes de dysfonctionnement avant une panne, ainsi que les dégâts éventuels provoqués par des problèmes techniques récurrents... Elle implique que des mesures concrètes de mise en œuvre soient programmées, soit parce que l'évolution de l'état du bien en fonctionnement est prévisible avant même sa mise en route, soit parce que ces mesures résultent de constatations qui incitent les personnes concernées à faire des réparations avant qu'un risque ne se réalise. Notons que la maintenance corrective peut venir en complément de la maintenance préventive pour lutter contre les défaillances résiduelles, et qu'elle peut évoluer vers une maintenance améliorée.

348. La maintenance préventive se subdivise en trois catégories : la maintenance systématique, la maintenance conditionnelle et la maintenance prévisionnelle. La première est définie par l'AFNOR (Norme X-60-010) comme une « *maintenance préventive effectuée selon un échancier établi, suivant le temps ou le nombre d'unités d'usage* ». Elle désigne des opérations effectuées systématiquement selon un calendrier prédéterminé qui ne pourra être modifié et tenant compte d'une périodicité d'usage, c'est-à-dire que seront précisés les heures de fonctionnement, le nombre d'unités

produites et de mouvements effectués... Des inspections régulières auront lieu ainsi que des interventions planifiées, à la suite desquelles des rapports seront rédigés, à respecter impérativement. Un historique sera réalisé, des mesures de sécurité seront prises et, si nécessaire, les fréquences d'intervention seront réajustées. Cette maintenance concerne plutôt des équipements dont la défaillance met en cause la sécurité des biens et des personnes, ou des équipements à coût de défaillance élevés, ou dont l'arrêt et/ou le redémarrage est long, ou encore soumis à des obligations réglementaires. Elle est facile à gérer car, les périodes d'intervention sont fixes. Elle présente pour avantages d'éviter les détériorations importantes et de diminuer les risques d'avaries imprévus. Mais, son inconvénient est de ne pas prendre en compte les phénomènes d'usure.

349. Quant à la maintenance conditionnelle, elle est réalisée à la suite de relevés, de mesures, de contrôles révélateurs de l'état de dégradation de l'équipement. L'AFNOR (Norme X-60-010) la définit comme la « *maintenance préventive subordonnée à un type d'événement révélateur de l'état du bien* ». Ses objectifs sont d'éviter les démontages inutiles liés au système, susceptibles d'entraîner des défaillances ainsi que les interventions d'urgence, et d'accroître la sécurité des biens et des personnes, en suivant l'évolution dans le temps des débuts d'anomalies. Le but étant d'intervenir dans les meilleures conditions. Des alertes seront déterminées en fonction de paramètres tels que celui du contrôle du produit fabriqué faisant l'objet d'une maintenance, du contrôle de normes (vibrations, épaisseurs, températures...), des consommations... La maintenance conditionnelle offre également des atouts : sécurisante, elle détecte l'arrivée des défauts, améliore la disponibilité par la planification des opérations, et favorise les compétences humaines en faisant appel à des techniciens. Mais, elle comporte également quelques inconvénients : pour être efficace, elle doit être envisagée dès la phase de conception de l'équipement visé, son coût est élevé, et elle sera nécessairement limitée en raison de l'existence des symptômes observés...

Enfin, la maintenance prévisionnelle intervient à la suite d'une analyse de l'évolution de l'état de dégradation des équipements.

2) La maintenance logicielle

350. La maintenance logicielle est de trois types : la maintenance corrective, la maintenance adaptative et la maintenance évolutive. La première corrige les défauts de

fonctionnement ou les non-conformités d'un logiciel, tandis que la seconde a pour finalité d'adapter l'application de ce dernier, afin qu'il continue de fonctionner sur des versions plus récentes, voire de faire migrer l'application sur de nouveaux logiciels de base.¹ Son objectif n'est pas de modifier les fonctionnalités. Les aménagements effectués par la maintenance adaptative ont pour intérêt de prendre en compte les modifications sans impact sur le contenu fonctionnel telles que les contraintes techniques, l'ergonomie... Enfin, la maintenance évolutive consiste à modifier progressivement l'application logicielle en l'enrichissant de fonctions ou de modules supplémentaires, ou en remplaçant une fonction existante par une autre, voire en proposant une approche différente. Mais, pour l'AFNOR, il ne s'agit plus de maintenance, puisque celle-ci consiste précisément à assurer qu'un bien -matériel ou logiciel- continue de remplir sa fonction correctement, et non à l'améliorer pour donner lieu à un nouveau produit.

351. Lorsque l'on acquiert un logiciel dans le commerce, est concédée par la même occasion une licence d'utilisation donnant droit à son titulaire à une maintenance comprenant les corrections, les améliorations et les mises à jour. Seules sont comprises les améliorations nécessaires au fonctionnement du logiciel et dépassant le cadre des simples mises à jour. En effet, inclure des améliorations plus conséquentes reviendrait à acquérir la dernière version éditée du logiciel visé, voire un logiciel distinct, équivalent et commercialisé par un autre éditeur. Cela aurait des conséquences sur le marché du logiciel. Dès lors, la maintenance logicielle exclut les améliorations de performances.

Section 1 : Le contrat de maintenance, contrat privilégiant les intérêts d'une partie

En premier lieu, les principaux aspects du contrat de maintenance seront envisagés (A), mettant en évidence la situation de dépendance du maintenu par rapport au mainteneur (B). Ici, il sera uniquement question de contrat concernant le secteur informatique et celui des technologies issues du numérique en général.

A) Principaux aspects du contrat de maintenance

La nature du contrat de maintenance (1), ses principales caractéristiques (2), son objet et sa forme (3) seront envisagées successivement.

¹ Un logiciel de base est un logiciel requis pour l'exécution d'une application. C'est le cas notamment des systèmes d'exploitation, des systèmes de gestion de base de données...

1) Nature du contrat de maintenance

352. Le contrat de maintenance est un contrat par lequel une entreprise s'engage envers une personne physique ou morale à accomplir une mission qui consistera à vérifier, à entretenir ou à réparer un appareil technique, une installation complexe tel qu'un ensemble ou un système informatique, un logiciel, un site web... Plus précisément, il s'agira de remédier à leurs dysfonctionnements, anomalies et pannes. En matière informatique, la maintenance va donc concerner tout type d'objet installé.

Sur le plan juridique, le contrat de maintenance entre dans la catégorie des contrats d'entreprise¹ et plus précisément, des contrats d'assistance technique, dont les règles applicables sont celles des articles 1787 à 1799-1 du Code civil relatifs au contrat de louage d'ouvrage et d'industrie. En effet, il répond à la définition donnée par l'article 1710 du Code civil : « *Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». Certains le qualifient aussi de contrat de support. Par conséquent, le mainteneur est soumis à trois principales obligations : réaliser les prestations de maintenance convenues, livrer et implanter les matériels réparés et les logiciels corrigés, par exemple, dans le système informatique concerné, et enfin, maintenir les fonctionnalités desdits systèmes, matériels et logiciels.

Le contrat d'entreprise recouvre des réalités diverses, puisque sont concernés les services de l'architecte, du garagiste, du maçon, de l'éditeur, du médecin... et de manière générale, de tous ceux qui proposent des services, qu'ils soient intellectuels ou manuels. Ainsi, dans le cadre d'un contrat d'entreprise, un entrepreneur s'engage, moyennant rémunération, à exécuter pour une personne, le client ou maître de l'ouvrage, un travail de façon indépendante et sans pouvoir de représentation. Une telle définition, très large, permet d'engranger les contrats les plus divers visant tant des obligations de faire que de ne pas faire.

353. Si la maintenance consiste à réparer, contrôler, vérifier, entretenir, prévenir, réviser, voire remplacer, elle ne consiste pas à fabriquer une chose, comme le ferait le maçon... sinon à faire en sorte que cette chose demeure ou soit « maintenue » dans son

¹ CA Bordeaux, 19 novembre 1987, *Société industrielle automobile du Sud-Ouest c/Société Northern Telecom Data System*, Juris-Data n° 047874.

état d'origine ou dans un état quasi d'origine, et qu'elle continue de remplir les fonctionnalités pour lesquelles elle a été créée, contrairement à ce qui est prévu dans le contrat de louage d'ouvrage. Certes, la maintenance suppose une obligation de faire -et aussi une ou plusieurs obligations de ne pas faire, concrétisées par les cas d'exclusion de la maintenance- mais n'implique aucunement de concevoir une chose. De plus, elle est moins « fourre-tout » que le contrat d'entreprise, et si dans le cadre de la maintenance, les prestations fournies sont à la fois manuelles et intellectuelles, dans le cadre du contrat d'entreprise, elles sont manuelles ou intellectuelles. Mais, la maintenance est considérée comme une prestation intellectuelle, même si elle implique de nombreuses opérations et manipulations techniques.

En effet, la maintenance informatique recouvre à la fois un service à effectuer tel que le contrôle ou le dépannage, et une prestation intellectuelle lorsque le mainteneur recherchera la cause des pannes, des blocages ou des failles... ainsi qu'éventuellement, une solution de remplacement dite suppléance (supra n° 420 s.). C'est pourquoi, dire que le contrat de maintenance entre dans la catégorie des contrats d'entreprise n'est pas tout à fait exact.

Le contrat de maintenance a pour objet l'exécution de prestations d'assistance, de correction (pour les dépannages et les réparations), de prévention (vérifications, notamment pour éviter les blocages), voire d'évolution (s'agissant des logiciels pour assurer leur pérennité). Les opérations à effectuer sont donc très diverses, ce qui complexifie davantage la définition de la maintenance.

Parfois, la maintenance va plus loin que la réalisation d'une prestation de services lorsqu'elle se couple avec le prêt ou la location du matériel maintenu, impliquant des effets juridiques propres en raison de l'application de règles de droit spécifiques à ces différents montages. Des échanges peuvent également être réalisés, notamment de pièces en remplacement de celles défectueuses.

Mais, le contrat de maintenance sera analysé comme un contrat de prestation de services puisqu'un prestataire, le mainteneur, s'engage envers une autre, le bénéficiaire de la maintenance, moyennant le paiement d'un prix ou d'une redevance, à fournir certaines prestations.

2) Principales caractéristiques du contrat de maintenance

354. Il s'agit d'un contrat d'adhésion, contrat-type, puisque la plupart du temps, sa conclusion s'inscrit dans un réseau d'obligations antérieures qui restreignent plus ou moins largement le choix de l'entreprise de maintenance ainsi que les moyens de négociation. C'est pourquoi, il faut être vigilant quant à sa rédaction : toutes ses problématiques doivent être envisagées. De même, un contrat de maintenance accessoire à un contrat principal doit considérer tous les aspects de la maintenance, même s'il n'est pas prévu de contracter immédiatement à ce titre. En outre, le contrat de maintenance a pour caractéristique de prévoir la plupart du temps un abonnement avec un paiement par prélèvement d'une redevance fixée, à échéance périodique. La nature du contrat en demeure inchangée, puisque l'abonnement constitue « *une simple modalité d'exécution des contrats impliquant une exécution plus ou moins prolongée* ». Certains admettent que le contrat est à exécution successive ou plutôt à exécution échelonnée.¹

355. De plus, les opérations de maintenance prévues varient sur le plan technique, s'agissant des interventions elles-mêmes, de leurs formes et de leur initiative. Ainsi, la maintenance ne présentera pas le même intérêt selon qu'elle aura pour objet un système informatique, un site web, des logiciels, des progiciels, l'interfaçage ou l'interopérabilité avec d'autres systèmes... Le rôle du contrat sera justement de déterminer les conditions des interventions, leur nature, leur fréquence, leur lieu d'exécution car, en matière informatique, il est fréquent que la maintenance soit effectuée à distance... D'où, l'importance de la rédaction du contrat, ou du moins, de la clause de maintenance, si celle-ci n'est prévue qu'au sein d'un contrat dit « principal » tel qu'un contrat d'achat d'un matériel informatique.

De même, les obligations des parties n'auront pas la même portée selon la nature de la tâche à effectuer pour le mainteneur : s'il s'agit d'un simple entretien ou d'une réparation, d'une vérification, d'un réglage, ou encore d'une adaptation complète du système informatique, la situation ne sera pas identique, y compris sur le plan des garanties. C'est l'analyse de la « *maintenance en couches* » par la jurisprudence.² D'où,

¹ *Les contrats à exécution échelonnée*, L. Cros, D. 1989, chron. n° 49.

² CA Paris, 25^{ème} ch., B, 13 mars 1992, *Concurrent computer corporation c/G. Paoli*, Gaz. Pal., 20-21 janvier 1993, Gazette du Droit des techniques avancées, p. 20, note Véret.

l'intérêt et la nécessité de spécifier précisément au contrat la nature et le descriptif des opérations à réaliser, ainsi que les moyens techniques, matériels et humains à mettre en œuvre pour y parvenir.

356. Mais, l'aspect le plus important du contrat de maintenance demeure sans conteste le savoir-faire du mainteneur et donc, de son personnel. C'est en effet sur cette base et sur sa notoriété que les clients vont affluer et que les contrats vont être signés. Dans le secteur de l'informatique où la maintenance est capitale, ces qualités seront recherchées. Car, les défaillances, les pannes et autres bogues sont susceptibles de paralyser tout un réseau avec les conséquences néfastes que cela implique, notamment pour une entreprise. C'est sans compter les attaques virales, chevaux de Troie et autres atteintes à l'intégrité d'un système qui le rendent inutilisable, ainsi que les erreurs d'écriture des logiciels qui doivent être rapidement corrigées afin de permettre leur usage normal. La maintenance sera également importante pour les sites web et les bases de données car, si un utilisateur ne peut y accéder, cela risque d'engendrer des situations catastrophiques pour les entreprises visées. Les pertes financières peuvent vite devenir des gouffres financiers. Aussi, il est nécessaire de bénéficier d'une maintenance de haut niveau, ou du moins, d'un niveau suffisant de performance, afin de remédier dans les meilleurs délais à tous ces problèmes techniques. Ce niveau doit être conservé ; s'il diminue, quelle qu'en soit la raison, il faudra réagir vite afin de ne pas laisser s'enliser une situation précaire. Car, le bon fonctionnement de tout type d'objet informatique est vital et doit être continu. En effet, il est difficile d'imaginer un système informatique qui fonctionnerait par intermittence, c'est-à-dire à certains moments de la journée ou de la semaine, et qui, le reste du temps, serait indisponible car, hors-service. Cela n'est pas envisageable, encore moins faisable dans la pratique. Un système, un réseau informatique, un serveur ou un site web doit être accessible vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept. Ce qui importe est la possibilité d'un usage continu, quelles que soient les circonstances. Cela donne alors une valeur d'autant plus grande au bien visé, et c'est sur cette valeur que les entreprises vont miser et investir. Il appartient à la maintenance de remplir son rôle et d'être efficace. L'importance de la maintenance est telle que certains auteurs la considèrent d'ailleurs comme un « véritable outil industriel ».¹

¹ *Contrats informatiques et électroniques*, Ph Le Tourneau, Dalloz, 6^{ème} édition, 2010/2011, n° 7.3, p. 279.

3) Objet et formes de la maintenance

L'objet de la maintenance sera étudié (a), ainsi que les formes qu'elle peut prendre (b).

a) L'objet de la maintenance

357. Comme tout contrat, le contrat de maintenance doit avoir un objet déterminé.¹ A défaut, il est nul de nullité absolue. Aucune règle de forme n'est imposée *ad validitatem* car, il s'agit d'un contrat purement consensuel. Toutefois, la maintenance doit être stipulée quelque part, soit dans le contrat principal, au sein d'une clause qui y est souvent « noyée », soit dans un contrat autonome, c'est-à-dire celui qui est exclusivement consacré à la maintenance, soit dans un contrat de maintenance liée, accessoire au contrat principal et dépendant de celui-ci, voire dans un document annexé audit contrat principal, tel qu'un livret.²

Lorsque la maintenance est indispensable, par exemple pour les matériels informatiques aux technologies de pointe, le vendeur ou le prestataire se doit de conseiller le client et de lui recommander une maintenance, s'il n'en a pas prévu. A défaut, leur contrat peut être résilié.³ Ce qui importe c'est que la maintenance soit expressément prévue dans un document contractuel car, elle doit être décrite et envisagée dans tous ses aspects. Par dessus-tout, elle doit révéler le consentement de la partie faible, c'est-à-dire du bénéficiaire de la maintenance. A titre d'exemple, la simple mention d'une clause figurant au verso de la facture d'un bien vendu demeure insuffisante car, n'y figure pas le consentement de la personne concernée. Cette règle n'a rien de surprenant si l'on considère que, la plupart du temps, des personnes se retrouvent « coincées » dans un contrat de maintenance auquel elles n'ont pas adhéré. La jurisprudence est claire : toute personne est libre de conclure ou non un contrat de maintenance, ce qui implique que le prestataire ayant fourni un bien, système ou autre, ne peut légitimement refuser de le faire fonctionner ou de le mettre en route si aucun contrat de maintenance n'a été conclu. C'est le principe de liberté contractuelle qui prime, s'imposant au prestataire. De plus, si un contrat de maintenance est conclu sans que le consentement de son

¹ CA Pau, 18 mars 1999, *Secura c/Flore Deco*, JAMP 1999/2, p. 287.

² CA Paris, 28 mai 1991, *Expertises* 1992, p. 33 : il s'agissait ici d'un livret annexé au contrat principal, faisant office de contrat de maintenance.

³ Cass. com., 9 décembre 2006, n° 05-13.283, *Société SDAA c/Société GMK*, précité.

bénéficiaire n'ait été exprimé, il sera résolu de plein droit aux torts exclusifs du prestataire.¹

358. *Ad probationem*, c'est-à-dire à titre de preuve, il n'est pas difficile d'établir l'existence d'un contrat de maintenance, celui-ci étant rédigé en double exemplaire. C'est l'application du droit commun et notamment de l'article 1315 du Code civil. La preuve par l'écrit reste la plus fiable et la plus sûre.

Lorsque la maintenance ne portera que sur de simples travaux d'entretien, l'accord entre les parties pourra être tacite : le fait que le prestataire ait assuré régulièrement, sur une certaine période, de tels travaux, vaudra consentement de sa part et adhésion à une telle prestation de maintenance². De la même façon, des opérations de maintenance jugées trop ponctuelles ne nécessiteront pas l'expression d'un consentement. Ainsi, la responsabilité du mainteneur pourra être engagée pour les conséquences d'opérations ou de défaut d'opérations effectuées, et la résiliation du contrat pourra être légitimement demandée par la partie s'estimant lésée.

Dans le cas de la maintenance liée, l'ensemble contractuel formé avec le contrat principal est un ensemble indivisible. A titre d'exemple, dans le cas d'un contrat de maintenance lié à un contrat de vente d'un matériel informatique³ ou à la location-vente, ou à la simple location de ce matériel⁴, l'acquéreur n'a pas d'autre choix que de bénéficier d'une maintenance de la part du prestataire choisi par le vendeur ou le loueur. La maintenance ne peut alors se concevoir sans un contrat qui le précède. C'est l'application de l'adage suivant lequel « *l'accessoire suit le principal* ». D'une certaine façon, le contrat de maintenance vient « à la suite » ou en complément du contrat principal. Il est « affecté » aux contrats principaux, pour faire une analogie avec les contrats dits de crédit affectés (articles L. 311-20 et suivants du Code de la

¹ CA Nîmes, 21 juin 1996, *Gaz. Pal.* 1998, 1, somm., p. 50, note S. Martin.

² CA Paris, 18 juin 1997, *Londez Conseil c/Thomainfor*, Expertises, n° 209, p. 356.

³ CA Paris, 8 mars 2002, *Société ICL*, RJDA 2002, n° 621. Cass. com., 5 juin 2007, n° 04-20.380, *Société Force micro intégration c/Société Exprim*, Bull. civ. IV, n° 156 ; D. 2007, AJ 1723, obs. X. Delpech ; JCP G 2007, II, 10184, obs. Y.-M. Serinet ; RJDA 2008, n° 217. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, n° 06-19.339, Bull. civ. I, n° 72 ; JCP E 2008, pan. N° 1594 ; RDC 2008, p. 841, obs. J.-B. Seube ; RJDA 2009, n° 402. Cass. com., 9 décembre 2006, n° 05-13.283, *Société SDAA c/Société GMK*, NP ; RJDA 2007, n° 245.

⁴D'autres contrats illustrent cette situation : les contrats de location de matériels téléphoniques, les licences de logiciels, les contrats d'installation de systèmes informatiques, de mise en place de réseaux, et de manière générale, tout contrat concernant les logiciels, l'informatique, les réseaux et autres matériels informatiques.

consommation). Sa réalisation et son suivi sont ici prévus dans un contrat distinct du contrat concernant la prestation de base car, la maintenance est importante dans son objet. On parle de contrat accessoire¹ déterminant le consentement de la partie faible, en l'occurrence le bénéficiaire de la maintenance. L'absence de réalisation effective de la maintenance peut entraîner la caducité ou la résolution du contrat, pour défaut de cause ou d'objet, ou s'il apparaît impossible d'obtenir une quelconque maintenance. De plus, le contrat de maintenance dépendant du contrat principal, lorsque ce dernier est résolu, résilié ou nul, le premier suit le même sort.²

359. De même, si le prestataire du contrat principal change pour une quelconque raison (par exemple, rachat de sa société), le contrat de maintenance lui sera transféré, après simple signification au débiteur cédé³, c'est-à-dire au maintenu. La seule possibilité de sortir de telles contraintes et de ne pas se voir imposer un cocontractant indésirable est de faire jouer la clause -si elle existe- selon laquelle le choix des parties s'effectue en considération de la personne, c'est-à-dire *intuitus personae*. Une autre possibilité consiste à soumettre la transmission du contrat à l'agrément de son cocontractant. Mais, ce dispositif n'est pas évident à faire accepter.

La jurisprudence va même jusqu'à reconnaître le droit de maintenance au profit du sous-acquéreur d'un matériel informatique ou d'un système d'exploitation, lorsque le mainteneur est en position de monopole⁴, faisant ainsi du contrat de maintenance accessoire un élément essentiel du contrat principal, et ce, malgré la présence de toutes clauses contraires. Car, afin de protéger le sous-acquéreur, le contrat de maintenance lui est transmis et continue de s'appliquer.⁵ En effet, la plupart du temps, lorsqu'une personne acquiert un bien informatique, elle souhaite bénéficier d'une maintenance constituant une condition à l'adhésion au contrat principal et un élément essentiel, à défaut duquel il ne sera pas conclu.

¹ *Droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Lucas, J. Devèze et J. Frayssinet, 2^{ème} édition, PUF, 2001, coll. Thémis droit privé., n° 799.

² Cass. com., 7 janvier 1992, *Grands Garages de l'Hérault c/Northern Telecom Data Systems*, Expertises n° 147, p. 75. CA Rennes, 6 mai 2005, CCE 2006, étude n° 4, n° 37, obs. H. Bitan : si le contrat principal prévoit l'indépendance des deux contrats, le contrat de maintenance est maintenu malgré la résiliation du contrat principal car, le mainteneur détient un monopole en matière de maintenance : il est le seul à pouvoir la réaliser.

³ CA Paris, 24 novembre 1995, *Wagner c/IBC France*, JCP éd. E 1997, I, 657 ; Gaz. Pal. 1997, 2, somm. p. 325.

⁴ CA Paris, 24 novembre 1995, *Wagner c/IBC France*, précité.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1998, n° 96-13.341, *IBC France c/Jean-Jacques V.*, NP ; Expertises, 1998, p. 271 ; Gaz. Pal. 1999, 1, somm. p. 300.

360. Dans une autre hypothèse, s'il s'avère qu'aucune maintenance n'est prévue, l'acquéreur demandera la résiliation du contrat car, ce pour quoi il s'engage n'est pas vérifié -l'objet- et les raisons ou la cause qui motivent son engagement ne peuvent être respectées. Or, en matière contractuelle, le défaut d'un élément essentiel du contrat entraîne son annulation, dans un souci de protection de la partie faible. Si le contrat principal est résolu, il en est de même du contrat de maintenance. La finalité du droit est en effet de réduire à néant les contrats qui ne respecteraient pas les règles établies.

361. Quant au contrat de maintenance autonome, indépendant du contrat principal, il en est juridiquement distinct : non seulement, il n'y est pas subordonné, mais est indépendant de tout autre contrat.¹ Par conséquent, les événements affectant l'un n'ont pas d'effets juridiques sur l'autre, et le mainteneur ne faisant pas partie du personnel du prestataire du contrat principal, n'a aucune relation juridique avec lui. Dès lors, la résiliation du contrat principal ne saurait entraîner celle du contrat de maintenance². De même, les vices de consentement entachant le premier ne peuvent affecter le second, à l'inverse de ce qui se produit en matière de maintenance liée (soit le prestataire et le mainteneur sont la même personne, soit le mainteneur est choisi exclusivement par ledit prestataire, et donc, imposé au client).

Il existe cependant des exceptions à cet état de fait. La résiliation d'un contrat de fourniture ou de location d'un logiciel entraîne celle du contrat de maintenance dudit logiciel, dès lors que celui-ci n'a jamais été livré, a été perdu ou a péri, par exemple, par une attaque virale. Car, la chose objet du contrat de location ayant disparu, sans qu'une faute du locataire puisse être retenue, le contrat devient dépourvu d'objet, de même que le contrat de maintenance. Or, le défaut d'objet est une cause de résiliation des contrats, suivie naturellement de l'extinction des obligations des parties. En effet, le débiteur ne va pas continuer à payer des redevances pour une prestation qui ne peut plus être matériellement exécutée. Ceci n'est que l'application des articles 1234³ et 1302 al. 1^{er}⁴ du Code civil.

¹ CA Versailles, 4 avril 2002, *Matra*, Expertises 2003, p. 109.

² CA Paris, 20 novembre 1992, *Gaz. Pal.* 1993, 2, p. 329, obs. D. Véret.

³ « *Les obligations s'éteignent par la perte de la chose.* »

⁴ « *Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, ou se perd (...), l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur (...).* »

362. Deux types de maintenance autonome sont relevés : la maintenance directe et la maintenance tierce. Si le mainteneur est fabricant ou membre du réseau de distribution du fabricant du matériel informatique à maintenir (distributeur agréé, franchisé, concessionnaire, agent commercial...), on parlera de maintenance directe. En revanche, si la maintenance est assurée par une personne indépendante, autonome de tels fabricants ou de leurs réseaux de distribution et étranger à la marque visée, tels que les SSII (Sociétés de Services en Ingénierie Informatique), on parlera de maintenance tierce.

b) Les formes de la maintenance

363. Les formes de la maintenance sont très diverses et se réfèrent au site, c'est-à-dire au lieu du déroulement de la maintenance. Ainsi, elle peut s'effectuer chez le mainteneur qui réalisera les opérations en tenant compte de son emploi du temps, de sa charge générale de travail, au « détriment » du client dont le planning n'est pas considéré et ne représente pas une priorité. Elle peut également se dérouler chez le client avec ou sans déplacement du mainteneur : dans le premier cas, le contrat détermine la célérité des interventions qui sera fonction de la localisation du client. Plus le client sera situé dans un périmètre éloigné du domicile du mainteneur, moins vite celui-ci ou son personnel interviendra. Dans le second cas, on parle de télémaintenance qui peut prendre différentes formes : télémaintenance par assistance téléphonique, télémaintenance automatique périodique, et enfin, télémaintenance par rechargement régulier de mises à jour sur un réseau tel que celui de l'Internet.

364. La télémaintenance par assistance téléphonique du client a pour objectif de réduire les déplacements du mainteneur : elle s'applique surtout pour les logiciels. C'est un centre de support ou hot-line qui assure ce service, à la demande des fabricants de logiciels. L'intérêt est d'aider leurs clients à mettre en œuvre les logiciels qu'ils ont achetés et à les utiliser correctement. Bien entendu, il ne s'agit pas de donner un cours sur leur utilisation, sinon de pallier aux carences ponctuelles des usagers quant au logiciel qu'ils ont acquis dans le commerce. La difficulté avec ce type de maintenance est que le client est « isolé », dans le sens où il va prendre une part active dans l'intervention de la hot-line. En effet, c'est lui, qui à partir d'une brève analyse des problèmes rencontrés sur son logiciel, va poser des questions à son interlocuteur du service de maintenance ; c'est encore lui qui va effectuer les différentes tâches lançant

l'exécution du logiciel et vérifier si tout fonctionne correctement, avec l'aide du technicien. De la pertinence de ses questions vont dépendre les réponses de la hot-line et la résolution rapide de ses problèmes. Etant le seul à être en mesure de fournir les informations au prestataire, sa responsabilité est engagée.

Quant à la télémaintenance automatique périodique par programme de diagnostic ou accès à un système de tests, elle suppose une organisation de réseau. Le mainteneur accède par la voie de télécommunication au système de son client et apporte en ligne les modifications souhaitées au système. Il « prend la main » sur le système et intervient directement. L'avantage de ce type de maintenance est qu'il n'y a pas de risque pour le client à recommencer, plusieurs fois la procédure en cas d'échec : mais, même s'il est guidé par le mainteneur au cours de ses manipulations informatiques, rien ne vaut l'intervention directe et personnelle du technicien. De plus, une telle maintenance n'est pas ponctuelle : sa régularité est stratégique et implique un suivi continu. A ce titre, le contrat définira la périodicité, les plages d'intervention et les opérations de sauvegarde préalables.

Enfin, la télémaintenance peut s'effectuer par rechargement régulier de mises à jour dites « *updates* » sur l'Internet ou de mises à jour faites à partir des bases de données du mainteneur, ces bases recensant toutes sortes d'informations primordiales en matière de maintenance telles que les principales anomalies rencontrées, les moyens d'y mettre fin, grâce notamment à l'installation d'utilitaires, de « *patches* »... Cette forme de maintenance relève de la seule responsabilité du client et de sa seule initiative : elle n'est pas recommandée pour un public non averti en matière informatique car, s'effectue à ses risques et périls. Pour l'appréhender, il faudra, dans un premier temps, s'entourer de personnes compétentes, susceptibles de donner les conseils les plus appropriés.

365. De manière générale, quelle que soit la forme de la maintenance choisie, le mainteneur interviendra soit de façon ponctuelle, à la demande du client, notamment pour des réparations, des opérations d'assistance technique, des demandes de vérification, de dépannage... ; soit de façon régulière au titre de la prévention, par exemple, pour effectuer des actes de révision, de contrôle ou d'entretien. Dans ce

dernier cas, les modalités des actes effectués sont laissées à la discrétion du professionnel et mentionnées au contrat.

B) Panorama concernant la situation de dépendance du maintenu par rapport au mainteneur

366. Il faut partir du principe que le contrat de maintenance instaure des relations déséquilibrées dès le départ, ainsi qu'une situation précaire du maintenu. La précarité se manifeste alors au niveau des obligations contractuelles car, quel que soit l'objet du contrat de maintenance, des dispositions limiteront la prestation dans son ensemble. Non seulement, les obligations seront rarement équivalentes dans le sens où les parties ne seront pas tenues à des obligations de même nature, de même portée et de même importance ; mais, le contrat ne prévoira jamais de prestation de maintenance permanente, c'est-à-dire de maintenance assurée, quelles que soient les circonstances et quel que soit le problème rencontré par son bénéficiaire. Il existera toujours des cas d'exclusion d'intervention du mainteneur, au grand dam du maintenu. De plus, le mainteneur veillera à insérer une clause limitative de sa responsabilité.

367. Ainsi, dans le cadre de la maintenance préventive, dont le but est d'empêcher tout incident grâce à un entretien régulier et une vérification de certains mécanismes et procédures, l'obligation de respecter les indications impératives de bon usage émanent du fabricant et du mainteneur. La partie faible, le client, ne pourra bénéficier d'une protection totale, c'est-à-dire d'une maintenance absolue de son matériel, si cela n'est pas prévu au contrat. D'ailleurs, les clauses relatives aux mises en garde et au bon usage des biens acquis sont justement le moyen légal de protéger la partie forte, le mainteneur, et de l'exonérer de sa responsabilité. Au surplus, les prestations fournies sont souvent limitées, puisque de nombreux cas de réparation seront exclus.

De même, les fréquences et durées des interventions seront précisées au contrat de manière telle qu'elles réduiront au maximum les opérations de maintenance. Le but étant pour le mainteneur d'économiser du temps, du personnel et de l'argent, tandis que le client ne pourra prétendre à la maintenance que dans des cas limitativement énumérés. Dès lors, le prix fixé au contrat le sera davantage en fonction des intérêts du mainteneur. Si le client souhaite que le prix soit le plus faible possible, le mainteneur limitera l'objet de sa prestation et sa qualité ne sera pas optimale. Le client n'aura alors

pas d'autre alternative que d'accepter les conditions financières de son cocontractant, même si elles ne sont pas avantageuses.

368. Dès le départ, l'égalité des armes est donc loin d'être observée, en particulier pour un client personne physique, qui reste très « isolé ». En effet, lorsqu'il va acquérir un bien informatique, il va être confronté à un contrat de maintenance ou même à une clause de maintenance trop technique pour un public non averti. Certes, le mainteneur sera tenu d'une obligation de conseil et d'information comme l'exige la loi. Mais, cela est loin d'être suffisant. Car, dans la pratique, il est évident que le professionnel n'aura pas le temps de tout lui expliquer, de lui décrire la moindre des phases de ses interventions telles qu'elles sont présentées dans le contrat. Une telle tendance reste très fréquente dans les hypothèses des contrats ayant un objet technique.

Si le bénéficiaire de la maintenance est conseillé par un juriste, cela ne changera rien pour lui. Car, même si celui-ci est très compétent, il ne sera jamais un spécialiste des aspects techniques de la maintenance, des tâches à effectuer. Son métier n'est pas de connaître toutes les spécificités de la maintenance, sinon ne maîtriser le droit. C'est pourquoi, dans certains cas, le client pourra demander l'avis de techniciens sur les opérations prévues concrètement afin d'être éclairé au mieux. Il aura alors le sentiment d'être « au même niveau », sur un même pied d'égalité que le mainteneur, de bénéficier d'une prestation complète qui le garantirait de la moindre tracasserie s'agissant de son matériel informatique. Car, il estime que c'est un « service après-vente » dû.

369. Par ailleurs, l'assistance impliquant l'obligation de conseil, le client estime qu'il ne peut rien lui arriver, puisqu'un mainteneur s'est engagé à lui fournir toute recommandation et toute information appropriée quant au déroulement de la prestation de maintenance, au mieux de ses intérêts, et pendant toute la durée du contrat. Cela étant expressément mentionné, le client ne peut qu'être rassuré. Or, il en est souvent autrement dans la réalité.

Les obligations d'information et de mise en garde à la charge du mainteneur (supra n° 399 s.) auront un fort impact sur le client qui se sentira protégé et qui aura l'impression de pouvoir tout obtenir en cas de problèmes. Et c'est ce sentiment que le prestataire veut créer. Il veut aussi créer l'illusion que le client acquiert quelque chose d'important, une prestation essentielle pour lui. Cela se fera en utilisant des clauses subtilement rédigées

et en usant de son fort pouvoir de persuasion. En règle générale, tout est toujours une question de négociation.

En s'entourant de personnes compétentes, le client rétablira, dans une certaine mesure, l'égalité des armes. Mais, cette égalité sera relative pour les raisons précédemment évoquées. Il sera alors plus juste de parler de relations contractuelles marquées par le déséquilibre et la précarité, sachant qu'une telle situation s'observera davantage dans les contrats accessoires que dans les contrats autonomes, contrats négociés, puisque dans ce dernier cas, le bénéficiaire de la maintenance disposera de libertés et de prérogatives qu'il ne pourra avoir dans le cadre d'un contrat accessoire, contrat d'adhésion. En effet, dans ce type de contrat, le mainteneur est choisi par le prestataire du contrat principal : le maintenu n'a donc aucune emprise sur ce choix et ne peut qu'acquiescer. Par conséquent, en signant le contrat principal, il accepte automatiquement les conditions du contrat accessoire de maintenance, alors que dans le cadre d'un contrat de maintenance autonome, il a la faculté d'en discuter les dispositions, même si cette faculté reste limitée. Au surplus, dans l'hypothèse où une clause d'exclusivité serait prévue au contrat -qu'il s'agisse d'un contrat autonome ou d'un contrat accessoire- seul le mainteneur désigné pourrait assurer les opérations de maintenance, ce qui aurait non seulement pour conséquence d'interdire au maintenu de faire appel à une tierce personne, mais aussi d'accentuer davantage sa situation de dépendance par rapport au mainteneur, et de restreindre ses prérogatives.

370. C'est pourquoi, de manière générale, l'intérêt sera plutôt de souscrire un contrat de maintenance autonome, indépendant du contrat principal. C'est donc l'autonomie contractuelle des opérations de maintenance qui sera souhaitée¹, avec un mainteneur plus alerte aux demandes de son cocontractant et qui cherchera à les satisfaire. En effet, si un contrat de maintenance est librement négocié, le client sera plus à même de « contrôler » son contenu et de poser certaines de ses exigences afin qu'il n'y ait pas trop de déséquilibre au sein des relations entre parties. Dès lors, les coûts de la maintenance seront discutés, conditionnant la rencontre des volontés et donc l'engagement des parties. Les améliorations, les évolutions des systèmes, des réseaux et des logiciels seront autant de prestations à inclure dans la clause de maintenance, à la

¹ CA Paris, 24 mars 1992, *CGF c/Steria*, Juris-Data n° 020844; DIT 1994/2, p. 32, note Espagnon. CJCE 17 juin 1992, Aff. C-2691, *Sté Jakob Handte*, B, Europe août-septembre 1992. CA Versailles, 4 avril 2002, *Matra Automobile c/Experian*, Expertises n° 268, p. 109 et p. 104, note Mathias.

demande du client. Ce dernier pourra notamment solliciter un alignement avec les normes en vigueur afin que tous ces éléments ne deviennent pas trop rapidement obsolètes. La faisabilité de la maintenance sera sérieusement étudiée : il faudra vérifier si elle peut être réellement envisagée.

Les opérations de maintenance intervenant naturellement après celles des prestations objet du contrat principal, le client pourra plus facilement demander au mainteneur leur encadrement strict et particulier, dans le cadre du contrat autonome. Il pourra aussi arguer du fait que si certaines de ses exigences quant à la maintenance ne sont pas prévues au contrat, il la confiera à un tiers. Cela peut constituer un bon moyen de pression pour les faire accepter. En effet, la menace de choisir un autre mainteneur est dissuasive et permet de présenter plus sereinement certaines requêtes quant à l'exécution de la prestation.

371. Dans le domaine de la maintenance, plusieurs types de contrats peuvent intervenir selon l'objet visé. Les présents développements porteront essentiellement sur deux contrats : le contrat de maintenance logicielle et le contrat de maintenance système avec le cas particulier du contrat de « *back up* » qui y est souvent intégré ou annexé, et qui consiste à prendre le relais d'un mainteneur en cas de défaillance. Selon l'hypothèse envisagée, le contenu des dispositions contractuelles variera, mais dans tous les cas, la maintenance devra être méticuleusement organisée et poursuivre un seul objectif : faire en sorte que chaque partie subisse le moins possible d'inconvénients. Cela est valable tant pour la maintenance système (Section 2), que pour la maintenance logicielle (Section 3). De plus, le bénéficiaire de la maintenance sera ici appelé indifféremment « client » ou « maintenu », tandis que le mainteneur sera qualifié de « prestataire ». Il sera démontré que ce dernier dispose d'un large pouvoir de négociation, à l'inverse de son cocontractant, que la considération de sa personne est importante, étant choisi pour ses compétences professionnelles, ce qui exclura toute sous-traitance, sauf clause contraire.

372. De manière générale, la maintenance repose sur un certain savoir-faire ; le contrat dont l'étude suit (Section 2) en délimite les contours et les conditions. Son objectif est de favoriser l'adaptation du système informatique aux changements de son environnement, ce qui n'exclut pas les difficultés.

Section 2 : Le contrat de maintenance système ou le déséquilibre des relations contractuelles

Le contrat de maintenance système contient des dispositions protectrices des intérêts du mainteneur au moment de sa formation (A), sachant qu'un tel mouvement se poursuit également dans les effets du contrat à l'égard des parties (B).

A) Des clauses protectrices des intérêts du mainteneur lors de la formation du contrat

Un système informatique est un « *ensemble de progiciels et logiciels architecturés autour d'un gestionnaire de base de données pour assurer la gestion du client* »¹ : ses éléments sont donc organisés et structurés selon un ordre bien défini. Cet objet du contrat de maintenance nécessitera une appréhension particulière (1) afin que la prestation qu'il désigne (2), son prix (3) et sa durée (4) soient parfaitement et consciencieusement déterminés. L'extinction du contrat pourra alors être sereinement envisagée (5).

1) L'objet

373. La clause relative à l'objet est importante car, définit le cadre de la maintenance, en posant ses bases et en expliquant quel type de maintenance est visé au contrat : maintenance corrective ou préventive. Le choix entre l'une ou l'autre des maintenances permet d'appréhender les conséquences et de poser des règles de conduite. Le degré de la maintenance est également défini, c'est-à-dire qu'est précisé si seul un entretien est envisagé ou s'il s'agit d'une remise en état complète, régulière, ou encore d'une simple mise à niveau appelée suivi du système. Enfin, l'objet indique si des opérations d'assistance ou de formation du personnel sont incluses dans la prestation de maintenance.

374. En outre, l'objet mentionnera que la maintenance ne peut porter que sur le système, afin d'éviter que le client ne demande des prestations autres que celles prévues au contrat. S'ajoutera l'indication selon laquelle le système est soit placé dans des conditions normales d'utilisation, soit dans des conditions particulières. De telles précisions sont importantes, à défaut desquelles pourrait être remise en cause la maintenance elle-même et, par conséquent, les obligations des parties. Or, ces dernières

¹ *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, n° 3101, p. 458.

doivent savoir dans quel cadre elles exerceront leurs prérogatives. Aussi, la clause objet, si ne définit pas l'expression « *conditions normales d'utilisation* », renverra à un article intitulé « *Définitions* » qui se chargera de le faire. De même, les spécifications du système à maintenir¹ seront indiquées au contrat.

375. C'est pourquoi, la clause relative à l'objet doit être correctement rédigée : elle ne doit pas être trop longue, pour ne pas noyer le lecteur dans des détails qui n'ont pas leur place, ni trop courte, afin de bien poser les bases de la prestation pour laquelle les parties ont décidé de contracter. Au préalable, il faudra s'assurer que cette clause couvre toutes les tâches prévues par le prestataire. Elle peut être rédigée de la façon suivante : « *Le présent contrat a pour objet l'entretien, le dépannage et le maintien en bon état de fonctionnement des matériels décrits dans l'annexe n°... Il est précisé que cette assistance ne comprend pas la maintenance ou le remplacement des supports magnétiques tels que disques, cartouches, disquettes...* »²

En posant l'objet de la maintenance dès le départ, les obligations des parties sont inévitablement définies. Car, à chaque type de maintenance correspondent des règles à suivre ainsi que des obligations différentes. Autrement dit, les règles du jeu sont annoncées, ici au service du mainteneur, et expriment l'inégalité entre les parties. Car, la plupart du temps, le prestataire minimisera ses obligations en insérant des clauses dans ce sens, établissant, de ce fait, une précarité pour l'utilisateur du système. La rédaction de l'objet est donc un élément-clé du contrat, ainsi qu'un véritable guide pour sa lecture. Son intérêt est d'éviter toute confusion dans l'esprit des cocontractants et de mettre en avant les conditions qui les engagent. Une mise en garde leur est en quelque sorte adressée.

2) La description de la prestation : maintenance corrective ou maintenance préventive

376. Un système informatique se définit comme un dispositif plus ou moins complexe assurant la gestion et le traitement automatisé de données mettant en relation des

¹ CA Paris, 6 mars 1993, *Prud'homme Transmissions c/Technologie Télécommunications Informatique Services*, Expertises, n° 165, p. 359. En l'espèce, la description de la maintenance était trop vague et imprécise.

² Annexe n° 7 : Article 1^{er} : « *Objet du contrat* », *Contrat de maintenance système*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 184.

logiciels supports et des matériels (ordinateurs, réseaux...). L'ensemble de ces éléments permettent d'acquérir, de stocker, de traiter et de communiquer des informations pour répondre aux besoins des utilisateurs. Sur le plan technique, un système peut être un logiciel ou un matériel, ou un ensemble de matériels et/ou de logiciels ou le couple matériel/logiciel. S'il s'agit d'un logiciel, on parle du système d'exploitation qui est le programme ou l'ensemble des programmes permettant de faire fonctionner l'ordinateur en mettant à disposition de l'utilisateur les fonctions de base les plus courantes. Il gère les ressources d'un ordinateur et lui permet d'être opérationnel. S'il s'agit d'un matériel, c'est pour désigner l'unité centrale ainsi que ses périphériques (imprimantes, disque dur, lecteurs de disquettes ou de CD...). La plupart du temps, les termes de système ou de système d'exploitation sont utilisés l'un pour l'autre, et celui de système est souvent synonyme d'ordinateur.

377. Dans le cadre du contrat de maintenance système, seront prévus les moyens et les méthodes pour remédier aux problèmes empêchant un système de fonctionner correctement. Les dysfonctionnements, pannes ou anomalies lui portant atteinte doivent être immédiatement résorbés, ou du moins, dans de brefs délais qui seront prévus au contrat. Une telle maintenance sera corrective et interviendra concrètement sur le système pour le réparer : elle s'applique si la maintenance préventive n'a pas permis d'éviter l'apparition de difficultés. Elle répare une panne, une avarie ou un dysfonctionnement et en supprime la cause, l'obligation principale étant de disposer de techniciens compétents ; tandis que la maintenance préventive n'est mise en œuvre que si des indices laissent penser que le système subira quelques désagréments ou une diminution de ses performances non due à son obsolescence. Seuls des réglages, des purges ou des remises à plat périodiques du système permettront de résorber les problèmes.¹ L'objectif de la maintenance corrective étant de remettre le système dans son état d'origine, afin qu'il fonctionne comme au premier jour, en un mot conformément à ses spécifications, et ce, de façon permanente et continue, si elle est nécessaire, c'est parce que des incidents sont survenus et que leurs effets doivent être éliminés. Bien entendu, ce type de maintenance coûte plus cher que les autres car, dépasse le cadre de la simple prévention. Cela s'explique par le fait qu'elle se décompose en une maintenance corrective *stricto sensu*, consistant à réparer des pannes, et en une maintenance curative remédiant à leurs causes.

¹ Cass. com., 22 octobre 1991, *Bull. c/Hamelin*, Expertises 1991, n° 144, p. 392 ; DIT 1994/2, p. 28, note Espagnon.

Au cours de cette maintenance, le système sera rendu indisponible, « immobilisé ». Afin que les effets de cette indisponibilité ne perdurent pas, une solution de secours sera éventuellement prévue au contrat, telle que la mise à disposition gratuite d'un système de remplacement si la durée d'indisponibilité excède un nombre d'heures ou de jours jugé excessif et difficilement supportable en terme de coûts et de stratégies d'entreprise : il s'agit de la suppléance (supra n° 420 s.). Si le contrat de maintenance est un contrat d'adhésion et qu'une telle solution n'est pas prévue, la partie faible, le client, n'aura pas d'autre choix que de subir les effets de cette situation. A l'inverse, dans le cas d'un contrat négocié, une alternative au système hors-service à titre temporaire fera l'objet d'un accord entre les parties.

S'agissant de la maintenance curative, il est important que les délais et que la durée des interventions soient les plus courts possible. Car, lorsqu'un système est en panne, il est primordial qu'il retrouve ses fonctionnalités rapidement. Il y va de l'intérêt de l'entreprise visée et de ses activités : elle ne peut valablement pas demeurer indéfiniment sans système opérationnel. Les conséquences financières en seraient dramatiques. C'est pourquoi, la clause relative aux délais d'intervention sera le plus souvent intitulée : « *Clause de dépannage* » et sera éventuellement rédigée comme suit : « *Sur appel motivé du Client signalant une anomalie de fonctionnement ou une panne, le Mainteneur enverra un technicien pour dépanner le système dans les délais les plus brefs* ». ¹

Le client ne peut donc recourir à la maintenance que pour des raisons expressément précisées. Au préalable, il doit même effectuer un travail de diagnostic, puisque doit motiver les raisons d'une intervention rendue nécessaire avant de contacter le mainteneur. La mention de « *brefs délais* » n'est pas choisie au hasard : elle laisse une large marge de manœuvre au prestataire, pouvant lancer la maintenance quand il le souhaite, à condition toutefois de ne pas exagérer dans son délai d'intervention, puisqu'aucun délai précis n'est indiqué. Dans certains cas, le contrat mentionnera une périodicité minimale pour le passage du mainteneur, telle qu'une visite mensuelle, avec préavis obligatoire informant de son passage. Si cela n'est pas prévu, il est conseillé au client d'exiger une clause le spécifiant, afin de le protéger et de ne pas le laisser trop

¹ Annexe n° 7 : Article 3 al. 1^{er} « *Dépannage* », *Contrat de maintenance système* in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 184.

« dépendre » du prestataire. Car, parfois, certains mainteneurs en profitent pour insérer des clauses qui n'autorisent que des visites dans des cas extrêmes, ce qui remet en cause la notion même de maintenance et qui crée un déséquilibre évident entre les parties.

378. Pour éviter cela, le client doit prendre ses précautions et faire valoir dès le départ ce qu'il entend inclure dans la prestation de maintenance. Il lui sera conseillé d'exiger un préavis des visites du mainteneur pour anticiper les problèmes de son système informatique de façon efficace, et pour détecter les éventuelles failles. Plus les visites seront rapprochées, moins le client aura de chance d'être confronté à des pannes, des anomalies et autres incidents techniques. En insérant au contrat de telles dispositions, le déséquilibre initial contractuel s'amointrit.

Le contrat pourra également prévoir des délais d'intervention précis : « *Les interventions auront lieu dans les vingt-quatre heures de l'appel du Client, à condition que l'emplacement de l'installation ne se trouve pas à plus de (préciser) km d'un centre d'assistance agréé par le Mainteneur.* »¹

Une telle clause rassure le client : vingt-quatre heures est un délai raisonnable, à condition toutefois qu'il n'y ait pas d'urgence à utiliser le système à réparer ; auquel cas, si le mainteneur intervient au bout de vingt-trois heures -il aura toutefois respecté le délai- la situation pourrait s'aggraver et devenir délicate pour ledit client. Il ne lui sera alors pas possible d'intenter la moindre action en responsabilité contre le prestataire. Une solution consisterait à imposer des délais très courts pour les interventions en cas de panne, par exemple, de quatre à dix heures suivant l'éloignement, et prévoir une astreinte par heure de retard au-delà de la limite prévue au contrat. Mais, dans le cadre d'un contrat d'adhésion, cela semble difficilement envisageable. Pour « se rattraper » et se sentir moins lésé au contrat, il pourra insister davantage sur le délai de remise en marche du système que sur le délai d'intervention. Ainsi, une réparation rapide pourrait compenser la longueur de ce dernier.

Toutefois, la clause précédente présente également un inconvénient : le site du client doit se trouver à proximité du site du mainteneur pour que le délai d'intervention

¹ Annexe n° 7 : Article 3 al. 2 : « Dépannage », *Contrat de maintenance système in Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 185.

s'applique. Cela implique donc que ce dernier est susceptible de se rallonger, au grand dam du client, qui demeure impuissant face à cet éloignement géographique. Le conseil qui pourrait lui être donné est de bien se renseigner, au moment de la signature du contrat, sur la localisation de son futur cocontractant. Car, cela peut devenir un grand handicap difficilement surmontable. Il vaut alors mieux renoncer à signer avec une personne qui présente des inconvénients dès le départ, dans la mesure du possible, notamment si le contrat de maintenance est indépendant du contrat principal. En revanche, dans le cas des contrats d'adhésion accessoires aux contrats principaux, le client est « coincé » et n'a pas d'autre choix que d'accepter le mainteneur choisi par le prestataire principal.

Notons que la frontière entre la prévention et la réparation est mince, surtout dans le domaine informatique. Les parties doivent alors être très vigilantes sur ce qu'elles souhaitent prévoir dans leur contrat : selon qu'elles décideront de privilégier la prévention ou la réparation, l'écriture du contrat en sera bouleversée. Les obligations des parties, la détermination de leur responsabilité, le prix, la durée du contrat, les délais d'intervention... ne seront pas les mêmes.

379. Par ailleurs, il est également souvent prévu au sein du contrat de maintenance que le client doit consigner dans une sorte de journal de bord ou registre tous les incidents, pannes et anomalies qu'il relèvera, dans un souci de mémoire et de traçage de l'historique du système et de sa maintenance. Cela permettra aux parties de réagir en fonction des commentaires inscrits et de gagner un temps précieux. La clause y afférente, intitulée « *Registre des anomalies* » pourra être rédigée comme suit : « *Le Client devra tenir un registre sur lequel il devra consigner toutes les anomalies, incidents ou pannes concernant le système ; il devra, en outre, indiquer dans ce registre tous les faits ayant entraîné ou susceptibles d'entraîner une anomalie dans le bon fonctionnement.* »¹

La clause précitée illustre le fait que le client exerce une part active dans la maintenance, quoi que l'on puisse en penser. De son côté, le mainteneur ou le technicien envoyé pour intervenir sur le système du client, complètera également ce

¹ Annexe n° 7 : Article 5 : « *Registre des anomalies* », *Contrat de maintenance système*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 185.

registre ; il y précisera avec soin la nature de ses interventions, les actes effectués... Malgré tout, le client est dans une position de faiblesse par rapport au mainteneur. Car, seul ce dernier est le décisionnaire final d'une maintenance corrective. Sa situation est précaire : il n'est pas certain qu'il puisse bénéficier d'une telle maintenance à chaque fois qu'il le demandera. En outre, l'obligation de dépanner n'est souvent que de moyen ; si tel est le cas, l'objectif du client de rétablir le système dans son état initial et de façon permanente et continue, n'a que peu de chance d'aboutir car, le prestataire ne garantira que sa diligence à intervenir. Ce qui est une maigre consolation pour le client. Il est clair qu'afin de trouver remède à son problème, il préférera et privilégiera l'obligation de résultat. Car, un système informatique défaillant et non réparé ne sert à rien : aussi, il souhaitera une réparation effective.

380. Afin de rétablir un semblant d'équilibre contractuel, il est judicieux que le client demande l'insertion d'une clause de pénalités qui sanctionne le prestataire de son retard à réparer. L'intérêt est que le prestataire accélère le processus de réparation pour éviter de payer des pénalités. Cela reste dissuasif et représente un moyen de pression tout à fait adéquat. Cette clause peut se rédiger ainsi : *« Des pénalités de retard sont dues par le Mainteneur au Client en cas de non-respect des délais convenus dans l'exécution de la Prestation de Maintenance. »*

Les pénalités de retard ne courent que (préciser le nombre de jours ouvrés, ouvrables ou calendaires) à compter de la réception par le Mainteneur d'une mise en demeure notifiée par le Client au moyen d'une lettre recommandée avec demande d'accusé de réception restée infructueuse, cette mise en demeure devant préciser les motivations dudit Client à faire jouer la présente clause. »

La clause poursuivra avec le montant des pénalités de retard et les conséquences de leur paiement : *« Le montant des pénalités de retard est de (préciser le montant en euros hors taxe (HT), par exemple) par jour de retard quant au respect des obligations prévues par le présent Contrat. Le paiement des pénalités de retard n'est pas libératoire de toute autre indemnité. Les Parties restent tenues de poursuivre l'exécution de leurs obligations respectives. Il est entendu que les dispositions sur les pénalités de retard ne sont pas applicables en cas de force majeure. »*

Le montant des indemnités de retard peut être déterminé forfaitairement ou résulter d'un calcul selon une formule prédéfinie qui sera expressément mentionnée.

3) Le prix

381. Le contrat doit indiquer avec précision les éléments financiers tels que le prix global souvent payé selon une périodicité fixée, et divisé en redevances. Sera également précisé le prix des pièces de remplacement s'il n'est pas inclu dans celui de la prestation de maintenance, ainsi que les modalités de facturation du temps passé. Le prix étant le plus souvent lié à la durée du contrat (supra n° 387 s.), il sera fonction d'une maintenance assurée aux jours et horaires habituels. Dans les autres cas, des frais supplémentaires pourront être facturés au client au tarif prévu. Le contrat pourra également prévoir un régime particulier de redevances en cas de demande spécifique du client.

Afin de contrôler efficacement le prix, le client pourra imposer un barème selon le délai et la durée de l'intervention, bien entendu si le contrat n'est pas d'adhésion. Seront pris en compte des éléments tels que le temps de déplacement du mainteneur calculé en fonction de sa localisation géographique, la détection et les raisons de l'anomalie, le défaut ou la panne, le type de travaux à effectuer (réparation, révision, réglage, tests...), la qualification et le nombre de personnes nécessaires à l'opération de maintenance... ainsi que la nature et le nombre de systèmes maintenus.

382. Par ailleurs, pour contrôler le prix de la prestation de maintenance et éviter les « mauvaises surprises » ainsi que les conflits inutiles, si le contrat est négocié, le client peut demander l'insertion d'une clause prévoyant que toute évolution ou modification du système n'engendrera ni coût supplémentaire ni modification du prix initial. Il pourra proposer au prestataire un prix forfaitaire -payable par mois ou par trimestre- pour l'ensemble de la prestation, mais sans aucun supplément fixé unilatéralement. Si un complément de prix devait être prévu pour réalisation de travaux supplémentaires, il devrait être accepté par les deux parties et le client devrait en connaître les modalités. A défaut, une telle faculté offerte au prestataire créerait un trop grand déséquilibre des relations contractuelles à son profit.

Sur le plan pratique, il est préférable pour le client de s'acquitter des frais de maintenance par mois ou par trimestre, afin de ne pas être « asphyxié » financièrement, et parce que cette solution lui permet de payer le prix de la maintenance en connaissance de cause, selon un échéancier prédéfini et accepté à la signature du

contrat. Une révision annuelle du prix est toujours possible et reste préférable : elle n'a rien à voir avec une hausse du prix de la prestation qui serait décidée en raison d'une évolution ou d'une modification quelconque du système. Il est également souhaitable que le client connaisse à l'avance les tarifs de chaque type d'intervention en dehors des heures normales et qu'il les fasse mentionner au contrat pour éviter tout risque d'abus en la matière. Car, le prestataire peut affirmer sa position de force à travers la fixation des prix ; il la renforce d'autant s'il n'existe aucune possibilité de contrôle par le client. Enfin, le client demandera que les échanges standards de pièces soient gratuits car, cela n'est pas toujours prévu, alors que pour lui, l'intérêt est évident. Encore, une fois, il ne sera possible pour le client de poser ses revendications que si le contrat est négocié.

383. En matière de maintenance préventive, le client préférera que le prix soit fixé selon un forfait : cela lui coûtera moins cher au final car, y seront incluses tous les risques d'incidents, peu importe leur répétition ou leur gravité. Comme pour la maintenance corrective, une clause pourra prévoir la révision annuelle de la redevance forfaitaire. La plupart du temps, le prix de la maintenance correspondra à un pourcentage du prix du système. Cela n'est pas une règle, mais reste pour le client le meilleur moyen d'anticiper le coût de la maintenance.

Il est également recommandé au client d'exiger une maintenance gratuite pendant la période de garantie du système car, cela n'est pas accordé automatiquement. En effet, les mainteneurs ont tendance à confondre garantie et maintenance et à faire payer au client deux fois le même service. Or, lorsque le système est installé, il s'accompagne en général d'une période de garantie durant laquelle le prestataire est tenu d'effectuer pour son client le même type d'opérations que celles qu'il prévoit en matière de maintenance *stricto sensu*, et qui ne sont pas facturées, sauf cas particuliers d'exclusion de garantie. Autrement dit, il est obligé de réparer gratuitement le matériel informatique en état de dysfonctionnement¹ ou de remédier à ses défaillances techniques, y compris logicielles. Il s'agit souvent d'une obligation de résultat : le prestataire doit tout mettre en œuvre pour remettre en marche le système qui était momentanément hors service ou le faire fonctionner comme dans son état d'origine. Toutefois, il peut arriver que des prestataires indécents facturent quand même au client le prix d'une intervention technique. C'est pourquoi, afin d'éviter toute ambiguïté, le client exigera l'insertion au

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, n° 91-21.442, NP ; CCC 1994, n° 13, obs. G. Raymond.

contrat d'une clause stipulant que la maintenance est gratuite pendant la période de garantie. Cela est d'autant plus vital si le contrat concerne un nombre important de systèmes informatiques pour une même entreprise.

384. De manière générale, il est conseillé au client de refuser toute modification de prix unilatérale, et d'opter plutôt pour la révision ou l'indexation annuelle (le plus souvent, à la date anniversaire du contrat), fondée sur un indice valable ou la combinaison de plusieurs indices avec un plafonnement¹. Il doit avoir la possibilité de dénoncer le contrat à chaque révision de prix, moyennant le respect d'un préavis, s'il estime que le nouveau prix est trop élevé. Une autre option consistera à lui laisser la faculté de résilier le contrat à tout moment, dès lors qu'il aura connaissance de la modification du prix. Le choix entre les deux alternatives sera laissé à la discrétion du mainteneur si le contrat est d'adhésion ou, dans le cas contraire, résultera d'une négociation entre les parties. Le but étant à la fois d'éviter les « dérives » liées au prix de la part du mainteneur et d'offrir au client, partie faible, l'opportunité de défendre ses intérêts et d'avoir une plus grande latitude sur un plan contractuel. Ce qui est loin d'être négligeable, surtout si l'on considère que les prestataires ont pour habitude d'imposer leurs tarifs -en particulier dans les contrats d'adhésion comme l'est souvent le contrat de maintenance- et que les clients doivent se plier à ses exigences.

385. Il en résulte que la clause relative au prix prendra éventuellement la forme suivante : « *Le montant HT de la maintenance telle que prévue dans le présent contrat est fixé à (préciser) € par an. Ce prix ne concerne que le système figurant en annexe ; en cas de modification ou d'adjonction de système, le prix serait modifié en conséquence.*

Le prix est prévu pour un système utilisé par une seule équipe de personnel. Ce tarif pourra être révisé ou modifié par le prestataire dans le cadre des lois et règlements en vigueur en respectant un préavis d'un mois. Pendant le mois qui suivra la notification

¹ Les parties sont libres de choisir l'indice et la formule de révision, sous réserve du respect des dispositions de l'art. L. 112-1 du Code monétaire et financier qui interdit une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision, et de l'art. L. 112-2 du même Code qui dispose que : « *est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet de statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties.* »

du nouveau prix, le client aura la possibilité de résilier le présent contrat ; faute par lui de le faire, la notification de prix s'appliquera à la date prévue. »¹

Il est également recommandé au client de refuser toute formule d'acceptation tacite aux risques de conséquences néfastes, sachant que cette remarque est valable pour toute disposition contractuelle. Dans la même lignée, il se méfiera des clauses aux noms généralistes telles que « *Dispositions diverses* », « *Généralités* », ou autres, qui renvoient à des réalités différentes de celles qu'annoncent leur intitulé et qui peuvent notamment prévoir des stipulations tendancieuses en matière de prix. Leur contenu est souvent abusif car, peut restreindre les droits de la partie faible. Il peut même s'agir de clauses léonines privant l'une des parties de certains de ses droits au profit de l'autre partie, ou mettant à sa charge la totalité des effets négatifs ou des pertes qui pourraient se produire. Une telle clause, si devait figurer au contrat de maintenance, serait réputée non écrite. Plus qu'un déséquilibre créé, ce serait une véritable précarité qui serait instaurée dans le contrat.

386. Par conséquent, il faut bien comprendre ce que renferme la clause relative au prix et savoir lire « entre les lignes » car, souvent leur rédaction révèle un déséquilibre au niveau des relations contractuelles, malheureusement pas toujours flagrant, ni facilement décelable pour un public non averti. D'où, l'intérêt et la nécessité de s'entourer de personnes aptes à prodiguer les meilleurs conseils. C'est le seul moyen pour se prémunir de tout désagrément et pour faire les bons choix en matière contractuel, sachant qu'une telle observation vaut pour toute stipulation.

4) La durée

387. Dans le cadre d'un contrat de maintenance liée, sa durée sera la même que celle du contrat principal, sachant que les contrats perpétuels sont prohibés par le droit commun. Ainsi, toute clause qui aurait pour effet de renouveler de façon indéfinie le contrat de maintenance serait réputée non écrite car, illicite.² S'agissant des contrats de

¹ Annexe n° 7 : Article 10 : « Prix », *Contrat de maintenance système*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 186.

² Cass. com., 7 avril 1998, n° 95-18.278, *Alcatel*, NP ; pourvoi n° 95-18278, RJDA 1998, n° 977. Les juges ont ici condamné un prestataire ayant inséré une clause dans le contrat principal de location prévoyant que celui-ci -et par conséquent, le contrat de maintenance- serait reconduit pour dix ans, à chaque fois que de nouveaux équipements d'un certain montant seraient ajoutés à l'installation téléphonique louée par le client. Un tel mécanisme permettant de renouveler les contrats *ad vitam*

maintenance autonome, leur durée est en général assez brève, le sens de cette notion demeurant relatif. Dans la pratique, les parties s'engageront pour une durée d'un an¹, renouvelable par tacite reconduction. Parfois, le contrat sera conclu sans indication de durée, ce qui permettra à chaque partie d'y mettre fin à tout moment, ledit contrat étant considéré comme à durée indéterminée.

Il serait judicieux que la durée du contrat corresponde à celle de la durée de fonctionnement prévisible du système sur laquelle la maintenance porte. Car, une telle solution serait plus réaliste, et surtout, plus pragmatique. Cela permettrait au client d'être tranquille pendant longtemps, d'avoir la garantie d'avoir son système maintenu, et de se positionner dans une situation moins précaire. Des problèmes seraient ainsi évités et le déséquilibre régnant au sein du contrat serait réduit puisque, d'une part, le mainteneur ne s'engagerait pas pour une durée excessive et, d'autre part, le client serait protégé pendant toute la durée de la vie de son système. Dès lors, la partie forte, le mainteneur, ne pourrait imposer une durée trop longue au bénéficiaire de la maintenance, durée pendant laquelle celui-ci doit payer des redevances. Définir une durée « raisonnable » revient alors à faire des économies légitimes, et surtout, réfléchies.

388. En outre, il est nécessaire de ne pas confondre la durée du contrat avec celle de l'intervention du mainteneur. Il est recommandé au client d'exiger une longue durée pour le contrat, de trois à cinq ans par exemple (qui correspond aussi à la durée de vie d'un système), en particulier si le mainteneur choisi est le seul à pouvoir assurer la maintenance de son système. Car, mieux vaut conserver le même interlocuteur pour des raisons évidentes d'intérêt pratique, de coût et de temps non perdu à chercher un nouveau mainteneur. En revanche, si le client a le choix entre plusieurs prestataires en raison de l'absence de spécificité de son équipement, il paraîtra plus judicieux d'opter pour une courte durée du contrat : un an lui suffira amplement pour trouver un cocontractant au cas où il ne serait plus satisfait de sien.

aeternam, les juges ont décidé que la clause litigieuse était nulle. En effet, le client restait enchaîné indéfiniment, à la fois au contrat de location et au contrat de maintenance. Il a donc été décidé que « toute clause qui aurait pour effet d'enchaîner indéfiniment le bénéficiaire de la maintenance invaliderait le contrat la comportant ». Le déséquilibre entre les parties est ici condamné par la jurisprudence.

¹ CA Versailles, 4 avril 2002, *Matra*, *Expertises* 2003, p. 109.

De tels conseils ne doivent pas être pris à la légère, surtout si l'on considère que le client pense souvent, à tort, avant même de s'engager, que la durée de son contrat sera forcément égale à la durée de vie de son système. En raisonnant ainsi, il se met lui-même dans une situation précaire, et crée, sans le vouloir, un déséquilibre contractuel. Car, il arrive que certains prestataires n'envisagent pas de s'engager sur une longue période, pour diverses raisons (ils ne veulent pas prendre de risques et préfèrent des interventions ponctuelles, ou leur politique consiste simplement à ne pas s'engager sur le long terme...). Leur situation apparaît alors nettement plus confortable que celle du client : de leur seule volonté dépend la durée du contrat. Toutefois, le client pourra toujours tenter de négocier avec le mainteneur pour qu'il change de position : une telle démarche n'est pas toujours aisée, voire impossible dans le cadre des contrats d'adhésion. C'est pourquoi, il faudra impérativement discuter de la durée du contrat avant de s'engager pour éviter tout malentendu.

Dans l'hypothèse où le contrat serait conclu à durée déterminée, son renouvellement est possible par tacite reconduction, ce qui peut se formaliser par la clause suivante : « *Le présent contrat est conclu pour une durée de deux ans à compter du (préciser). Il se poursuivra ensuite par tacite reconduction par périodes d'un an, sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties, en respectant un préavis d'un mois au moins avant la fin de la période en cours, notifiée par lettre recommandée AR.* »¹

Dans tous les cas, les parties doivent connaître avec précision la durée de leur engagement² : elles ne sauraient être engagées pour une durée excédant celle mentionnée au contrat. Pour déterminer au mieux la durée d'un contrat, il faut prendre en compte certains critères tels que l'obsolescence des matériels, la durée d'exploitation de l'application traitée, les coûts de renouvellement des matériels et des logiciels -car, il faut continuellement se mettre à la page et toujours disposer de matériels récents et performants- ainsi que l'amortissement des investissements effectués en la matière...

¹ Annexe n° 7 : Article 9 : « *Durée* », *Contrat de maintenance système*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 186.

² T. com. Nanterre, 13 décembre 2001, *Computer Associates c/ALO*, CCE 2002, comm. n° 42, obs. Le Stanc.

5) La résiliation du contrat

389. La clause relative à la résiliation du contrat doit être correctement rédigée de façon à prévoir le sort des relations contractuelles au terme du contrat. Elle est forcément liée à la clause concernant la durée, dans la mesure où elle donne la faculté aux parties de mettre fin au contrat et donc, de réduire sa durée. La cause de résiliation la plus fréquente sera l'inexécution des obligations contractuelles dont la preuve devra être apportée, ce qui est loin d'être évident, surtout dans un domaine aussi technique que la maintenance. En effet, il peut arriver que le mainteneur ait fait correctement son travail mais que le système informatique visé ne fonctionne toujours pas. Cela ne saurait lui être reproché, en particulier lorsqu'une telle situation résulte d'événements extérieurs ou de circonstances qui ne lui sont pas imputables.

390. Mais, le mainteneur peut également souhaiter résilier le contrat parce que la maintenance n'est plus rentable, ou parce qu'il ne se sent plus compétent pour continuer la prestation. S'il réagit ainsi, c'est parce qu'il a conscience du poids de la maintenance du système du client et que se présentent de trop grandes difficultés¹ qu'il ne se sent pas la force de surmonter et qu'il a sous-estimées au moment de son engagement. Un tel comportement peut paraître illégitime, car, après tout, le mainteneur est un professionnel : avant de signer un contrat, il doit donc être en mesure de déterminer ses capacités à assumer une telle charge. S'il ne l'est pas, il doit refuser le contrat. Car, il est tenu d'une obligation de loyauté et de bonne foi et, par conséquent, se doit d'être honnête à l'égard de son futur cocontractant quant au niveau de ses compétences professionnelles. Dès lors, dans l'hypothèse où un prestataire déciderait de résilier de façon inopinée un contrat de maintenance, cela serait tout à fait inadéquat, et surtout, indigne d'une relation censée être basée sur la confiance.

Si une telle résiliation se produit, cela s'avèrera problématique pour le client car, d'une part, n'aura plus de mainteneur : or, il est impossible pour une entreprise de se passer d'un service de maintenance pour son système informatique. D'autre part, se retrouvant dans une telle situation précaire, il lui sera difficile de trouver un prestataire qui acceptera de remplacer le premier mainteneur aux mêmes conditions, en particulier si celles-ci ont été difficilement négociées. Ce nouveau prestataire profitera de sa

¹ CA Paris, 5^{ème} ch., 25 février 1993, Gaz. Pal. 22-23 octobre 1993, Gazette du droit des Technologies avancées, n^{os} 295-296, p. 23.

« détresse » pour imposer certaines exigences. Le client ne pouvant se permettre de demeurer trop longtemps sans mainteneur se résignera alors à les accepter, afin de ne pas perdre de temps. Ainsi, un tel prestataire accentuera et aggravera la précarité et l'inégalité dans laquelle se trouve le client. Une telle attitude peut sembler malhonnête, mais le prestataire n'étant pas responsable de ce qui arrive au client, ne pourra se voir reproché d'avoir un tel comportement.

391. Pour éviter que le client ne se retrouve dans une position inconfortable, il lui sera recommandé d'exiger un préavis réciproque de durée suffisante pour la résiliation, par exemple de trois à six mois¹, pour permettre à chaque partie de « se retourner » et de prendre sa décision de mettre fin au contrat en connaissance de cause. Cela protégera d'autant le client et lui laissera le temps nécessaire de prospecter un mainteneur correspondant à ses besoins. Le mainteneur n'aura pas alors la possibilité de rompre trop facilement son engagement. C'est sans compter le fait, du côté du client, qu'il n'est pas toujours bien raisonné de changer de prestataire sur un coup de tête, au premier désaccord, une telle décision étant susceptible d'avoir des répercussions sur la suite des événements. C'est pourquoi, avant de prendre une décision aussi radicale, les avantages et les inconvénients doivent être pesés. En guise de compromis, la possibilité de dénoncer le contrat de façon rapide doit être ménagée, notamment en cas de changement complet du système ou dans les hypothèses où il est devenu impossible pour l'une ou l'autre des parties de poursuivre leur relation contractuelle.

392. En outre, pour éviter les situations de déséquilibre, la résiliation ne devrait être autorisée que dans des cas limitativement énumérés et rendant impossible la poursuite de la maintenance. Il faut néanmoins prendre garde à ce que ces cas répondent à des critères objectifs. Ainsi, une mauvaise utilisation ou une détérioration accélérée du système causée par la faute du client, qui n'a pas suivi les recommandations et les conseils avisés du mainteneur et qui oblige celui-ci à effectuer de façon intempestive des actes de maintenance, est de nature à justifier la résiliation du contrat par ledit mainteneur. Il en est de même dans l'hypothèse où le remplacement intégral du système serait moins onéreux que sa réparation ou que la mise en place d'une lourde maintenance. Ici, la résiliation paraît la solution la plus appropriée : ses formalités doivent être assouplies et ne doivent pas comporter un long préavis.

¹ CA Paris, 11 mars 1993, *Hyper CBM c/Spectral Maintenance Informatique*, Expertises, n° 170, p. 400. CA Paris, 1^{er} décembre 1995, *Deugro c/Technique Informatique et Maintenance*, Expertises n° 201, p. 37.

Du côté du client, il existe aussi des cas où la résiliation est de droit, par exemple lorsque le prestataire change (si le contrat est autonome et conclu *intuitus personae*, il est remis en cause), ou lorsque le mainteneur a effectué un changement complet du système, ou lorsque le prix est révisé (infra n° 381 s.), ou encore lorsque les erreurs de maintenance sont telles qu'elles ont des conséquences préjudiciables¹, notamment sur ses fichiers. Il a alors une bonne raison de mettre fin à ses relations avec un mainteneur qui s'avère incompetent et inapte à résoudre les problèmes les plus élémentaires. Il est évident qu'un tel prestataire prendra ses précautions en insérant une clause exonératoire de sa responsabilité, afin de protéger ses intérêts. Quant au client, il veillera à ne pas accepter des stipulations trop générales, trop larges, trop vagues, en un mot, des stipulations « fourre-tout », fréquentes dans les contrats de maintenance. Au contraire, il tentera d'imposer une disposition autorisant la résiliation dans des cas précis et engageant la responsabilité du mainteneur, par exemple, s'il remonte un élément défectueux sur son système, s'il réalise une maintenance superficielle, s'il n'a pas sauvegardé ses fichiers alors qu'il s'agit d'une tâche essentielle en matière informatique et à laquelle il ne peut échapper, ce qui confirme encore son incompetence... Car, le client se doit de se protéger : il fera comprendre au prestataire qu'il souhaite contracter avec un professionnel de qualité et qu'il attend beaucoup de la maintenance. Il s'agit d'une sorte de mise en garde future. Le prestataire, s'il est de bonne foi, ne s'engagera que s'il s'estime apte à remplir les obligations demandées et à satisfaire aux exigences du client.

B) Des clauses protectrices des intérêts du mainteneur lors des effets du contrat

Au préalable, il est nécessaire de faire un tour d'horizon de la situation des parties (1) avant d'envisager les obligations du mainteneur (2), celles du client (3), ainsi que les responsabilités et les garanties mises en jeu (4).

1) Etat des lieux

393. Comme dans tout contrat, les parties ont des obligations. S'agissant du mainteneur, elles dépendent de la nature de la tâche à accomplir, c'est-à-dire de la maintenance, préventive ou corrective. Si le mainteneur est chargé d'effectuer une maintenance corrective, ses obligations varieront selon qu'il effectue de simples réglages et/ou des remplacements d'éléments consommables facilement accessibles par

¹ T. com. Paris, 19 juin 1992, *Jean-Claude Varenne c/LCL*, Expertises, n° 155, p. 286.

tous (par exemple, cartouches d'encre d'une imprimante), ou des échanges standards de pièces, ou selon qu'il recherche la cause des pannes, qu'il reconfigure le système et qu'il procède à des tests de mise en marche après réparation... Les obligations du mainteneur comportent des limites, davantage inspirées par la logique que par des nécessités juridiques.

394. En premier lieu, il n'est tenu d'assurer la maintenance que des systèmes qui lui sont confiés.¹ Cela semble évident, mais il arrive malheureusement que certains clients comptent sur lui pour entretenir ou réparer des biens informatiques qui n'entrent pas dans le champ de la maintenance. Dans cette hypothèse, il s'agit de « services » qui ne sauraient valablement être pris en charge. Si le mainteneur s'exécutait, cela ne pourrait s'insérer que dans le cadre de relations « amicales », aux risques et périls du client.

395. En second lieu, le mainteneur n'est pas soumis à une obligation d'adaptation si elle n'est pas prévue au contrat. Autrement dit, il n'est pas tenu d'adapter les matériels et les logiciels constitutifs du système aux évolutions de la technique, de l'état de l'art, ou encore en tenant compte des modifications de l'organisation ou de la structure interne de l'entreprise du client... Pour aller plus loin, le mainteneur n'a pas pour obligation de remplacer le système, ni même d'effectuer des travaux non initialement prévus, même s'ils revêtent un intérêt certain. Car, cela n'a rien à voir avec de la maintenance et remettrait en cause l'objet même du contrat.

Si malgré tout, le mainteneur effectuait quand même ces travaux, sans l'autorisation du client, il ne pourrait pas en réclamer paiement, peu importe leur utilité, leur nécessité ou leur caractère vital.² Une telle démarche serait même sanctionnée si les modifications risquent de bouleverser, de perturber ou de remettre en cause le fonctionnement de tout le système informatique.³ C'est notamment le cas lorsque le mainteneur modifie les logiciels d'un système, de sa propre initiative, en poursuivant un but louable -à savoir faciliter le travail de la maintenance- mais que l'effet escompté ne survient pas, sinon le blocage dudit système. Dans cette hypothèse, le client se trouve -une fois n'est pas coutume- en position de supériorité par rapport au mainteneur, puisque son autorisation

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1999, n° 97-16.390, *Delion*, NP ; CCC 1999, n° 87, obs. L. Leveueur. Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2000, n° 19-12.324, *Pico informatique c/Pacific technologie*, NP ; Expertises 2001, p. 273, obs. G. Flambard.

² CA Versailles, 16 juin 2000, *Aero Entreprise c/Avion Bravo Oscar*, D. 2000, IR 249.

³ CA Montpellier, 18 juin 1987, DIT 1988/3, p. 46, obs. M. Espagnon.

va être demandée pour la réalisation de ces travaux. De sa décision dépendra donc la réalisation ou non d'actions concrètes de la part du mainteneur, alors qu'habituellement, les contrats laissent plutôt à ce dernier une large marge de manœuvre, étant le professionnel, donc le mieux placé pour prendre des décisions relatives à l'exécution de la prestation. L'avis du client est donc important. Cela paraît logique si l'on considère que tous travaux supplémentaires non prévus par le contrat seront facturés au client et que, par conséquent, il a son mot à dire. Cela s'explique aussi par le fait que le mainteneur ne peut aller à l'encontre des dispositions contractuelles organisant son pouvoir d'initiative et son champ d'action.

396. En troisième lieu, il existe des cas où le mainteneur n'engage pas sa responsabilité à l'égard de son client, alors que l'on aurait pu croire le contraire. C'est le cas lorsqu'il est impossible de fournir des pièces de rechange à un système parce qu'il n'en existe plus sur le marché, alors qu'une telle obligation de fourniture est prévue au contrat. Dans ce cas, toute réparation et donc toute maintenance devient impossible. Pour autant, cela ne constitue pas un manquement aux obligations du mainteneur. Ce dernier ne peut pas être sanctionné car, de telles circonstances sont indépendantes de sa volonté. Il ne peut contrôler des événements qui lui sont totalement extérieurs. En revanche, s'il avait conseillé à son client d'acquérir ou de louer un système « dépassé » avant la conclusion du contrat de maintenance, ou s'il savait que son système était déjà obsolète et qu'il y avait un risque que ses pièces soient difficilement accessibles sur le marché, la situation aurait été différente. Le prestataire serait alors sanctionné au nom de ses devoirs de loyauté et de bonne foi. Il en serait de même si un fabricant décidait de ne plus produire certaines pièces correspondant au système du client, et s'il en avertissait le mainteneur dans des délais plus que raisonnables.

397. Le client apparaît alors dans une position de faiblesse, de dépendance par rapport à son cocontractant. Car, il ne dispose d'aucun recours pour sortir de cette situation délicate. Pire encore, la plupart du temps, le mainteneur aura pris soin d'insérer une clause exonératoire de responsabilité dans les hypothèses où il ne pourrait procéder au remplacement de certaines pièces en raison d'un système jugé trop obsolète, sachant qu'une telle clause est valable et ne peut être contestée.¹ Une telle situation peut être analysée comme un cas de force majeure, même si la condition d'extériorité à l'homme

¹ T. com. Paris, 17 septembre 2002, *BOS c/Computerland*, CCE 2003, n° 30, obs. Ph. Stoffel-Munck.

fait défaut¹, l'être humain étant le seul à pouvoir maîtriser ce genre d'événements. Le client se retrouve ainsi, malgré lui, dans une situation précaire et en position d'infériorité par rapport au mainteneur, sachant que ce dernier ne pourra rien y faire, même s'il le souhaite.

Cependant, s'étant engagé en connaissance de cause, il sait en tant que professionnel que plus un matériel est ancien, plus il doit prendre ses précautions et se constituer un stock de pièces au cas où son client en nécessiterait. Il s'agit davantage de devoirs de bon sens et de prudence que d'obligations juridiques, dans le but d'éviter tout problème futur.² Dès lors, si le mainteneur insère une clause édulcorant sa responsabilité dans de telles circonstances, il est conseillé au client de mener une action en justice pour obtenir au moins la poursuite de la maintenance jusqu'au terme du contrat, et si cela est techniquement et matériellement impossible, de demander la mise à disposition d'un système équivalent, couvert par une maintenance jusqu'au terme du contrat initialement signé.³

2) Les obligations du mainteneur

En premier lieu, le mainteneur est tenu d'exécuter personnellement la prestation de maintenance, le contrat étant conclu *intuitus personae* : la sous-traitance est donc exclue, à moins qu'elle ne soit autorisée par le contrat. Sa mission consiste à entretenir et à réparer uniquement le système qui lui est confié, ce qui exclut toute demande de prestation supplémentaire ou toute maintenance relative à un développement spécifique connexe à l'utilisation dudit système. Même si cela semble logique, il est impératif de le mentionner au contrat pour éviter les situations d'ambiguïté observées dans la pratique. Il sera en outre interdit au prestataire d'agir au nom et pour le compte du client ou d'engager la responsabilité de ce dernier, à moins qu'il en ait reçu l'accord préalable, écrit et exprès.

En second lieu, le mainteneur est tenu aux obligations habituelles de tout prestataire, à savoir les obligations de loyauté et de bonne foi (a), ainsi que celles d'information, de conseil, de mise en garde et de collaboration (b). A cela, s'ajoutent les obligations de célérité (c), d'efficacité (d), d'entretien et de maintien du système en bon état de

¹ En effet, les événements de force majeure doivent avoir trois caractéristiques : être imprévisibles, insurmontables et extérieurs à l'homme.

² CA Nancy, 30 novembre 2004, *Obayda*, JCP E 2005, pan. n° 775.

³ CA Nancy, 30 novembre 2004, *Obayda*, précité.

fonctionnement (e), ainsi que les obligations de confidentialité (f) et de suppléance (g), qui, pour la plupart, sont spécifiques au contrat de maintenance.

a) Les obligations de loyauté et de bonne foi

398. Une telle clause n'appelle pas de difficultés particulières et s'observe dans tout contrat ; elle sera rédigée le plus simplement possible : « *Le Mainteneur s'engage à exécuter avec loyauté, de bonne foi et dans un souci de transparence, ses obligations envers le Client.* »

La rédaction est volontairement courte et vague afin de poser l'exigence des devoirs de loyauté et de bonne foi du prestataire, sans entrer dans des détails risquant de susciter débats, discussions et négociations sans fin. Tout est indiqué : le message et la portée de cette disposition sont suffisamment clairs pour qu'il n'y ait pas d'ambiguïté, ni de confusion dans l'esprit du client. De plus, les mots-clé, « *loyauté* », « *bonne foi* » et « *transparence* » sont mentionnés dans une même phrase, pour exprimer l'idée que les obligations auxquelles elles renvoient sont étroitement liées, indissociables, naturelles, voire inhérentes à la fonction et à la mission du mainteneur. Toutefois, les rappeler s'avère rassurant pour le client. Bien évidemment, ce dernier se doit d'avoir un comportement similaire à l'égard du prestataire : cela relève du devoir de collaboration réciproque des parties.

Il n'est pas superflu de mentionner de telles obligations car, la pratique a révélé des manquements de la part du prestataire, comme le fait d'introduire régulièrement dans le système du client des virus ou des bombes logiques dans le but d'obtenir la garantie du paiement des redevances.¹ De telles initiatives sont bien entendu condamnables, non seulement parce qu'elles sont dolosives et accomplies avec une intention de nuire, mais aussi parce qu'elles poursuivent un but immoral et répréhensible, à savoir obtenir une garantie au mépris des conséquences désastreuses pour le client. En destabilisant ou en paralysant le système du client, le mainteneur met en péril les données de celui-ci, voire en détruit certaines. En agissant en connaissance de cause, il manque à ses obligations

¹ CA Paris, 15 mars 1994, JCP E 1994, pan. p. 700. En l'espèce, les juges ont condamné un mainteneur qui introduisait régulièrement une bombe logique dans le système du client afin qu'il l'appelle à la rescousse et afin de percevoir le paiement de la prestation de maintenance. Le mainteneur procédait justement à de tels agissements au moment des échéances prévues au contrat, pour être certain que le client s'en acquitterait au moment convenu, sans retard.

de loyauté et de bonne foi, ainsi qu'aux règles d'éthique et de déontologie liées à la profession de mainteneur, et commet également le délit d'entrave au fonctionnement d'un système de traitement automatisé des données (art. 323-2 Code pénal).¹

Dès lors, la situation du client devient précaire. Cet état de fait s'accroît lorsque les problèmes techniques qu'il est amené à rencontrer n'entrent pas forcément dans le champ d'application de la maintenance et que le prestataire est manifestement de mauvaise foi. Or, ce dernier aura pris soin d'insérer au contrat des exclusions lui permettant d'échapper à toute responsabilité. Le client n'aura alors pas d'autre choix que de faire appel à un prestataire tiers pour remédier à ses difficultés, et d'intenter une action en justice contre son cocontractant, sachant qu'il lui sera nécessaire de prouver la faute de ce dernier.

b) Les obligations d'information, de conseil, de mise en garde et de collaboration

399. De telles obligations ne diffèrent pas de celles que l'on retrouve dans d'autres contrats. L'obligation d'information implique pour le prestataire de communiquer à son client toute donnée ou tout document qui lui paraît utile², comme le relevé périodique de ses interventions et des pannes constatées. De même, tout acte envisagé sur le système du client, tous travaux à effectuer, doivent faire l'objet d'une information préalable, même si lesdits travaux ou actes sont nécessaires : l'aval du client est obligatoire.³ Car, s'il s'avère qu'ils sont inutiles et qu'ils sont quand même réalisés, un manquement du mainteneur à ses devoirs d'information, de loyauté et de bonne foi sera caractérisé. C'est ainsi que le mainteneur s'engagera à fournir au client, en temps utile, tout élément d'information nécessaire au bon déroulement de la maintenance, ainsi que tous les détails la concernant, afin que celle-ci se déroule dans des conditions optimales. Il l'éclairera également sur la nature et le contenu de la prestation -en lui donnant les renseignements spécifiques- ainsi que sur la portée de son engagement, et en le mettant en garde contre les difficultés qui pourraient éventuellement survenir lors de l'exécution de la maintenance.

¹ « *Le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.* »

² Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, n° 94-18.250, *Le Parc de Ramonvielle*, Bull. civ. I, n° 245 ; D. 1996, IR, 187 ; RJDA 1996, n° 1452 ; Defrénois 1996, 1007, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1997, 425, obs. J. Mestre.

³ Cass. com., 3 mars 1998, n° 95-20.692, *Le Cunf*, JCP E 1998, pan. p. 728 ; RJDA 1998, n° 856.

Dès la phase de négociation, il l'informera des aspects de la maintenance sur lesquels il ne peut transiger, sous peine de ne pouvoir maîtriser ses frais généraux de maintenance ultérieure. Ces aspects concernent : les dispositifs de vérification, les procédures de diagnostic, les démarches de contrôle, l'articulation des architectures matérielles et logicielles, qui doit être logique et cohérente, la documentation (surtout pour les éléments logiciels), l'accessibilité et l'interchangeabilité (pour le système), la modularité (pour le système et les éléments logiciels), la portabilité (pour les logiciels)... Le mainteneur pourra également imposer une exclusivité en matière de fournitures et/ou des pièces de remplacement du système en cas de réparation, et le fera savoir au maintenu : seules les pièces d'un fabricant en particulier seront utilisées. En imposant cela, le prestataire s'octroie un « contrôle » sur le système et, par conséquent, instaure une certaine domination sur le client ainsi qu'une inégalité entre eux. Il est conseillé au client de refuser une telle exclusivité lors des négociations, à condition que le contrat ne soit pas d'adhésion.

Notons que l'obligation d'information ne saurait comporter une obligation de former le personnel du client à l'utilisation du système maintenu car, cela n'entre pas dans le cadre de la maintenance. C'est pourquoi, le contrat doit mentionner une telle exclusion. En revanche, le mainteneur a pour obligation d'informer le client qu'une formation peut être nécessaire.¹

400. En outre, des conseils et des mises en garde doivent être donnés au client quant aux conséquences de telles opérations, quant aux adaptations que le mainteneur recommande de faire... La pratique montre que plus les relations d'affaires existant entre les parties sont anciennes, plus le prestataire renforce ses obligations à l'égard de son client et se montre diligent envers lui. Or, cela est moralement répréhensible car, aucun traitement de faveur ne saurait bénéficier à certains clients au détriment d'autres. L'ensemble des obligations précitées permettront au mainteneur de se déresponsabiliser lorsqu'il les aura remplies : autrement dit, si le client n'a pas lu ou suivi les conseils et recommandations du prestataire, il ne pourra pas se retourner contre ce dernier au titre de ses obligations.

¹ Cass. com., 19 décembre 1995, n° 93-17.645, *Société APV Baker*, NP ; RJDA 1996, n° 482.

401. Dans tous les cas, la clause relative à l'obligation d'information, de conseil et de mise en garde peut prendre la forme suivante : « *Le Mainteneur s'engage notamment, à répondre aux sollicitations du Client en lui transmettant toute information et tout document susceptibles d'assurer audit Client une connaissance suffisante du Mainteneur et de la Prestation.*

Par ailleurs, le Mainteneur s'engage à fournir au Client tout conseil approprié quant au déroulement de la Prestation de Maintenance. Plus précisément, le Mainteneur s'engage à conseiller le Client au mieux des intérêts de ce dernier avant tout engagement de sa part, et pendant toute la durée d'exécution du Contrat.

Enfin, le Mainteneur devra mettre en garde le Client contre les problèmes qui pourraient apparaître lors du déroulement de la Maintenance. »

402. Afin que la maintenance se déroule sans problème, un devoir de collaboration sera exigé du prestataire : il s'engage à coopérer de façon pleine et entière avec le client en vue de la bonne exécution de la maintenance. Il se doit d'être diligent, réactif et disponible dans ses relations avec lui : il y va de leur intérêt mutuel. En outre, il apportera son concours au suivi des opérations liées à l'exécution de la maintenance, dans les conditions nécessaires et adéquates. Il mettra à jour les informations concernant la prestation pour éviter tout risque d'erreur de la part du client : tout ce qui n'entre pas ou plus dans le champ de la maintenance sera mentionné dans le cadre d'un avenant spécialement prévu à cet effet. L'obligation de collaboration, qui découle naturellement des obligations d'information, de conseil et de mise en garde, mettra en évidence les notions de diligence, de réactivité et de disponibilité.

c) L'obligation de célérité

403. Non seulement, le mainteneur doit intervenir dans de courts délais chez le client qui le sollicite, mais le déroulement de ses interventions ne doit pas « s'éterniser », sinon se faire rapidement, dans la mesure du possible. De plus, le délai de reprise du fonctionnement normal du système ou encore le délai de sa remise en état doit être bref, sachant qu'un tel délai est plus important que celui de l'intervention elle-même. Car, un système informatique se devant de tourner en continu, le client ne peut pas se permettre de rester longtemps sans système opérationnel. Reste à définir la durée d'indisponibilité

tolérée, ainsi que les critères objectifs et quantitatifs qui la caractérisent (nature de l'incident technique, durée des interruptions, gravité des conséquences sur le système, importance de l'élément bloquant l'ensemble du système, nécessité de recourir ou non à une simple opération manuelle, à une simple manipulation, ou nécessité « d'ouvrir » le système et d'intervenir dans les circuits...).

Le problème est que, bien souvent, les mainteneurs s'engagent sur des délais trop courts, alors qu'ils ont conscience qu'ils ne pourront pas les respecter. S'ils agissent ainsi, c'est pour attirer les clients en leur expliquant qu'ils sont capables de résoudre des problèmes rapidement. D'une certaine façon, ils font une promesse, sachant qu'ils ne pourront pas la tenir. Or, malgré la présence de dispositions contractuelles garantissant un délai d'intervention rapide, le prestataire n'engagera pas sa responsabilité si la durée de son intervention s'avère plus longue que prévue car, aura pris soin d'insérer une clause exonératoire de responsabilité. Le client pourra toujours prouver que le mainteneur n'est pas intervenu dans les délais et démontrer ainsi son préjudice (art. 1315 Code civil¹).

Ici, le mainteneur apparaît dans une situation de « domination » par rapport à son cocontractant qui, au contraire, se retrouve dans une situation précaire. A l'inverse, si une stipulation contractuelle prévoit une remise en état rapide et que le prestataire ne s'y tient pas, sa responsabilité sera engagée de plein droit, ce qui profitera au client.² De plus, l'ancienneté des relations contractuelles ne saurait justifier la lenteur de la réaction du prestataire face à l'appel de son client. Seule la force majeure ou des circonstances particulières (grève du personnel, maladie...) pourraient excuser la défaillance du mainteneur. Il en résulte que lorsqu'un incident surviendra et que le mainteneur ne pourra tenir ses engagements, sa crédibilité sera ébranlée. Afin que le client ne se retrouve pas dans une situation délicate, il lui est conseillé d'exiger une clause de pénalités, comme pour renforcer les obligations du mainteneur : il s'agit d'un bon moyen de pression le dissuadant d'agir à la légère, au mépris de ses engagements. Car, le mainteneur doit être à la fois disponible et rapide dans ses interventions. Il doit respecter les délais de réparation, de remise en conformité, ainsi que les délais maximums d'indisponibilité du système informatique... A défaut, la résiliation est de

¹ Art. 1315 al. 1^{er} C. civ. : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.* »

² CA Versailles, 7 novembre 2002, RJDA 2003, n° 378.

droit.¹ Cela paraît logique si l'on considère le rôle même du prestataire : il est choisi pour ses compétences, mais aussi pour sa faculté à être disponible et à intervenir rapidement.

Divers types de pénalités peuvent être prévus, par jour de retard ou selon un système de progression en fonction du nombre de jours de retard... Tout est question de négociation et l'on sait fort bien qu'en matière de pénalités, il n'est pas facile de faire adhérer son cocontractant à une telle idée et, de manière générale, de discuter d'un sujet aussi sensible. Dans l'hypothèse d'un contrat d'adhésion, il sera impossible pour le client d'imposer une telle clause.

404. Par ailleurs, l'utilisateur définira -et c'est loin d'être évident pour un novice en matière informatique- si l'incident relevé sur le système justifie une intervention plus ou moins rapide du mainteneur. La plupart du temps, il considèrera que l'intervention est urgente : une telle décision sera souvent prise sous l'effet de la panique face à la défaillance du système conduisant à une indisponibilité jamais acceptable, quelles que soient les circonstances. Ce sera alors au mainteneur, de par ses compétences, de faire la part des choses et de décider si une intervention est réellement urgente ou si le problème peut attendre parce que, notamment, il s'agit de réglages mineurs à effectuer périodiquement, selon les termes du contrat. Dans une telle hypothèse, le mainteneur est seul maître du jeu : il décide si un incident est de nature à déclencher la maintenance et, par conséquent, à justifier son intervention et son déplacement sur le site du client, en raison de l'impossibilité pratique d'opérer à distance. Il apparaît alors dans une position privilégiée par rapport à celle du client et entend bien en « profiter ». En matière de maintenance logicielle, la situation n'est guère différente (supra n° 447 s.). Dans tous les cas, la durée d'indisponibilité devra se mesurer en quelques jours car, à défaut, les conséquences financières pourraient être graves pour le client. C'est pourquoi, le mainteneur doit être attentif à ses besoins et se montrer très vite disponible, et surtout, vif quant à la résolution des problèmes techniques rencontrés.² L'indisponibilité générant une situation précaire pour le client, celle-ci ne doit pas se pérenniser. A défaut, il faudra trouver des solutions comme la suppléance (supra n° 420 s.) : si elle est

¹ CA Paris, 14 décembre 1995, *Tom Asi*, Expertises 1996, p. 161.

² CA Toulouse, 5 décembre 1979, JCP G, 1980, IV, 392. CA Dijon, 21 mai 1986, Expertises 1987, p. 144.

prévue au contrat, le client disposera d'un système de remplacement sans frais supplémentaire, sinon devra opter pour une autre alternative, à ses frais.

405. En outre, l'obligation de célérité s'impose tant dans le cadre d'une maintenance préventive que d'une maintenance corrective. En effet, dans le cadre de la première, la prévention implique des actions planifiées de contrôle du fonctionnement du système visé, à suivre impérativement, et impliquant le respect d'obligations de diligence, de réactivité et de disponibilité. Le mainteneur devra donc intervenir régulièrement auprès du client, dans un délai « raisonnable », prédéterminé. La pratique et les usages peuvent aider les parties à le déterminer. L'importance du système informatique sera également un critère déterminant pour planifier les interventions du mainteneur. Si aucune fréquence d'intervention n'est précisée au contrat, les parties devront s'entendre et s'organiser pour que des visites de contrôle aient lieu le plus souvent possible. Dans tous les cas, chaque visite du mainteneur devra être consignée dans un registre ou dans une fiche spécialement prévue à cet effet, afin d'éviter tout conflit ultérieur et de s'en prémunir.

406. Dans le cadre de la maintenance corrective, l'urgence est de rigueur car, il ne s'agit plus ici de simple prévention. Au contraire, l'utilisateur du système a prestement besoin du mainteneur en raison d'un problème technique brusquement survenu et l'empêchant d'en faire usage, et éventuellement d'exercer sa profession, avec toutes les conséquences que cela implique. Dans un tel cas de figure, le mainteneur se doit d'être réactif, diligent, et surtout disponible, même si aucun délai d'intervention n'est expressément prévu au contrat. Un temps maximum de réponse du mainteneur au client peut être stipulé au contrat, dans l'intérêt de ce dernier.¹ Ce temps peut être de deux heures comme de huit heures... Mais, cela doit être nuancé car, il faut distinguer selon que l'intervention a lieu sur un site géographiquement proche du mainteneur ou non, ou à distance... Dans ces conditions, le temps d'intervention n'a pas la même approche, ni la même valeur.

407. Enfin, l'intervention du mainteneur se doit d'être optimale dans le sens où il devra se montrer efficace à la résolution des problèmes, et cela, en un temps réduit. Car,

¹ CA Paris, 14 décembre 1995, *Tom Asi*, précité. CA Versailles, 7 novembre 2002, *Société KPMG c/Société Securinform*, RJDA 2003, n° 378.

l'obligation de célérité implique une obligation de disponibilité, obligation de résultat¹, quelles que soient les circonstances², et va de pair avec elle. C'est une question de bon sens en plus d'être prévu au contrat. A défaut, la maintenance n'aurait plus d'intérêt et le contrat perdrait son essence même. Par conséquent, un mainteneur qui n'interviendrait pas selon les délais et qui ne serait plus disponible pour son client verrait son contrat résilié, sans qu'il puisse contester une telle résiliation qui serait plus que légitime, peu important les raisons invoquées (déménagement de son entreprise et donc éloignement du site du client, restructuration ou réorganisation de ladite entreprise...). Sa bonne foi ne pourrait rien y changer. Ici, la rapidité de l'intervention n'est pas en cause car, la maintenance corrective reste aléatoire dans sa survenance et dans sa durée.³ La résolution du problème prendra d'autant plus de temps que celui-ci sera complexe. Cependant, rien n'empêche le mainteneur d'insérer une clause prévoyant un délai d'indisponibilité maximum pour le système du client. Celle-ci sera éventuellement associée à une clause de suppléance ou de secours qui sera abordée plus loin (supra n° 420 s.).

d) L'obligation d'efficacité

Si une telle obligation doit s'observer chez tous les prestataires, elle prend tout son sens dans le domaine de la maintenance. Elle s'impose d'elle-même dans les contrats où l'objet porte sur les technologies informatiques et numériques car, les propriétaires de systèmes ne sont pas toujours compétents pour assurer leur maintenance. D'où, le recours à des mainteneurs qualifiés qui doivent fournir une prestation de qualité.⁴ En un mot, ils doivent être capables de faire face à leurs engagements, conformément à ce qui est prévu au contrat, et eu égard au respect des règles de l'art et de l'état de la technique. Une telle obligation d'efficacité se dédouble donc en une obligation d'être qualifié (i) et en une obligation de conformité (ii).

i. L'obligation d'être qualifié

408. La maintenance concernant un domaine technique assez pointu, il est nécessaire de rappeler au contrat que le mainteneur comme ses techniciens doivent avoir les connaissances et les qualifications requises pour accomplir leur mission. Non

¹ CA Versailles, 7 novembre 2002, *Société KPMG c/Société Securinform*, précité.

² CA Paris, 12 novembre 1998, *Microénergie*, RJDA 1999, n° 513.

³ *Les contrats de maintenance : aléa et risques d'annulation*, C. Casal, Expertises 2007, p. 179.

⁴ CA Paris, 7 juin 1994, *Le Pélican*, Expertises 1994, p. 273. Cass. com., 27 mars 2007, n° 06-10.890, *Société Canon c/Société Starpack*, NP.

seulement, ils doivent avoir reçu la formation nécessaire pour pouvoir effectuer les actes de maintenance, mais ils doivent également faire l'objet d'un recyclage permanent en raison de l'évolution rapide et permanente de l'informatique. Le client doit être assuré des compétences du mainteneur : il pourra légitimement lui demander de prouver sa qualification ainsi que celle de son personnel. Toutes vérifications sont autorisées aux fins de le rassurer. Par ailleurs, le mainteneur ne saurait envoyer auprès de son client un personnel insuffisamment qualifié dans le but de respecter les délais d'intervention prévus au contrat.¹ S'il agissait ainsi, il commettrait une faute méritant sanction, notamment au nom de la violation de son devoir de bonne foi.

Dans tous les cas, l'obligation d'être qualifié peut se formuler ainsi : « *Le Mainteneur déclare avoir les compétences et l'expérience requises par le Client pour exécuter la Prestation de Maintenance demandée.* »

409. En outre, l'étendue du réseau du mainteneur doit être précisée au client, ainsi que la distance de son centre d'intervention le plus proche. Le client exigera toutes ces informations par écrit. De même, si le mainteneur n'est pas le fabricant des pièces de rechange du système, le client s'assurera qu'il peut quand même obtenir de telles pièces² ; le mainteneur lui communiquera toutes les informations dans ce sens, au nom de son devoir d'information. Il paraît en effet logique que le mainteneur, en tant que professionnel, l'informe sur ce point et, de manière générale, sur le fonctionnement de son système et sur les recommandations du fabricant.³ Ainsi, le mainteneur doit accomplir sa mission avec sérieux, soin et précision. Il recherchera les causes des défaillances du système et y remédiera.⁴ Il ira au bout de sa mission, en vertu d'obligations de maintenir en état le système et d'être efficace pour les problèmes ne présentant pas de difficultés de résolution, quel que soit le type de maintenance, sachant que ces obligations sont toujours de résultat.⁵ S'agissant de la maintenance corrective, il sera habituellement tenu d'une obligation de résultat, ce qui signifie que l'anomalie doit

¹ CA Paris, 14 décembre 1995, *Tom Asi c/Thomainfor Spectral*, Expertises, n° 193, p. 161.

² CA Versailles, 7 novembre 2002, *Société KPMG c/Société Securinform*, précité.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2000, n° 19-12.324, *Pico informatique c/Pacific technologie*, NP ; Expertises 2001, p. 273, obs. G. Flambard.

⁴ CA Paris, 25 février 1993, *Gaz. Pal.* 1993, 2, p. 470, obs. D. Véret.

⁵ CA Paris, 7 juin 1994, *Le Pélican*, précité. CA Paris, 22 juin 2001, *Unisys France*, CCE 2001, n° 128 ; LPA 13 janvier 2003, obs. C. M.-R. CA Versailles, 7 novembre 2002, *Société KPMG c/Société Securinform*, précité.

être impérativement réparée.¹ Cette obligation est tellement forte que la jurisprudence considère que l'indisponibilité des pièces de rechange ne constitue pas un cas de force majeure, sauf exceptions.² En d'autres termes, il est difficile pour le prestataire d'échapper à ses responsabilités en matière de maintenance, sauf si les actes à accomplir relèvent d'un cas d'exclusion légitime. En effet, le client ne contracte pas avec une personne dont il n'est pas certain de la bonne renommée. De plus, la concurrence entre mainteneurs étant rude, ceux-ci se doivent d'offrir des prestations de qualité. A défaut, c'est leurs entreprises qui pourraient en pâtir sur le long terme. Après avoir effectué les opérations de maintenance, le prestataire vérifiera si le système fonctionne. A ce titre, des contrôles et des tests seront effectués et il ne sera « libéré » de sa mission que si les problèmes sont résorbés.

410. En revanche, dans le cadre de la maintenance préventive, l'obligation sera plutôt de moyen³, car, est demandé au prestataire de mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour atteindre les objectifs demandés, sachant que s'il n'y parvient pas, le client ne pourra lui en tenir rigueur. Mais, l'obligation est de moyen⁴ ou de moyen renforcée lorsqu'il existe un aléa, c'est-à-dire si les accidents ou pannes sont imprévisibles. Dans ce cas, le mainteneur ne peut garantir le bon fonctionnement. Le client n'a alors pas d'autre recours que de prouver une faute de son cocontractant en cas d'incident, ce qui reste une démarche difficile pour un novice comme lui. En effet, il n'est pas « armé » pour faire face aux problèmes techniques ; c'est d'ailleurs pourquoi il fait appel à un prestataire qui est censé l'être.

411. De même, l'obligation devient de moyen, et cela, même si une obligation de résultat était stipulée au contrat, lorsque le client est intervenu dans la maintenance et a causé un préjudice à son système, y compris de façon involontaire.⁵ Il en est pareillement lorsque le mainteneur est intervenu plusieurs fois de manière efficace pour mettre fin au même problème, mais que celui-ci a été aggravé par les manipulations

¹ CA Versailles, 7 novembre 2002, RJDA 2003, n° 378. CA Paris, 22 juin 2001, CCE 2001 comm. n° 128.

² CA Nancy, 30 novembre 2004, *Obayda*, JCP éd. E 2005, pan. N° 775.

³ CA Rouen, 27 avril 2005, CCE 2006, étude n° 4, n° 29, obs. H. Bitan.

⁴ CA Paris, 17 février 1989, D. 1990, somm. 327. Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2000, n° 19-12.324, *Pico informatique c/Pacific technologie*, précité. CA Chambéry, 4 septembre 2007, Juris-Data n° 343175.

⁵ Cass. com., 28 novembre 2000, n° 98-14.748, *Société Reno*, NP ; RJDA 2001, n° 298.

dommageables du client.¹ Bien entendu, le mainteneur fera en sorte qu'aucune obligation de résultat ne pèse sur lui, en insérant dans le contrat une disposition protectrice à son égard.

La seule option laissée au client est de prouver une faute du mainteneur à l'origine d'un ou de plusieurs troubles matériels constatés ultérieurement. La maintenance préventive servant justement à éviter que de tels troubles se produisent, si malheureusement, ils surviennent, le client n'aura pas d'autre choix que de prouver que le mainteneur n'a pas fait son travail correctement et n'a pas pris les précautions adéquates pour les éviter. Mais, cela reste difficile à démontrer. Pour alléger le poids de la situation, une obligation intermédiaire est mise à la charge du mainteneur : il s'agit d'une obligation de moyen avec présomption de faute², notamment pour les logiciels d'exploitation du système. Cela permet de corriger quelque peu le déséquilibre entre les parties.

412. Etre qualifié implique également de répondre aux moindres sollicitations du client, quel que soit le type de maintenance envisagée. Par conséquent, le mainteneur ne pourra échapper à ses obligations et ne pas accomplir une partie de sa mission en arguant que l'une des maintenances accomplies est de qualité et que, par conséquent, il importe peu que tel autre type de maintenance n'ait pas abouti. Etre qualifié nécessite aussi de garantir son cocontractant contre les vices cachés pour les pièces fournies ou les aménagements effectués. En effet, outre la garantie légale contre les vices cachés (art. 1641 C. civ.) qui protège le client contre les défauts qui rendent le système impropre à sa destination normale, son cocontractant peut être tenu d'une obligation conventionnelle à ce titre. Si le client en a la possibilité, il demandera que soit incluse au contrat une clause dans ce sens.

413. Mais, être qualifié implique surtout une obligation de sauvegarder les données du client avant d'effectuer toute opération de maintenance, sachant que cette sauvegarde doit être convenable et efficace.³ Tout mainteneur doit savoir qu'une telle tâche est capitale pour son client. Aussi, quelles que soient les circonstances, que le mainteneur

¹ CA Pau, 1^{ère} ch., 27 novembre 2007, n° 05/02606, *Société Conserves et salaisons de la Noureppes c/Société ABI*, Juris-Data n° 351600.

² Cass. com., 22 octobre 1991, *Bull. c/Hamelin*, Expertises 1991, n° 144, p. 392 ; DIT 1994/2, p. 28, obs. Espagnon.

³ CA Paris, 5^{ème} Ch. B, 18 octobre 2007, n° 04/18739, *Société Visiodent c/Soussan, Société Dell*, RJDA 2008, n° 116 ; CCE 2008, n° 70, obs. Ph. Stoffel-Munck.

intervienne dans l'urgence ou non, la sauvegarde devra être mise à jour et constituée une priorité. A défaut, il y a risque que les fichiers contenant les données du client soient « écrasés » par le mainteneur, ce qui serait regrettable. La preuve étant à la charge de celui qui invoque un fait litigieux (art. 1315 Code civ.), le client devra établir que le mainteneur a effectivement détruit, même de façon non intentionnelle, ses données. Une telle preuve est difficile à apporter, voire impossible car, non seulement, il faut démontrer l'existence de ces données, mais aussi que celles-ci étaient « consistantes » avant l'acte fatidique du mainteneur, c'est-à-dire qu'elles avaient une certaine teneur, un intérêt, et un volume non négligeable. Si le client parvient à prouver que le dommage résulte d'une réparation défectueuse ou d'une maintenance insuffisante¹, il pourra être indemnisé. C'est la moindre des choses que le mainteneur puisse faire, et c'est d'ailleurs pourquoi son obligation est de résultat.² Chaque situation sera analysée au cas par cas.

Une jurisprudence considère, au contraire, qu'il s'agit d'une obligation de moyen.³ A notre sens, une obligation de résultat est préférable car, tout mainteneur qui se considère comme tel doit agir comme un véritable professionnel : il doit être compétent, efficace et se montrer alerte à tout problème. En outre, il doit assumer les conséquences de ses actes, même si ceux-ci ont causé de façon non intentionnelle des dommages. Le client choisissant le mainteneur en fonction de ses compétences reconnues, il est normal qu'il s'attende à une prestation irréprochable. A défaut, il serait en droit d'obtenir réparation car, d'une certaine manière, il est victime d'une erreur sur la personne du mainteneur et sur ses qualités. Rappelons à cet égard que le contrat de maintenance est conclu *intuitus personae*, autrement dit, en considération de la personne du mainteneur. Par conséquent, tout agissement du mainteneur qui serait préjudiciable aux intérêts du client remettrait en cause le contrat, sa portée, ainsi que la qualité attendue de la prestation à effectuer.

414. Toutefois, afin de se protéger, le mainteneur aura coutume d'insérer au contrat une disposition indiquant que le client est seul responsable de la sauvegarde des informations dont il est propriétaire (incluant les fichiers, les programmes et toutes données contenues dans le système...). En cas de perte, de détérioration ou d'altération, le client n'aura pas d'autre alternative que de prouver qu'il n'y est pour rien s'il souhaite voir son préjudice réparé.

¹ CA Bordeaux, 8 février 1999, *Société Fermetures et automatismes du S.-O.*, JAMP 1999/2, p. 308.

² Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1998, n° 96-17.872, *Midi informatique*, NP ; Expertises 1998, p. 266, obs. N. Courtier ; Gaz. Pal. 1999, 1, pan. p. 104.

³ CA Paris, 17 février 1989, *Wang*, Juris-Data n° 020921.

ii. L'obligation de conformité

415. Une telle obligation est inexorablement liée à celle d'accomplir certaines tâches conformément à ce qui est spécifié au contrat. Elle n'a rien à voir avec l'obligation de garantir la conformité du système prévue dans le contrat principal (vente, location du système...) qui découle naturellement de l'obligation de délivrance du prestataire visé. Ici, est posé le problème des exclusions (supra n° 444 s.). Car, le prestataire doit accomplir complètement sa mission : il réalisera uniquement les actes convenus au contrat, tout autre étant exclu. C'est ainsi que lors de la rédaction du contrat, le prestataire prendra soin d'inclure dans la liste des tâches celles qu'il est en mesure de faire, et privilégiera les tâches aisées, rapides à effectuer et dont l'appréhension ne pose pas trop de difficultés... En particulier, il ne s'encombrera pas de celles qui risquent d'être trop laborieuses ou de celles qui résultent d'événements extérieurs imprévisibles, mais surmontables, telles que les variations ou défaillances du courant électrique ou pannes téléphoniques. Il fera en sorte que n'entre pas dans le champ de ses obligations la réparation du système endommagé par de tels événements. Si le contrat est négocié, le mainteneur veillera à protéger ses intérêts et tentera d'y insérer des exclusions qui ne devraient pas l'être, au risque de mettre son cocontractant dans une situation précaire.

416. Dans tous les cas, le mainteneur sera tenu de terminer la prestation de maintenance pour laquelle il a contractée, et cela, quelles que soient les circonstances. Cela sera mentionné dans le contrat afin de rassurer le client. L'intérêt étant d'éviter les comportements malhonnêtes de prestataires qui décideraient de ne pas achever une tâche car, s'avérant plus complexe que ce qui était prévu au départ. Une précarité serait ainsi instaurée au détriment du client en même temps qu'une inégalité entre les parties. En effet, l'une d'elles, le prestataire, aurait l'avantage sur l'autre en la privant de la prestation attendue. L'obligation de conformité peut prendre la forme suivante : « *Le Mainteneur s'engage à accomplir la Prestation de Maintenance conformément aux besoins et aux attentes du Client, ainsi qu'en considération de l'état de la technique et des règles de l'art.* »

e) L'obligation d'entretenir et de maintenir le système en bon état de fonctionnement

417. Il s'agit pour le mainteneur d'effectuer, à intervalle régulier fixé par contrat, des tâches de contrôle, de vérification, de réglage, de nettoyage, voire, si nécessaires, de

remplacement de pièces défectueuses ou inutilisables, afin de préserver et de conserver le système du client en bon état de fonctionnement, ou du moins, en état de fonctionnement. Il fera en sorte que le système fonctionne toujours comme au premier jour, c'est-à-dire comme dans son état d'origine, et cela, de façon continue. Un tel entretien régulier permettra à l'utilisateur du système d'en faire un usage sans rencontrer le moindre problème, à condition que celui-ci soit conforme aux spécifications du contrat. D'une certaine façon, le mainteneur impose à son cocontractant des règles de conduite en matière d'utilisation de son système : en le contrôlant, il renforce davantage son rôle de partie forte au contrat.

Si un tel entretien est nécessaire, c'est parce que comme tout bien, un système doit faire l'objet de « soins », de protection et d'encadrement : il doit être utilisé en bon père de famille. Pour que l'entretien soit utile, le client doit faire un usage normal du système, c'est-à-dire l'utiliser dans les conditions prédéfinies au contrat, celles que le prestataire estime normales. A défaut, le mainteneur devra passer à la vitesse supérieure et procéder à des actes de réparation ou de maintenance corrective.

Une telle obligation d'entretenir et de maintenir le système en bon état de fonctionnement peut être contenue dans la clause suivante : « *Le Mainteneur assurera un contrôle périodique afin de vérifier la bonne marche du système et effectuera à cette occasion les opérations d'entretien courant éventuellement nécessaires. Le technicien chargé de l'entretien procédera aux vérifications, réglages, nettoyages et, le cas échéant, au remplacement des pièces défectueuses ou inutilisables à la suite d'un usage normal du système. La périodicité de ces visites de contrôle sera fixée par le Mainteneur en fonction des nécessités techniques.* »¹

f) L'obligation de confidentialité

418. L'obligation de confidentialité est indispensable dans un contrat de maintenance car, le mainteneur est amené à avoir accès à des données secrètes, voire sensibles, notamment sur l'activité professionnelle de son client, lors du déroulement de sa mission. Il s'agit le plus souvent de données personnelles, nominatives et privées, mais également de données techniques et/ou commerciales (fichiers clientèle, stratégies

¹ Annexe 7 : Article 2 : « Entretien », *Contrat de maintenance système*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 184.

marketing, secrets de fabrication, savoir-faire, chiffres, comptes, méthodes, études, ou toute information affectant la rentabilité de l'entreprise du client ...). C'est pourquoi, des dispositions précises, dans un souci d'efficacité, doivent être prévues au contrat pour protéger les intérêts du client.¹ La clause de confidentialité n'est donc pas exceptionnelle dans un contrat de maintenance à cause des enjeux pour le client. Elle précisera notamment que le mainteneur prendra toutes les mesures et précautions nécessaires pour assurer la confidentialité, comme faire signer à son personnel un engagement de confidentialité. Il s'engagera à ne pas divulguer des informations concernant son cocontractant, ni à les utiliser à d'autres fins que l'exécution du contrat. A défaut, il serait susceptible d'engager sa responsabilité et de voir le contrat résilié pour manquement à ses obligations. De telles sanctions sont souvent mentionnées au contrat pour qu'il prenne conscience de l'importance de ses obligations et de ses conséquences. Quant au client, il devra faire appel à une société tierce afin d'achever la maintenance.

419. Si une clause pénale² prévoit que la violation du devoir de confidentialité est un motif de sa mise en œuvre, des sanctions seront prononcées à l'encontre du prestataire. La clause pénale s'appliquera, après mise en demeure infructueuse du prestataire -par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception- de remédier à sa défaillance et/ou sa carence, en cas de survenance des événements prévus ayant causé un préjudice au client. En outre, le contrat précisera éventuellement que le mainteneur n'est pas autorisé à copier ou à reproduire les informations confidentielles auxquelles il a accès, en totalité ou en partie, à quelque titre, par quelque moyen et procédé que ce soit, sous quelque forme et sur quelque support que ce soit -numérique ou analogique- sans l'autorisation préalable, expresse et écrite du client. La plupart du temps, seule sera autorisée la copie de sauvegarde des données confidentielles effectuée dans un but de conservation par le mainteneur, pendant la durée du contrat. A défaut, il pourrait être poursuivi pour contrefaçon, de même qu'éventuellement les membres de son personnel.

¹ CA Versailles, 7 novembre 1991, D. 1992, IR 15.

² Rappelons que la clause pénale fixe forfaitairement et à l'avance le montant de dommages-intérêts dus par le débiteur à son créancier (ici le mainteneur est le débiteur et le client est le créancier) en cas de manquement à ses obligations.

g) L'obligation de suppléance

En premier lieu, il est nécessaire de définir le cadre général de la suppléance (i), pour ensuite appréhender les choix stratégiques en la matière (ii).

i. Le cadre général de la suppléance

420. Cette obligation, facultative mais vivement conseillée dans l'intérêt du bénéficiaire de la maintenance, s'insère dans une clause appelée « *clause de secours* », « *clause de soutien* » ou encore « *clause de back up* ». ¹ Soit elle est prévue au sein d'une disposition particulière du contrat, soit elle donne lieu à un contrat entier et autonome : le contrat de back up, indépendant du contrat de maintenance. Il s'agit pour le mainteneur ou un prestataire tiers, de ne pas laisser l'utilisateur du système dans l'embarras en cas de panne, de problème de fonctionnement ou de défaillance informatique sérieuse jugée trop longue, en mettant à sa disposition, dans un « bref » délai prévu au contrat, un système identique ou équivalent, compatible avec ses données et programmes, et cela, pendant une certaine durée. Les outils informatiques sont souvent fournis en dehors du site du client, par un centre de soutien relié par télétransmission aux services dudit client. L'intérêt du dispositif est de ne pas laisser un système indisponible trop longtemps et de protéger les investissements du client car, un système informatique qui ne fonctionne pas engendre des conséquences financières non négligeables pour une entreprise. En un mot, l'objectif est de limiter la précarité de la situation dans laquelle se trouve le client.

421. Quant au contrat de back up, il a pour spécificité de n'être souvent signé qu'au jour du sinistre. D'ailleurs, la plupart du temps, il comporte une clause suspensive selon laquelle il ne prendra effet qu'au jour d'un tel événement. Le mainteneur prendra en charge les frais d'intervention du tiers qui supplée à sa carence en mettant à la disposition du client un système de remplacement en état de fonctionnement. Car, il paraît juste que le client n'ait pas à supporter de telles dépenses alors que c'est le mainteneur qui n'a pas accompli sa mission telle que précisée au contrat.

¹ La commission de terminologie désigna cette clause de secours pour traduire « *backup* », dans un arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, J.O.R.F. 17 janvier 1982, numéro complémentaire p. 624.

422. Mainteneur ou tiers se chargeront alors d'assurer le relais technique du système, conformément aux délais prévus. A ce titre, il est nécessaire que l'intervention du prestataire ou, plus précisément, le déclenchement du soutien, soit rapide et que le personnel du mainteneur n'ait pas des kilomètres à parcourir chaque jour pour effectuer sa mission sur le site du client, si elle doit s'y dérouler. La nécessité d'une telle rapidité s'insère dans le cadre d'une obligation de résultat.¹ Le délai toléré sera de douze à vingt-quatre heures maximum, de même que pour la mise à disposition au client d'un système de remplacement ou de secours, et cela, dès constatation de l'indisponibilité dudit système et de l'impossibilité de remédier au problème rapidement. Le bref délai s'applique également à la période d'indisponibilité du système. Sur ce point, le prestataire dispose d'une large marge de manœuvre, apparaissant comme celui qui fixe les règles du jeu. Les critères quantitatifs d'indisponibilité seront précisés pour éviter toute mauvaise surprise au client : la nature de la panne ou de l'incident, sa gravité, la durée des interruptions répétées du système sont autant d'éléments à prendre en compte pour déterminer la maintenance la plus appropriée et pour l'envisager sereinement.

423. L'intérêt du bref délai est d'éviter les abus de la part des mainteneurs. Car, dans l'urgence, il est impensable que le client soit matériellement démuné : il doit pouvoir continuer à exercer son activité en toute quiétude. En un mot, il doit bénéficier du maintien et de la poursuite de son activité, en toutes circonstances, grâce à un soutien logistique et technique de qualité. C'est pourquoi, ses besoins doivent être définis (plages horaires d'exploitation, temps-machine nécessaires, capacités-disque minimales, périphériques minimaux...) et l'obligation de suppléance va de pair avec les obligations de disponibilité, de célérité, d'efficacité et de réactivité du mainteneur. D'ailleurs, pour que la suppléance soit efficace, il est conseillé au client de demander des tests réguliers de fonctionnement du système.

424. De façon générale, le client se méfiera de toutes les clauses d'exemption de responsabilité et des cas assimilés à la force majeure que le prestataire aura pris soin d'insérer. Lors des négociations, leur champ d'application sera clairement défini afin de partir sur de bonnes bases et d'éviter les non-dits et autres malentendus. Car, le prestataire peut facilement prévoir de telles dispositions et les rédiger de façon si subtile

¹ CA Versailles, 7 novembre 2002, *KPMG c/Sécurinfor*, RJDA, 2003, n° 378.

qu'un client, novice en matière de suppléance et de maintenance en générale, ne s'en rendra pas compte, sauf s'il dispose d'un conseil juridique et/ou technique.

Prévoir la suppléance a des répercussions sur le prix global de la prestation : là encore, le client doit prendre certaines précautions comme refuser tous frais supplémentaires en cas de sinistre ou de difficulté car, le back up intervient justement dans le cadre de telles circonstances. Sa mise en oeuvre est aléatoire : il n'interviendra que si certains événements se produisent. Pour limiter les frais, le client pourra exiger que ne soient couverts par le back up que certains services essentiels pour son entreprise, et bien sûr, comme pour tout contrat, il négociera les prix au mieux, si la discussion est possible. Dans la meilleure des hypothèses, il négociera un bonus en cas de non-utilisation de la prestation de suppléance, comme cela existe en matière d'assurance-auto pour les conducteurs qui ne commettent jamais d'accidents. Mais, cela n'est pas facile à imposer dans la pratique. Enfin, le contrat peut prévoir une révision annuelle des prix, sachant qu'il est recommandé au client de vérifier sur quel indice est basée la révision afin que celle-ci ne soit pas excessive.

425. Si le client n'est pas satisfait de son prestataire, il pourra toujours recourir aux services d'un autre professionnel, avec les conséquences financières que cela implique. En effet, s'il est encore engagé avec lui, il devra attendre le terme du contrat, à moins que celui-ci n'ait commis une faute justifiant sa résiliation anticipée. Si cela n'est pas le cas, il devra négocier un prix avec un second prestataire tout en continuant à payer une redevance au prestataire initial, ce qui est lourd financièrement. Une autre solution consisterait à recourir aux services d'un autre centre de soutien du réseau du prestataire. Mais, en trouver un de disponible, sans délai et géographiquement proche de l'entreprise cliente peut s'avérer difficile, voire risqué, en particulier si la situation de celle-ci est urgente. C'est sans compter le fait que les tarifs de certains centres, même faisant partie du réseau du prestataire, peuvent être plus onéreux : il faudra alors négocier de nouveau les prix et subir de nombreuses tracasseries administratives et techniques... C'est pourquoi, il est important que le client détermine à quel prix il est prêt à subir de telles modifications, et si changer de centre de soutien en vaut la peine.

ii. Les choix stratégiques en matière de suppléance

426. La suppléance prend uniquement en charge les fonctions informatiques essentielles, afin de préserver l'entreprise d'un préjudice grave. Outre un système de remplacement, est également mis à disposition le personnel du mainteneur : c'est une prestation d'assistance technique dont le coût est inclus dans le prix global de la prestation de maintenance. Si une telle mise à disposition n'est pas prévue au contrat, elle sera facturée en sus. Il est alors nécessaire pour le client de bien négocier son prix car, cela pourrait lui coûter cher. Pour limiter les dépenses, une solution consisterait pour le client et son personnel à recevoir une formation afin d'assurer le traitement des applications objet du soutien, à condition qu'ils aient les compétences pour la suivre. Certes, une formation n'est pas gratuite, mais son prix sera toujours inférieur à celui d'une mise à disposition récurrente du personnel du centre de soutien auprès du client.

Si le back up est prévu dans un contrat distinct de celui de maintenance, son objet sera formulé comme suit : « *Le présent Contrat a pour objet la mise à disposition de matériel et prestations informatiques par le centre de soutien au bénéfice du client en cas de panne ou défaillance de son système informatique.* »¹

427. Définir la prestation va s'avérer délicat car, le client devra choisir le centre de soutien compétent, de préférence celui situé géographiquement le plus proche de lui, ou dans le meilleur des cas, sur son propre site. Avec l'aide du prestataire, il déterminera les applications « vitales » à privilégier : pour cela, sera évalué son préjudice en fonction du nombre de jours d'indisponibilité de son système, et sera indiqué ce qui est toléré pour chaque application. Car, le fonctionnement d'un système de dépannage n'aura jamais la même qualité qu'un système en état de fonctionnement normal. Une assistance lui sera alors utile. Aussi, il est conseillé au client d'exiger une obligation de résultat du centre de soutien, et pas seulement s'agissant de la mise à disposition d'un système, et que ce centre dispose d'équipements fiables et de qualité, ainsi que de personnel compétent. Car, certains centres ne garantissent pas toujours les résultats des traitements opérés.

¹ Annexe n° 8 : Article 1 : « *Objet* », *Contrat de back up*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 197.

428. En définissant l'objet du contrat, les obligations qui en résultent sont posées : il ne sera pas possible pour l'une des parties de tenir pour responsable l'autre des préjudices subis sur son matériel ou ses logiciels non utilisés dans le cadre de la mission de suppléance. C'est pourquoi, il est recommandé à la partie lésée de souscrire toutes les assurances qu'elle estimera utiles afin d'être indemnisée en cas de sinistre. L'intérêt étant ici de se protéger contre toute action infondée de son cocontractant.

En mentionnant expressément les obligations des parties, leur rôle est affiché et sont évitées toute « dérive ». Car, dans un contrat de maintenance, les relations entre parties sont déjà déséquilibrées et inégales : il en faut peu pour « aggraver » la situation du client et renforcer un peu plus sa précarité. D'où, la nécessité de savoir avec précision la teneur des engagements de chacun. Le contrat prévoira notamment la sauvegarde des fichiers du client, la constitution des réseaux de télétransmission entre le centre de secours et ledit client, l'organisation du transport du personnel du mainteneur et celle des supports matériels d'information vers le centre de secours, la prise en charge par ce centre de certaines opérations telles que la diffusion d'états et de résultats ... Seront également définis les spécifications du système à maintenir¹ ainsi que les logiciels en interaction.

Il sera recommandé au client d'exiger du centre de secours qu'il fasse lui-même l'analyse de ses besoins afin que ses interventions soient optimisées. Car, après tout, il est tenu d'une obligation de conseil et d'information à son égard. D'où, la mise en œuvre nécessaire de tests. Par la même occasion, cela lui permettra de se familiariser avec le fonctionnement du centre ainsi qu'avec l'utilisation des équipements de secours.

429. Par ailleurs, le contrat prévoira les modalités d'application de la clause de suppléance et le déroulement de la suppléance elle-même. Soit plusieurs personnes utiliseront le même système en temps partagé -on parlera alors de fonctionnement en « *fill time* »², soit chacun disposera d'un système particulier : il s'agira d'un fonctionnement en « *back time* ». Dans les deux cas, cela résulte d'un choix réfléchi du client et de sa politique d'entreprise. La seconde option est bien entendu plus onéreuse que la première, puisque seul un utilisateur a accès au système, en a la jouissance, la

¹ CA Paris, 6 mars 1993, *Prud'homme Transmissions c/Technologie Télécommunications informatique Services*, Expertises, n° 165, p. 359.

² C'est le cas notamment lorsqu'un autre client travaille en sous-capacité.

direction et le contrôle. Il existe des formules de back up complexes faisant intervenir différents acteurs tels qu'une société de services de sous-traitance et suppléance informatiques, un centre de soutien spécialisé...

Chacun des systèmes présente des avantages et des inconvénients : le client est le seul à savoir lequel est susceptible de satisfaire au mieux ses intérêts. Il reste maître de sa décision, même s'il peut être conseillé dans sa démarche par le mainteneur qui possède toutes les connaissances techniques adéquates et, qui, en raison de ses devoirs de conseil, d'information, de loyauté et de bonne foi, est à même d'aider le client dans ses choix.

430. Le contrat de back up règlera encore le sort des copies des logiciels, des droits d'auteur, de la configuration du système du client, de l'intervention du centre de soutien... Concernant les copies des logiciels, il est souvent prévu que le client les transmette au centre de soutien, ainsi que celles de leurs nouvelles versions.¹ Il s'agit des copies de sauvegarde, indispensables en cas où le logiciel d'origine serait détruit ou altéré, pour quelque raison que ce soit, et nécessaires au travail du centre de soutien qui sera amené, par sa mission, à effectuer une maintenance sur les logiciels. Bien entendu, il ne pourra pas modifier ces copies, ni celles des fichiers et documents informatiques. Quant au client, il ne pourra exiger de telles modifications. Pour éviter toute ambiguïté quant au champ de sa mission, le centre de soutien précisera au contrat qu'il agit uniquement en qualité de conservateur des copies.

Pour mener à bien sa mission, le centre devra avoir reçu du client toutes les informations utiles concernant le système. Souvent, les prestataires décident que le système tel qu'il est configuré au moment de l'engagement des parties ne saurait bénéficier d'une suppléance, s'il a subi des modifications qui ne leur permettent plus d'assurer un secours approprié. Leur intention étant ici de limiter le champ de leur intervention et de leur responsabilité, et sera formulée comme suit : « *Toute modification de la configuration devra être transmise au centre de soutien qui se réserve la possibilité de renoncer à l'engagement de soutien au cas où les modifications*

¹ Bien entendu, le client devra au préalable obtenir l'autorisation des auteurs des logiciels pour effectuer les copies de sauvegarde et les transmettre au centre de soutien. De telles autorisations seront notamment accordées dans le cadre de licences d'utilisation de logiciels (Voir Première Partie, Titre I, Chapitre I) ou encore de cessions de droits sur les logiciels...

seraient telles qu'elles ne permettraient plus d'assurer un secours valable »¹, c'est-à-dire d'exercer correctement leur mission. Le client se trouve ainsi dans une situation précaire et inégale par rapport à son cocontractant car, une telle disposition est volontairement rédigée de façon vague afin d'inclure, à son détriment, tout un panel de cas d'exclusions de l'intervention du prestataire. Or, étant inexpérimenté en matière de maintenance, il risque de subir des déconvenues. En effet, s'il n'est pas correctement conseillé par un juriste ou par le mainteneur, il se verra refuser une intervention au motif qu'elle n'entre pas dans un cadre précis : la définition d'un tel cadre pose donc problème. D'où, l'intérêt de la négociation et la nécessité de savoir et surtout de comprendre les termes de son engagement.

De plus, cette précarité s'explique par le fait que le client pense bénéficier d'une certaine prestation alors que la réalité est toute autre. Pour se protéger, il exigera que toutes les informations nécessaires à la compréhension de son contrat lui soient transmises au nom des devoirs d'information et de renseignement du mainteneur ; au besoin, il demandera que les éléments techniques de son contrat soient vulgarisés, dans un souci d'éclairage légitimement dû. De façon générale, le principal souci reste de faire accepter la clause de suppléance par le mainteneur, qui est lourde de conséquences pour lui. Pour qu'elle n'ait pas à s'appliquer et, par conséquent, pour que le mainteneur ne soit pas mis face à ses responsabilités, il lui suffira simplement de remplir correctement son rôle, c'est-à-dire de veiller à ce que le système du client fonctionne correctement en permanence.

3) Les obligations du client

431. Si le client « subit » la maintenance et apparaît comme une partie passive au contrat, à l'inverse d'un mainteneur qui agit concrètement en effectuant des actes techniques, il n'en est pas moins tenu au respect de certaines obligations. Sa principale obligation est de payer le prix² ou redevance, comme pour tous les contrats de prestations de services car, il est rare que la maintenance soit gratuite.³ Le prix, fixé de

¹ Annexe n° 8 : Article 5 al. 2 : « Configuration du système », *Contrat de back up*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 198.

² Cass. com., 2 mars 1993, *Eurovanadium c/Mis'val*, Expertises n° 164, p. 314.

³ CA Versailles, 4 avril 2002, *Matra Automobile c/Experian*, précité.

façon forfaitaire, est la plupart du temps payé à réception des factures, et révisable.¹ Souvent, il sera d'autant plus élevé que la maintenance sera de qualité.

Le contrat de maintenance étant un contrat à exécution successive, c'est-à-dire dont l'objet ne s'exécute pas en une seule fois, les retards de paiement des factures n'entraînent pas obligatoirement des dommages-intérêts au profit du mainteneur, si ces retards ne sont pas excessifs. Car, le mainteneur peut être compréhensif concernant les difficultés de trésorerie passagères de son client, à condition que celui-ci soit de bonne foi. Toutefois, il lui sera légitime de refuser, par exemple, de livrer au client certaines pièces s'il n'a pas été payé pour ses précédentes interventions. Cela s'explique en raison des devoirs de loyauté et de bonne foi auxquels est tenu tant le prestataire que le client. Il en est de même de l'obligation réciproque de collaboration entre les parties, observée dans tout contrat synallagmatique.

432. S'agissant de ce devoir de loyauté, il impliquera notamment que le client s'engage à ne pas solliciter en tant que personnel un salarié du mainteneur chargé des opérations de maintenance, à l'expiration du contrat qui les unit. Une telle situation n'est pas rare dans la pratique car, il arrive qu'un client satisfait décide de confier la maintenance au technicien qui est intervenu sur son système, en qualité de salarié ou d'indépendant. Si cela se produisait, il y aurait violation du devoir de loyauté en même temps qu'une atteinte à l'activité du mainteneur. C'est pourquoi, une clause est souvent prévue pour éviter une telle situation.

Le client sera également tenu d'une obligation d'information à l'égard du mainteneur, dans la mesure où, pour les besoins de la maintenance, il devra non seulement lui communiquer toute information, notice et documentation nécessaire à l'utilisation du système, mais également accepter de lui communiquer des informations confidentielles si les données traitées par le système sont elles-mêmes confidentielles.

Une autre obligation du client consiste à ne pas déplacer le système sans l'accord du mainteneur lorsqu'il doit faire l'objet d'une maintenance, ni à utiliser des fournitures ou

¹ Annexe n° 7 : Article 11 : « Conditions de paiement » : « Le coût de la maintenance est facturé d'avance chaque année. Les frais supplémentaires sont facturés dès qu'ils ont été exposés. Les factures sont payables à réception, net, comptant, sans escompte. », *Contrat de maintenance système*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 187.

des consommables autres que ceux conseillés et agréés par ledit mainteneur. Il ne pourrait non plus modifier de sa propre initiative le système, ni le faire réparer par une personne tierce, au risque de l'endommager, alors qu'il est tenu de l'utiliser en bon père de famille. Le contrat étant conclu *intuitus personae*, seul le mainteneur est habilité à procéder à de telles opérations. Si ces dernières sont effectuées par le client, cela ne saurait être qu'à ses risques et périls dans le sens où les dommages causés à son système relèveraient de sa responsabilité. Car, en se comportant ainsi, il modifie unilatéralement les conditions d'intervention et remet en cause le contrat, ce qui justifie le droit pour le mainteneur de le résilier, avec ou sans préavis, selon ce qui est stipulé. En créant à son profit un déséquilibre au niveau des relations contractuelles, le client s'expose à des retombées, et cela, peu importe qu'il ait été de bonne foi. Car, le contrat énonce ses obligations dans un langage clair et compréhensible. Par conséquent, non seulement, il doit suivre la lettre du contrat, mais doit respecter scrupuleusement les instructions du prestataire. A cela, s'ajoute le fait qu'il doit respecter certaines normes d'installation du système en matière d'hygiène, d'électricité, ledit système devant être placé dans un local suffisamment ventilé, dépourvu d'humidité... pour que la maintenance s'effectue dans des conditions optimales et que ses résultats soient les plus satisfaisants possibles.

433. Le client aura également pour obligation de permettre au mainteneur de mener à bien sa mission, c'est-à-dire lui facilitera l'accès à son système, ainsi qu'au personnel qu'il enverra pour effectuer les opérations de maintenance. Il leur laissera un espace suffisant pour pouvoir travailler correctement et leur donnera toute l'assistance nécessaire. Cela s'intègre dans son obligation de collaborer à la maintenance, sans immixtion. Dans l'éventualité où le mainteneur ne pourrait accéder au système du fait du client, il pourrait lui facturer le temps passé en supplément : c'est un risque qu'il doit prendre et il est fréquent pour les mainteneurs d'inclure au contrat une telle disposition tarifaire.¹

Enfin, le client a pour obligation de recevoir les travaux du mainteneur, avec ou sans réserves. La procédure de réception sera d'autant plus importante que le mainteneur aura promis un résultat : des tests seront donc réalisés pour le vérifier, tests au cours desquels peuvent se produire des incidents, à corriger impérativement.

¹ Annexe n° 7 : Article 6 : « Accès au système », *Contrat de maintenance système*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 185.

434. Des développements précédents, il en résulte que si le client a des obligations limitées, il n'a que peu de latitude pour les exécuter et encore moins un large pouvoir de négociation. Ces obligations peuvent être exprimées de la manière suivante : « *Le Client s'engage à respecter les conditions normales d'utilisation du système et à appliquer strictement toutes les instructions données par le Mainteneur. Le système, les équipements et leur installation devront être conformes aux normes fournies par le Mainteneur, ainsi que le local, les installations électriques et les supports d'information.*

Le système ne pourra être modifié, déplacé, réparé par des tiers sans l'autorisation préalable écrite du Mainteneur. Les fournitures utilisées avec le système (papier, bandes, disquettes...) devront correspondre strictement aux fournitures agréées par le Mainteneur. En cas de non-respect de l'une des dispositions du contrat ou des obligations précisées, le Mainteneur pourra mettre fin au présent contrat en respectant un préavis d'un mois. »¹

4) La responsabilité des parties et les garanties

L'étude de la responsabilité des parties sera envisagée (a), suivie de celle des garanties fournies (b).

a) La responsabilité

435. La responsabilité des parties est un aspect essentiel du contrat de maintenance système : l'étendue des responsabilités de chacun doit être déterminée, ainsi que leurs éventuelles limitations. Car, lors du déroulement de la maintenance, la garde du système est transférée au mainteneur, son propriétaire en étant dessaisi temporairement, peu importe que cela soit expressément stipulé au contrat ou non. S'appliquent alors les règles relatives à la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde, telles que prévues à l'art. 1384 al. 1^{er} du Code civil.² En effet, le mainteneur devient gardien du système puisqu'en remplit les conditions posées par la jurisprudence : l'usage, la

¹ Annexe n° 7 : Article 7 : « *Obligations du client* », *Contrat de maintenance système*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, précité, p. 186.

² « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde.* » Cela signifie que la garde est à la base de la responsabilité du fait des choses : Cass. Ch. Réun., 13 février 1930, arrêt *Jand'heur*, GAJC, 11^{ème} éd., n° 193 ; DP 1930, 1, 57, concl. Matter, obs. Ripert ; S. 1930, 1, 121, obs. Esmein. Cass. civ. 2^{ème}, 20 novembre 1968, JCP 1970, II, 16567, obs. Dejean de la Bâtie ; RTD civ. 1969, 337, Durry.

direction et le contrôle de la chose.¹ Dès lors, il est responsable des dommages causés par le système pendant le temps qu'il l'a sous sa garde, même s'il n'a pas commis de faute. Cette responsabilité étant liée à l'usage qui en est fait, ainsi qu'aux pouvoirs de surveillance et de contrôle exercés et qui caractérisent la garde.²

Comme la garde est alternative et non cumulative, dans la mesure où elle implique une maîtrise de la chose et un pouvoir autonome, mainteneur et maintenu ne peuvent engagés leur responsabilité en même temps. Par conséquent, le maintenu doit faire attention aux dispositions qui prévoiraient le contraire. Le principe jurisprudentiel selon lequel le transfert de la garde n'est reconnu que si la transmission de la maîtrise de la chose a été effective et qu'elle a été prouvée par le gardien précédent³ permet de se prémunir des litiges. Autrement dit, si le bénéficiaire de la maintenance établit qu'à un instant t, le mainteneur avait la garde de son système, celui-ci engagera sa responsabilité pour tous les préjudices relevés.

Il s'agit à présent d'analyser la responsabilité du mainteneur (i), puis celle du client (ii).

i. La responsabilité du mainteneur

436. En général, le contrat prévoit une clause précisant que le mainteneur est responsable des dommages résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des opérations de maintenance, à moins que cela ne résulte de la faute de l'utilisateur du système, sachant que sa responsabilité sera souvent limitée au prix de la prestation. Car, les professionnels de la maintenance ne veulent ni subir d'importantes contraintes financières, ni être lourdement engagés. Dès lors, les dispositions du contrat relatives à

¹ Cass. Ch. Réun., 2 décembre 1941, arrêt *Franck*. GAJC, 11^{ème} éd., n° 194 ; JCP 1942, II, 1766, obs. Mihura. Cass. civ. 2^{ème}, 5 avril 1965, D. 1965, 737, obs. Azard.

² Cass. Ch. Réun., 2 décembre 1941, précité. Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1977, Gaz. Pal. 1978, 1, 90, note Plancqueel. Cass. civ. 2^{ème}, 5 mai 1978, Bull. civ. II, n° 121 ; JCP 1979, II, 19066, (2^{ème} espèce), obs. Chabas. Cass. civ. 2^{ème}, 10 février 1982, JCP 1983, II, 20069, obs. Coeuret. Cass. civ. 2^{ème}, 18 juin 1997, Bull. civ. II, n° 197, D. 1998, somm. 202, obs. Delebecque. Cass. civ. 2^{ème}, 4 mars 1998, Bull. civ. II, n° 75 ; D. 1999, 217, obs. Dagorne-Labbe ; RTD civ. 1998, 686, obs. Jourdain. Cass. civ. 2^{ème}, 5 juillet 2001, Bull. civ. II, n° 134. Cass. civ. 2^{ème}, 28 mars 2002, Bull. civ. II, n° 67 ; D. 2002, 3237, obs. Zerouki ; RJPF 2002-7-8133, obs. Chabas ; LPA 4 septembre 2002, obs. Laydu ; RTD civ. 2002, 520, obs. Jourdain ; Cass. civ. 2^{ème}, 25 septembre 2002, Gaz. Pal. 2003, 1002, note Lalaut. Cass. civ. 2^{ème}, 24 avril 2003, Bull. civ. II, 115 ; D. 2003, IR., 1340, JCP 2004, II, 10049, obs. Gavnin-Millan-Oosterlynck (1^{ère} espèce) ; Gaz. Pal. 2004, 1880, obs. Bolze (1^{ère} espèce). Cass. civ. 2^{ème}, 24 avril 2003, Bull. civ. II, n° 116 ; D. eod. loc. ; JCP eod. loc. (2^{ème} espèce) ; Gaz. Pal. eod. loc. (2^{ème} espèce). Cass. civ. 2^{ème}, 10 juin 2004, Bull. civ. II, n° 293. Cass. civ. 2^{ème}, 13 janvier 2005, Bull. civ. II, n° 9 ; D. 2005, 2435, obs. Cornut ; RTD civ. 2005, 410, obs. Jourdain.

³ Cass. civ. 2^{ème}, 6 janvier 1993, n° 91-13.434, Bull. civ. II, n° 5 ; CA Versailles, 11 mai 2006, JCP E 2006, pan. n° 2544.

la responsabilité seront rédigées comme ceci : « *Le Mainteneur est responsable envers le Client des dommages résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des dispositions du Contrat de Maintenance, sauf à démontrer, le cas échéant, que le dommage résulte de la faute dudit Client. Il est entendu que la responsabilité du Mainteneur ne peut dépasser le Prix du Contrat de Maintenance.* »

Ou comme cela : « *Le Mainteneur sera dégagé de toute responsabilité en cas d'inobservation par le Client d'une des clauses du présent Contrat, ou en cas de survenance de l'un des faits prévus dans le chapitre « exclusions ». Le Mainteneur ne pourra en aucun cas être considéré comme responsable des dommages directs ou indirects résultant de l'utilisation du système, y compris en cas de pertes de données ou d'information.*

Le Mainteneur ne pourra être rendu responsable des pannes ou anomalies de fonctionnement du système, quelle que puisse être la durée de la panne ou de l'immobilisation avant la remise en marche normale. Enfin, la responsabilité du Mainteneur ne pourra être recherchée en cas de force majeure, ou pour d'autres motifs indépendants de sa volonté tels que grèves, interruptions du travail, retard des fournisseurs, sinistres ou accidents. »¹

437. De son côté, le client préférera restreindre les limitations de responsabilité du mainteneur pour protéger ses intérêts. Car, s'il est logique que le prestataire n'engage pas sa responsabilité en cas de force majeure ou d'événements extérieurs à sa personne qu'il ne peut contrôler, ou encore en raison de la faute du client ou de l'inexécution de ses obligations, ledit client refusera tout autre motif de limitation ou d'exonération de responsabilité, ou du moins, tentera de limiter leur nombre. Cela ne sera pas aisé, le mainteneur ayant une vision différente et l'exprimant au sein d'une disposition au contenu très large telle que la précédente. Ainsi, l'hypothèse selon laquelle le mainteneur ne sera pas responsable des pannes ou anomalies de fonctionnement du système paraît excessive car, fait supporter à son utilisateur toutes celles qui pourraient exister, sans rechercher la cause de leur survenance, alors qu'elles pourraient résulter d'opérations de maintenance mal effectuées. Par conséquent, les dispositions qui laissent le client dans l'embarras, « *quelle que puisse être la durée de la panne ou de*

¹ Annexe n° 7 : Article 8 : « *Limitation de responsabilité* », *Contrat de maintenance système*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 186.

l'immobilisation avant la remise en marche normale » du système sont dangereuses et disproportionnées. Le client apparaît alors comme « soumis » à son cocontractant, dans une position inégale et injuste.

438. De plus, en excluant sa responsabilité pour les dommages directs et indirects résultant de l'utilisation du système, le mainteneur prend ses précautions afin de ne pas être inquiété, en toutes circonstances. Si les dommages indirects sont exclus de toute indemnisation par la loi (art. 1151 C. civ.), il en est autrement pour les dommages directs. Ici, le mainteneur ne fera pas la distinction entre les deux puisque exclura leur réparation dans tous les cas : en d'autres termes, l'utilisation du système se fait aux seuls risques et périls du maintenu et celui-ci doit le savoir.

Pour s'en sortir, le client pourra toujours prouver la faute du mainteneur car, celui-ci a pu endommager le système à la suite d'une manipulation malencontreuse. Des tests et des vérifications sont alors nécessaires, sachant que le mainteneur ne les fera pas dans la pratique. Le client devra alors faire appel à un technicien tiers, à ses frais, s'il décide de saisir la justice pour obtenir réparation. En attendant, il est confronté à une situation difficile et se trouve démuné face à un prestataire en position forte. C'est en effet à ce dernier qu'il revient de décider de la suite des événements et, plus précisément, de la remise en marche normale du système, après une réparation éventuelle.

ii. La responsabilité du client

439. Comme le prestataire, le client est susceptible d'engager sa responsabilité dans le cadre d'un contrat de maintenance, en cas de faute personnelle -peu importe qu'elle soit volontaire ou non- à l'origine d'un préjudice telle une mauvaise utilisation du système au mépris des conseils prodigués. Il en est de même en cas de dommages résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations, sauf à démontrer, le cas échéant, que le dommage résulte de la faute du mainteneur. Et comme pour ce dernier, sa responsabilité excèdera rarement dans la pratique le prix du contrat. Dans tous les cas, le client sera seul responsable du choix de la maintenance souscrite, à compter du jour de son engagement.

440. En outre, s'il en a la possibilité, le client exigera l'insertion au contrat de normes et spécifications techniques d'utilisation du système. Car, il ne souhaite pas que lui soit

reproché plus tard un manquement à de telles règles. Afin de ne pas s'attirer les foudres du mainteneur, ni d'engager sa responsabilité, il prendra les devants et demandera une transparence au niveau des règles qu'il entend faire appliquer. D'où, l'importance de l'écrit qui permet de rendre effective cette transparence.

441. En parallèle, le client voudra conserver, dans la mesure du possible, une grande liberté d'utilisation de son système, s'agissant des modifications, des déplacements, des connexions.... Car, parfois, certaines modifications du système seront déconseillées pour un public non averti. D'ailleurs, à cet effet, le mainteneur peut insérer une clause prévoyant que toute modification est interdite, de même que tout déplacement, toute connexion à des périphériques externes incompatibles avec le système, ou encore toute utilisation de fournitures non agréées par lui... Car, de tels actes risqueraient d'endommager ou de détériorer le système et d'aller à l'encontre de l'obligation du client de l'utiliser en bon père de famille (voir infra n° 432). Dans l'hypothèse où les volontés de chaque partie seraient contradictoires, la question est de savoir laquelle va primer sur l'autre. Tout sera affaire de négociation et la position qui l'emportera sera celle qui privilégiera avant tout l'intérêt du système. Si le client souhaite avoir une grande liberté de modifier le système, cela sera à ses risques et périls. Le prestataire est là pour le mettre face à ses responsabilités, pour le conseiller, l'éclairer et l'avertir des problèmes auxquels il risque d'être confronté par la suite. Cela est valable pour tout type d'acte que l'utilisateur souhaite faire et qui constitue, dans une certaine mesure, une atteinte à l'intégrité du système. En d'autres termes, si le client utilise son système de façon non conforme ou sans tenir compte des recommandations du mainteneur, il en assumera pleinement les conséquences.

442. Par ailleurs, il est inapproprié d'empêcher le propriétaire d'un bien de l'utiliser librement si cela est sans risque. Le faire ne serait qu'une marque de domination infondée d'une partie sur l'autre, et créer une telle inégalité contractuelle serait inutile juridiquement. Il ne faut pas oublier que le propriétaire du système est son utilisateur légitime et que le mainteneur est seulement celui qui le répare, qui l'entretient, qui effectue tout acte de façon à le maintenir en bon état de fonctionnement. S'il a des droits sur le système, ceux-ci restent précaires : ils durent le temps de la maintenance. Mais, lors de l'exécution du contrat de maintenance, la précarité vaut également pour l'utilisateur du système, en raison des limitations de ses droits et prérogatives imposées

par le mainteneur, en particulier durant les opérations de maintenance, lorsque le système visé est indisponible. Car, pendant cette période, il ne peut pas utiliser son système et son sort dépend de la célérité et de l'efficacité du mainteneur à remplir sa mission, ce qui précarise d'autant sa situation. Ainsi, d'une certaine façon, chaque partie a donc tendance à limiter les droits de l'autre.

443. Enfin, en même temps qu'il est recommandé au client de restreindre le contenu de la clause limitative de responsabilité du mainteneur, il lui est conseillé de prévoir une clause exonératoire ou limitative de sa propre responsabilité, afin de ne pas être systématiquement « à la merci » de celui-ci. Cela permet également d'établir un équilibre contractuel relatif : le mainteneur ne doit pas être le seul à échapper à ses engagements dans le cadre de certaines hypothèses. Cependant, il ne sera pas facile de faire accepter ce genre de dispositions à son cocontractant, pour des raisons évidentes.

b) Les garanties

444. Au préalable, il faut poser comme principe que la maintenance doit être gratuite pendant la période de garantie du système car, elle commence lorsque s'achève l'exécution du contrat principal¹, et plus précisément, à l'expiration de la période de garantie² : avant cette date, le client ne peut exiger une quelconque maintenance et, par conséquent, une quelconque garantie liée à ladite maintenance. La chronologie des événements est capitale : elle détermine les droits et obligations de chaque partie et doit être considérée afin de ne pas être amené à payer deux fois le même service.

Dans le cas où le contrat de maintenance serait l'accessoire d'un contrat principal tel que celui de vente ou de location d'un système informatique, son propriétaire demandera des garanties autres que celles prévues par ledit contrat principal, c'est-à-dire des actions préventives et correctives à son profit pendant une période définie. Ainsi, la garantie légale des vices cachés ou encore la garantie de conformité consistant à délivrer un système conforme aux exigences du client n'entre pas dans le champ des garanties prévues par le contrat de maintenance. Les deux étant déjà rappelées dans le contrat principal, il convient de prévoir des garanties qui pourront s'en distinguer. A

¹ CA Rouen, 21 mars 2002, RJDA 2002, n° 1263 : le contrat de maintenance se distingue de la garantie conventionnelle portant sur un matériel informatique.

² Au contraire, les garanties contractuelles commencent à courir à compter de la réception définitive du bien objet du contrat.

titre d'exemple, le mainteneur garantira qu'il se rendra disponible chaque fois que son cocontractant le lui demandera, et cela, dans un bref délai, ou éventuellement en respectant un taux de disponibilité (infra n° 403 s.). Si les garanties contractuelles concernent surtout le changement ou le remplacement de pièces, la maintenance se veut plus complexe : elle comprend la vérification, l'entretien et la réparation d'un matériel, ce qui implique un travail tant manuel qu'intellectuel. ¹

445. Par ailleurs, de par ses interventions techniques, le mainteneur pourra garantir le résultat attendu de la maintenance, comme la réparation du système, sa remise en état par rapport à l'origine, la récupération de données perdues... en toutes circonstances, ce qui implique une obligation de résultat (infra n° 408 s.) et qui n'est pas sans poser quelques problèmes lorsque sont nécessaires des pièces de remplacement qui n'existent plus, ou lorsque la réparation du système est dépourvue d'intérêt en raison de son obsolescence ou de son coût trop élevé, et qui conduit plutôt à opter pour l'acquisition d'un nouveau système... Dans de telles hypothèses, le bénéficiaire de la maintenance estime à tort que celle-ci lui permet à chaque fois d'obtenir la réparation, le dépannage ou la révision de son système avec succès. Cela s'explique par le fait que la maintenance est présentée comme un dispositif rassurant. Or, il en est souvent autrement, ses attentes n'étant pas toujours satisfaites, ce qui donne au mainteneur une large marge de manoeuvre par rapport au maintenu. En effet, la maintenance ne donne parfois aucun résultat, ne peut résoudre tous les problèmes, et s'avère inutile.

Un sentiment de frustration de la part du maintenu s'accroît encore lorsqu'il confond maintenance et période de mise au point du système, qui ne représente pas le début de la maintenance, sinon une phase de corrections de ses logiciels, de tests et de remplacements de matériels avant utilisation dudit système. Toutes ces opérations ne font pas partie de la maintenance, sinon de l'exécution du contrat principal (vente, location du système...). Il est donc essentiel de bien faire la distinction entre ce qui entre dans le cadre de la maintenance et ce qui fait partie de « *la vie du contrat* ». ² Pour éviter tout risque de confusion, le mainteneur sera alors tenu d'expliquer à son cocontractant cette subtilité, au nom de ses devoirs d'information, de mise en garde, de conseil et de loyauté (infra n° 399 s.) ; il mettra aussi régulièrement à jour les données

¹ CA Rouen, 21 mars 2002, *Société ORL informatique*, RJDA 2002, n° 1263.

² *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, n° 712, p. 174.

concernant la prestation de maintenance. Concrètement, il listera les tâches qu'il doit accomplir au titre du contrat et celles qui en sont exclues¹, et devra achever la prestation pour laquelle il a contractée, conformément aux spécifications du contrat, sachant qu'une telle liste sera la plupart du temps présentée de façon succincte, sans détails techniques, afin de ne pas « alourdir » le contrat.

446. S'agissant des exclusions, il est conseillé au client d'y être attentif et de refuser celles qui semblent inacceptables. En effet, le mainteneur a coutume d'y inclure un maximum d'hypothèses afin de s'exonérer de sa responsabilité au cas où un préjudice serait causé. Si dans certains cas, de telles exclusions sont légitimes pour des raisons telles que le non-respect des normes d'entretien par le client, son utilisation anormale du système, sa négligence, sa faute ou celle de son personnel ayant entraîné des dommages, les modifications volontaires du système ou de ses logiciels sans le conseil du mainteneur ou d'un professionnel, l'utilisation de pièces de remplacement non conformes, ou encore l'usage intensif du système en dépit des conseils donnés par le mainteneur qui avait prévenu de ne pas dépasser un nombre d'heures par semaine ou par mois ... dans d'autres, il en est autrement. Le maintenu qui n'aura pas suivi les recommandations du mainteneur et qui aura causé un préjudice à son système tel que des dysfonctionnements, ne pourra alors s'en prendre qu'à lui-même.

Dans tous les cas, ces exclusions doivent être précises et limitées afin de ne pas créer un trop grand déséquilibre au niveau des obligations. Car, si le client, partie faible, doit savoir à quoi il s'attend en s'engageant, aucune mauvaise surprise ne doit venir ternir l'image qu'il se fait de ses relations avec le mainteneur et de la maintenance en général. En revanche, certains cas d'exclusion paraissent exagérés et ne pas mériter leur place dans le contrat, tels que les programmations involontaires incorrectes du système par le client. En d'autres termes, ce qui relève de la faute volontaire du client, de son appréciation souveraine ou de ses jugements de valeur, pris malgré les mises en garde d'un professionnel, peuvent valablement constituer des cas d'exclusion, ce qui est autrement pour les événements externes que le client ne peut maîtriser et qui ne sauraient constituer des cas de force majeure.

¹ Annexe n° 7 : Article 4 : « Exclusions », *Contrat de maintenance système*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 185.

Mais, le mainteneur a parfois tendance à inverser les rôles afin d'échapper à certaines de ses obligations : il a l'art et la manière de faire afin que ses exigences s'imposent d'elles-mêmes, sans contestation de la part du maintenu. Volontairement, il crée un déséquilibre au niveau des relations contractuelles. Pour y remédier, le maintenu tentera de restreindre les limitations de responsabilité du mainteneur, en refusant, dans le cadre d'un contrat négocié, certains cas d'exclusion. Il tiendra compte de ses intérêts, des risques encourus et des conséquences préjudiciables pour son système, afin de ne pas se retrouver par la suite dans des situations inconfortables ou incohérentes. Enfin, il fera en sorte que le bon fonctionnement de son système soit toujours garanti, soit par le contrat de maintenance, soit par un contrat d'assurance. Tout risque, même le moindre, devra être couvert pour éviter les mauvaises surprises.

Le contrat de maintenance dont l'étude suit (Section 3) révélera des points communs avec celui de maintenance système précédemment appréhendé, notamment s'agissant du jeu des rapports de forces entre les parties.

Section 3 : Le contrat de maintenance logicielle ou des rapports de forces inégaux

Par définition, le logiciel ou « *software* » est un programme informatique dont les instructions, générales ou particulières, permettent de faire réaliser certaines fonctions par un ordinateur, en vue du traitement d'une information donnée. Le terme « *logiciel* » a été créé en 1967 pour remplacer le terme anglais « *software* ». Une suite d'instructions, un code uniquement compréhensible par un micro-processeur, sont destinés à traiter des informations automatiquement : ils sont exécutés par l'ordinateur à la demande ou « requête » de son utilisateur. Les présents développements ne s'attarderont pas sur la définition du terme « logiciel », celui-ci faisant l'objet d'une étude exhaustive (Première Partie, Titre I, Chapitre I).

Si autrefois, les logiciels n'avaient ni statut juridique, ni réalité propre, aujourd'hui, ils ont une existence distincte de celle des matériels sur lesquels ils sont installés. Ce qui a entraîné le développement de services de maintenance et de contrats en la matière en tout genre, induisant de nombreuses difficultés. Il est alors conseillé à celui qui souhaite adhérer à un contrat de maintenance de bien lire ses dispositions, surtout s'il est d'adhésion. En revanche, s'il s'agit d'un contrat négocié, il lui sera utile de faire valoir certaines exigences et de demander que soient incluses certaines dispositions protectrices à son égard. Car, souvent novice en matière de logiciel et davantage en

matière de maintenance, il devra veiller à ce que ses intérêts soient sauvegardés. Avant d'entrer dans le vif du sujet s'agissant du contrat de maintenance logicielle, quelques remarques s'imposent (A). Elles permettront de mieux appréhender ses dispositions (B).

A) Remarques préalables

447. Le contrat de maintenance de logiciel est similaire à celui d'un système, dans le sens où il renferme des dispositions équivalentes. Cette similarité s'explique par le fait que le logiciel fonctionne sur un système et que, par conséquent, les deux éléments sont étroitement liés. Si la maintenance logicielle reste facultative, elle est vivement conseillée. Le bénéficiaire de la maintenance aura le choix entre souscrire un contrat de maintenance autonome ou demander l'insertion d'une clause particulière dans le contrat principal, tel une licence de logiciel ou un contrat de cession de droits sur un logiciel... Toutefois, en matière de logiciels, le terme de « maintenance » n'est pas le plus approprié. En effet, lorsqu'il s'agit de corriger des erreurs de programmation, c'est l'exercice de la garantie normale, tandis que lorsqu'il s'agit d'adapter le logiciel à un nouveau besoin et de mettre en œuvre ses nouvelles applications, on parle plutôt d'amélioration. Quant aux modifications, il s'agit souvent du développement d'un nouveau programme à l'intérieur de l'ancien. Dans tous ces cas énoncés, il n'y a pas activité de maintien du logiciel en état de fonctionnement, sinon activité de suivi ou de révision.

448. Deux types de maintenance sont alors susceptibles d'intervenir : la maintenance évolutive et la maintenance préventive ou assistance. La première consiste à modifier le logiciel (ainsi que la documentation associée) pour le rendre plus performant, si cela est autorisé par la loi ou par son auteur (Voir Première Partie, Titre I, Chapitre I) -voire à réécrire un sous-programme- en réponse à des demandes spécifiques du client dans le but de respecter des prescriptions légales ou réglementaires, ou à ajouter des fonctionnalités nouvelles pour faire face aux évolutions touchant l'environnement du logiciel ou pour que celui-ci soit en mesure de gérer des configurations plus sophistiquées... De même, si le système informatique sur lequel est installé le logiciel est modifié, ledit logiciel devra suivre le même mouvement afin de permettre sa portabilité et son interopérabilité avec les autres programmes.¹ Il ne s'agit donc pas d'un

¹ *Utilisateurs de logiciels : quel droit d'adaptation et d'interopérabilité*, J. Viet, Expertises, n° 189, p. 386.

simple paramétrage ou mise au point. Le contrat de maintenance visé précisant les modalités, le coût et les délais de réalisation de ces évolutions, illustre la volonté du mainteneur de toujours garder « l'avantage » sur le client, c'est-à-dire d'imposer ses exigences, notamment en matière de prix, justifié d'ailleurs en fonction de l'étendue de la prestation proposée.

Quant à la maintenance préventive, elle consiste à fournir au client des journées consacrées à l'analyse du logiciel, afin de recenser et d'étudier les problématiques d'une éventuelle montée en charge dudit logiciel. Le but étant de proposer différents plans (par exemple, plans de migration pour optimiser le logiciel et le rendre plus performant et plus facile d'utilisation), ainsi que des séances de formation complémentaires du personnel du client sur son site ou dans tout autre local prévu au contrat. Ces journées sont soit prévues au contrat dans le cadre de la prestation de maintenance -dans ce cas, leur prix est inclus dans celui de la maintenance- soit viennent en sus, ce qui implique une facturation supplémentaire, étant considérées comme une commande séparée.

Ici, il ne sera question que de maintenance de logiciel, la question des progiciels étant volontairement écartée car, le logiciel étant un programme spécialement conçu pour une personne physique ou morale selon ses besoins et ses attentes, le contrat de maintenance visé relèvera un intérêt particulier qu'il conviendra d'aborder. Il nécessitera ainsi que l'on s'arrête sur certaines de ses clauses, révélatrices de sa structure et de sa portée, et mettant en évidence l'inégalité et le déséquilibre qui règne au sein des relations contractuelles. Les autres dispositions étant similaires à celles existant en matière de maintenance système.

B) L'inégalité contractuelle constatée au sein du contrat de maintenance logicielle

L'objet du contrat (1), le contenu de la prestation de maintenance (2), les obligations et les responsabilités des parties (3), ainsi que la durée (4) seront envisagés successivement.

1) L'objet

449. L'objet du contrat de maintenance de logiciel doit être clair sur un point : il doit indiquer si le contrat est destiné à corriger les erreurs de programmation, à assurer l'entretien et le dépannage du logiciel, ou s'il s'agit d'assurer une remise en état

complète, régulière, ou une mise à niveau impliquant sa révision, son adaptation et sa mise à jour permanente. En d'autres termes, l'objet précisera s'il s'agit d'une maintenance corrective ou d'une maintenance adaptative. Les finalités et les fonctionnalités des logiciels seront également décrites, ainsi que les changements envisagés. Rappelons que la maintenance adaptative n'a pas pour finalité de modifier la fonctionnalité du logiciel, sinon d'adapter son application afin que celle-ci continue de fonctionner sur des versions plus récentes des logiciels de base, voire à faire migrer l'application sur de nouveaux logiciels de base. Il est important que, dès le départ, les parties se mettent d'accord sur ce qu'elles attendent du contrat, afin qu'il n'y ait pas d'ambiguïté quant à la nature de la prestation pour laquelle elles ont décidé d'adhérer. Car, selon la nature de la maintenance envisagée, les effets juridiques seront différents. En particulier, le client demandera à être rassuré sur le fait que les prestations qu'il attend sont bien prévues au contrat. Car, souvent, elles sont désignées par des intitulés non parlants pour le client, vagues et ne correspondant pas toujours à la réalité.

450. Or, dans le contrat de maintenance, le client demande de la transparence en raison des devoirs de bonne foi, de loyauté et d'information auxquels est tenu un mainteneur. Les opérations de maintenance logicielle étant très techniques et très complexes pour un public non averti, quelques éclaircissements sont absolument indispensables. C'est pourquoi, le client va exiger que l'objet du contrat énonce les prestations prévues qui seront par ailleurs décrites au sein d'un article spécifique consacré à leurs caractéristiques, article pouvant renvoyer à une annexe, aux fins de précisions supplémentaires. La clause relative à l'objet se présentant, par exemple, de la manière suivante : « *Le Mainteneur s'engage à fournir au Client, qui accepte, le service de maintenance du logiciel ci-après désigné dans les conditions prévues au présent contrat.* »¹

Une telle clause sera souvent couplée avec une disposition qui ne manquera pas d'identifier le logiciel, son auteur, le langage informatique utilisé, la configuration sur laquelle il fonctionne... en un mot, une disposition qui donnera sa « carte d'identité » complète, comme suit : « *Le programme a été conçu et écrit par (préciser). Le langage utilisé est (préciser). La configuration sur laquelle fonctionnent les logiciels se compose*

¹ Annexe n° 9 : Article 1^{er} : « *Objet du contrat* », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 189.

de (préciser). Le système est situé (préciser). L'interlocuteur chez le Client est (préciser). »¹

2) Contenu de la prestation et indicateur de qualité

451. Les parties doivent s'entendre sur un indicateur qui détermine le degré de qualité de la maintenance réalisée : elles doivent établir ensemble un système de notation quant à l'exécution de la prestation. C'est essentiel pour que la collaboration des parties se déroule sans difficulté. Ainsi, elles décideront ce qui peut être considéré comme une « bonne » maintenance ou une « mauvaise » maintenance. A chaque intervention, elles feront le point ; le client indiquera au mainteneur s'il estime que celui-ci a bien effectué sa prestation ou non, si son problème logiciel s'est produit de nouveau, s'il est devenu récurrent, ou s'il s'est amplifié... Des solutions seront apportées, le cas échéant. Seront aussi comparées les performances du logiciel concerné avant et après maintenance en analysant les fonctionnalités modifiées ou ajoutées. Sa qualité en termes de souplesse et de rapidité sera mesurée.

452. Dès lors, une sorte de contrôle-qualité est effectué et une clause devra l'organiser. Le bénéficiaire de la maintenance devra prendre garde ici à ce que le mainteneur n'exagère pas dans la définition de ses critères de notation. En effet, dans la pratique, il est relevé qu'il a tendance à surévaluer les performances des logiciels après le passage de la maintenance afin de se prémunir de toute réclamation de son cocontractant. Ce qui n'est ni très honnête, ni révélateur de la réalité. Le client étant un novice en matière de maintenance, se retrouvera alors dans une position inconfortable. S'agissant du contenu lui-même de la prestation de maintenance, il sera précisé la plupart du temps au sein d'une clause particulière, celle relative aux obligations du mainteneur (supra n° 453 s.).

¹ Annexe n° 9 : Article 2 : « Identification du logiciel », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 189.

3) Les obligations et responsabilités des parties

En premier lieu, il est nécessaire d'appréhender les obligations et responsabilités du mainteneur (a), puis celles de son cocontractant (b).

a) Les obligations et responsabilités du mainteneur

Ses obligations (i) seront d'abord envisagées, suivies d'une brève analyse de ses responsabilités (ii).

i. Les obligations

453. Le mainteneur est tenu des mêmes obligations qu'en matière de maintenance système (infra n° 398 s.). Ainsi, lui et son personnel se doivent d'être compétents, efficaces et, de préférence, localisés à proximité du site du client, afin de pouvoir intervenir dans les meilleurs délais en cas de problème. Le mainteneur est également débiteur d'obligations d'information, de conseil, de mise en garde quant à l'utilisation et au fonctionnement du logiciel, ainsi que d'une obligation de collaboration (infra n° 402).

454. Par ailleurs, le mainteneur devra être rapidement disponible et répondre aux questions posées à distance par l'utilisateur du logiciel : il s'agit d'une obligation de résultat. Concrètement, dans le cadre d'une télémaintenance ou d'une hot line, appelée encore prestation d'assistance technique, le client demande de l'aide à l'utilisation de son logiciel, à la résolution de certains problèmes rencontrés, notamment de dysfonctionnements et autres bogues. Des vérifications, des contrôles et des corrections sont alors effectués à distance, grâce aux précieuses instructions du mainteneur et aux éléments communiqués par le client.¹ En un mot, il veillera à la bonne utilisation du logiciel maintenu, notamment en mettant à disposition de son cocontractant tous correctifs nécessaires. Surtout, lors de ses interventions, il devra conserver le programme-source du logiciel² car, en cas de perte ou de dissimulation, il pourra être contraint de payer le logiciel de remplacement. Par conséquent, il se doit d'avoir un comportement de bon père de famille à l'égard du logiciel.

¹ Pour des exemples d'interventions du mainteneur, voir : Annexe n° 9 : Article 8 : « *Interventions du mainteneur* », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 191.

² Cass. com., 10 mai 2000, *Fabre Graines c/ZM Informatique*, Expertises, n° 243, p. 389.

455. Si le mainteneur est tenu d'une obligation de résultat quant à sa disponibilité, pour le reste, tout dépend de la lettre du contrat. En général, il privilégiera une obligation de moyen afin de limiter ses engagements et de conserver une position avantageuse par rapport au maintenu. Cette obligation paraît légitime si l'on considère le fait que la maintenance demeurant une prestation intellectuelle, le résultat attendu n'est pas toujours possible, ni faisable dans la réalité. Même si le bénéficiaire de la maintenance raisonne autrement et a une position différente, il se laissera plus ou moins influencé par cet argument convaincant. Par ailleurs, si cela est prévu au contrat, le mainteneur sera chargé de restaurer ou de récupérer les données perdues de son client, d'ajouter un élément logiciel à une application pour en étendre les fonctions par un module d'extension (ou « *plug-in* »¹), d'améliorer les fonctionnalités et les performances du logiciel à chacune de ses nouvelles versions, ou de le réviser, c'est-à-dire de le modifier, de l'adapter et de le développer en fonction de l'évolution de la technique² ou de la loi³... sachant que dans ce dernier cas, il s'agira de maintenance adaptation qui n'est pas de droit et qui doit être prévue au contrat.⁴ Bien entendu, toutes ces hypothèses ne seront possibles que si le système du client le permet...⁵

456. Le mainteneur sera encore tenu de conserver en bon état de fonctionnement les logiciels désignés au contrat, d'assister le client dans leur utilisation, de les remettre dans de bonnes conditions d'exploitation à la suite d'un préjudice causé par un dysfonctionnement, de corriger leurs anomalies... Il pourra informer le client de toutes les évolutions apportées au logiciel maintenu et lui remettre toute documentation dans ce sens, aux fins de le renseigner et de l'éclairer. Car, aucune faille, ni aucun trouble ne doit entacher, perturber ou empêcher le fonctionnement du logiciel objet du contrat. Le mainteneur a justement pour rôle de veiller à ce qu'il demeure toujours fiable et à ce qu'il soit régulièrement reparamétré.

457. Le contrat indiquera également si le mainteneur est susceptible d'effectuer des prestations supplémentaires, c'est-à-dire autres que celles initialement prévues et donc

¹ Un *plug-in*, terme anglais utilisé dans la pratique désignant un module d'extension ou un module externe, est un logiciel qui complète un logiciel hôte pour lui apporter de nouvelles fonctionnalités.

² CA Paris, 5^{ème} ch. B, 20 février 2009, *Société Askienazy c/Société Agfa Healthcare*, Juris-Data n° 375693.

³ CA Paris, 5^{ème} ch. B, 20 février 2009, *Société Askienazy c/Société Agfa Healthcare*, précité.

⁴ CA Paris, 5^{ème} ch. B, 20 février 2009, *Société Askienazy c/Société Agfa Healthcare*, Juris-Data n° 375693. Contra : CA Versailles, 26 février 1999, D. 1999, IR 97.

⁵ Annexe n° 9 : Article 3 : « *Prestations fournies* », Contrat de maintenance de logiciel, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 189-190.

facturées en sus¹, afin d'éviter tout risque d'ambiguïté quant à la nature et au contenu des obligations de chacun.

En résumé, la nature et l'étendue des obligations du mainteneur seront souvent déterminées selon sa seule volonté.

ii. Les responsabilités

458. La plupart du temps, le mainteneur cherchera à limiter sa responsabilité² en prévoyant des cas d'exclusion. Certains paraîtront logiques et facilement admissibles, comme les cas de force majeure ou d'événements indépendants de sa volonté (grèves, conflits sociaux, accidents...) qu'il ne peut contrôler, ni prévoir, à l'inverse d'autres qui paraîtront plus tendancieux, voire exagérés car, remettant en cause la prestation même de maintenance. Il est alors conseillé au client d'exiger la suppression des exclusions non acceptables et de n'approuver que celles qui sont précises et limitées dans leur champ d'application.

459. Parmi les exclusions les plus fréquemment posées par le mainteneur, citons celle de la reconstitution des fichiers du maintenu en cas de destruction accidentelle par la faute de celui-ci (mais pas en cas de mauvais fonctionnement des logiciels). Sont aussi fréquemment exclus de la maintenance les ajouts ou modifications du logiciel non imposés par la réglementation en vigueur, le développement par le maintenu de nouveaux programmes à l'intérieur du logiciel, toute intervention sur le système informatique sur lequel fonctionne le logiciel, sur ses accessoires et ses fournitures, ce qui est logique puisque la maintenance concerne uniquement le logiciel...³

De même, la formation du personnel du client peut ne pas être prévue au contrat : cela résulte souvent du choix du mainteneur qui ne souhaite pas alourdir ses obligations. Cependant, une assistance dans l'utilisation du logiciel est toujours possible et même quasiment automatique dans ces contrats de maintenance. Dans tous les cas, si le client

¹ Annexe n° 9 : Article 5 : « Prestations supplémentaires », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 190.

² Pour des exemples de limitations de responsabilité du mainteneur, voir : Annexe n° 9 : Article 10 : « Limitations de responsabilité », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 191.

³ Annexe n° 9 : Article 4 : « Exclusions », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 190.

et son personnel bénéficiant d'une formation et qu'ils ne la suivent pas en dépit des recommandations du mainteneur, ce dernier ne pourra engager sa responsabilité.

460. Le mainteneur peut aussi décider que lorsque le logiciel aura été modifié par un tiers, il ne sera plus susceptible de recevoir une maintenance car, toute modification non prévue au contrat remet en cause son objet même. Il en est de même pour le logiciel modifié en vue d'une utilisation sur un autre système que celui prévu. Cela s'explique par le fait que l'objet du contrat concerne un logiciel particulier devant fonctionner sur un système qui l'est tout autant. Par conséquent, seules seront tolérées les modifications autorisées par le mainteneur, c'est-à-dire celles qui sont nécessaires au bon fonctionnement du logiciel, à la correction des anomalies, ou imposées par la loi et, de manière générale, toute modification se fera aux risques et périls du client. En excluant le logiciel ainsi remanié de la maintenance, le mainteneur limite les prérogatives que le client peut avoir dessus, ce qui accentue encore sa position de force. Enfin, le mainteneur peut décider d'exclure de sa mission toute sauvegarde de fichiers, ce qui peut poser problème pour le client qui s'attend à ce qu'une telle tâche soit effectuée par un professionnel de l'informatique. En prenant une telle décision, ce dernier met son cocontractant dans une situation délicate : il lui reviendra d'effectuer lui-même les sauvegardes, à titre préventif. La pratique révèle qu'une telle exclusion n'est pas si rare.¹

461. A travers toutes ces exclusions, le mainteneur entend se protéger et préciser l'étendue de sa mission. Un cadre est fixé et doit être respecté : cela évite les malentendus quant au contenu de ses obligations et quant aux responsabilités encourues. Seuls seront réalisés les actes prévus au contrat. C'est ainsi que le mainteneneur verra sa responsabilité allégée, même s'il n'a pas été à la hauteur dans la réalisation des opérations de maintenance, lorsque le client aura commis des fautes comme celle de ne pas avoir effectué correctement les sauvegardes adéquates et d'avoir laissé empirer la situation au fil du temps.²

De son côté, le client cherchera à restreindre les limitations de responsabilité de son cocontractant et exigera que toutes modifications indispensables soient à la charge du

¹ Annexe n° 9 : Article 4 : « Exclusions », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 190.

² CA Paris, 7 juin 1994, *Le Pélican*, *Expertises* 1994, p. 273.

mainteneur, ce qui ne sera pas chose aisée, en particulier si son pouvoir de négociation est faible.

b) Les obligations et responsabilités du client

L'une des principales obligations du client est d'utiliser le logiciel dans les conditions normales d'utilisation, conformément aux instructions du mainteneur. A cela, s'ajoutent les obligations de collaborer (i), de recevoir (ii) et de payer (iii).

i. L'obligation de collaboration

462. Cette obligation consiste, entre autres, pour le client à tenir un registre dans lequel il consignera de façon chronologique toutes les anomalies, pannes ou incidents concernant les logiciels, ainsi que leur nature, leur durée, les interventions effectuées pour y remédier, tous les faits les ayant causés ou susceptibles de les causer... Ce registre est aussi appelé « cahier de maintenance » ou « livre de bord », document essentiel car, en retraçant tous les événements concernant le logiciel maintenu, le mainteneur gagne un temps précieux et anticipe les solutions. Ce qui profite d'autant au client.¹

La collaboration consistera encore pour le client à permettre au mainteneur et à son personnel d'exercer à bien leur mission, et notamment de surveiller le bon fonctionnement des logiciels, de procéder à leur révision, en les laissant accéder à ses locaux, auxdits logiciels, et bien entendu, aux systèmes et aux appareils techniques sur lesquels ils sont installés. Les conditions qui entourent l'accès aux logiciels ne sont pas différentes de celles que l'on retrouve en matière de maintenance système.² Seront également communiquées toutes informations et toutes documentations concernant le ou les logiciels à maintenir, y compris des informations confidentielles si cela est nécessaire pour les besoins de tests à effectuer. Dans ce cas, un engagement de confidentialité devra être signé, à moins qu'une clause de confidentialité ne soit déjà prévue au contrat. Le client alertera le mainteneur, dans les meilleurs délais, de toute défaillance ou anomalie concernant le logiciel, sans attendre que l'un ou l'autre de ces problèmes ne s'aggrave, afin que ledit mainteneur puisse intervenir de façon efficace.

¹ Annexe n° 9 : Article 6 : « *Registre des anomalies* », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 190.

² Annexe n° 9 : Article 7 : « *Accès au logiciel* », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 190.

Tous deux réfléchiront ensemble à la solution la plus appropriée. Cette obligation vaut aussi pour le mainteneur, quelle que soit la nature du bien visé, logiciel ou système.

Le client transmettra encore au mainteneur tous les documents nécessaires à la poursuite de sa mission -ce qui entre également dans le cadre de son obligation d'information- et l'autorisera à emporter les matériels dont les logiciels sont visés par la maintenance lorsque celle-ci ne pourra être réalisée sur son site.¹ Le mainteneur sera alors en mesure d'agir dans de bonnes conditions et sera plus à même de respecter les délais (vingt-quatre heures à compter de la demande du client est un délai satisfaisant, à condition qu'il soit localisé géographiquement dans un secteur proche du prestataire).²

463. Cependant, il ne faut pas confondre immixtion et collaboration : si la collaboration est exigée, toute immixtion de la part du client dans le travail du mainteneur n'est pas admise. La jurisprudence considère même que si cette immixtion devient trop intempestive, elle sera considérée comme une faute exonérante, au moins en partie, le mainteneur.³ Cela s'explique par les effets du contrat de maintenance : en s'engageant dans ce cadre, le client accepte d'être dans une situation de dépendance par rapport au mainteneur, donc de ne pas intervenir dans le déroulement de ses interventions techniques. Dans la même perspective, une faute du client sera relevée lorsqu'il empêchera, voire perturbera le déroulement de la maintenance en n'effectuant pas les opérations préalablement demandées par le mainteneur, et indispensables à la réalisation de ladite maintenance et, par conséquent, à son succès.⁴

La jurisprudence va encore plus loin puisque considère que le refus du client de signer un nouveau contrat de maintenance, plus adapté à sa situation, constitue un manquement fautif à son devoir de collaboration⁵, ce qui implique que ce devoir est lié

¹ Pour des exemples d'obligations du client, voir : Annexe n° 9 : Article 9 : « *Obligations du client* », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 191.

² Annexe n° 9 : Article 8 al. 4 : « *Interventions du mainteneur* », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 191.

³ Cass.com., 28 novembre 2000, n° 98-14.748, *Société Reno*, NP ; RJDA 2001, n° 298.

⁴ CA Poitiers, 12 septembre 1995, *GTI c/Bocavet*, Expertises 1996, p. 42. Il s'agissait pour le client de ne pas avoir raccordé son ordinateur à une prise de téléphone, ce qui avait empêché la réalisation de la maintenance à distance, c'est-à-dire de la télémaintenance.

⁵ Cass. com., 18 janvier 1994, n° 91-18.096, *Concurrent computer*, NP ; Expertises 1994, p. 114. Cette décision est fort discutable car, décider de signer un contrat relève davantage du principe de liberté de consentement que d'un manquement au devoir de collaboration. En effet, le bénéficiaire de la maintenance est libre de renouveler ou non son contrat, ainsi que d'adhérer à un nouveau contrat de maintenance, fût-il plus adapté à sa situation.

au choix d'adhérer ou non à un contrat. En effet, lorsqu'une personne décide de signer un contrat, elle accepte toutes les obligations qui en découlent, telles que l'obligation de collaboration et tout ce que cela suppose.

ii. L'obligation de recette

464. Comme pour toute prestation de services effectuée, le bénéficiaire de la maintenance doit en accuser réception, c'est-à-dire en constater la réalisation, approuver le travail du mainteneur au moyen d'un procès-verbal de réception, avec ou sans réserves. L'intérêt d'un tel dispositif est d'éviter tout conflit ultérieur quant à l'effectivité de la maintenance : il est d'autant plus nécessaire si le mainteneur s'est engagé à un résultat, ou lorsque son intervention a été lourde techniquement. Trois possibilités s'offrent au client : soit recevoir purement et simplement sans réserves, soit refuser de recevoir, soit recevoir avec réserves. Tout dépendra de la qualité du travail effectué par le mainteneur. La recette mettra ainsi en évidence la satisfaction ou non du client de façon objective : ce sera pour lui le moment de faire toutes les remarques et observations qu'il estime nécessaires et qui pourront être critiques à l'égard du mainteneur, dans la mesure où elles remettront en cause la maintenance intervenue. Des essais techniques seront effectués sur le logiciel pour comparer ses performances et son potentiel avant et après la maintenance. Seront contrôlées les fonctionnalités modifiées ou ajoutées, afin de constater s'il y a baisse de qualité ou non du logiciel. Le but étant de vérifier si le logiciel est opérationnel. Par conséquent, la procédure de recette établit un certain équilibre contractuel.

Notons qu'une procédure similaire est observée en matière de système informatique.

iii. L'obligation de payer

465. Il s'agit d'une obligation logique du client, la prestation de maintenance étant rarement gratuite, sauf exception, par exemple pendant une période limitée d'un an à compter de la livraison d'un système matériel/logiciels¹, sachant que dans une telle hypothèse, le but sera de fidéliser le client. Autrement, le client sera tenu de payer une redevance périodique dont le montant variera selon les cas de figure envisagés. Ainsi, si le logiciel maintenu fait l'objet d'une licence d'utilisation, le prix de la maintenance pourra être déterminé en fonction d'un pourcentage du prix de ladite licence.

¹ CA Versailles, 4 avril 2002, *Matra*, Expertises 2003, p. 109.

Pour le mainteneur, l'intérêt sera que les redevances soient payées, sans retard. En général, leur montant est forfaitaire (quel que soit le nombre d'interventions) et révisable selon des indices déterminés, moyennant le respect d'un délai de préavis. Si le client refuse la modification du prix, il sera libre de résilier le contrat ; sans manifestation de sa part dans le délai prévu suivant la notification du nouveau prix, il n'aura pas d'autre choix que de l'accepter. Il est fréquent que des contrats de maintenance logicielle prévoient ce type de disposition.¹ La révision du prix à l'initiative du mainteneur apparaissant comme une prérogative importante justifiant sa position de partie forte. Le montant peut également être calculé par rapport au temps passé à effectuer la maintenance et par nombre d'interventions.² Une formule mixte combinant les deux systèmes est également possible. Tout est ici question de négociation et le client devra déterminer quel est la formule la plus intéressante pour lui financièrement. En effet, si une ou plusieurs interventions facturées reviennent plus cher qu'un forfait, peut-être est-il plus judicieux d'opter pour cette dernière solution. C'est l'expérience du client ainsi que ses erreurs qui l'aideront à déterminer son choix. Encore faut-il que le contrat ne soit pas d'adhésion.

Les règles de facturation seront établies par le mainteneur qui préférera la plupart du temps les factures payables à réception, comptant et sans escompte, et émises selon une périodicité définie, ou à l'issue de chaque intervention.³

466. Par ailleurs, il est important de savoir ce qui entre ou non dans la redevance (prix des opérations de maintenance, avec une distinction selon qu'elles sont effectuées sur le site du client ou à distance, prix des déplacements, prix des pièces de remplacement...). Dans tous les cas, le client ne paiera au mainteneur que ce qui est initialement prévu au contrat, même s'il a effectué des travaux supplémentaires utiles, voire indispensables, dès lors qu'aucun bon de commande ne peut être produit, document justifiant une demande particulière de la part du client et dépassant le champ de la maintenance contractuelle, et de ce fait, justifiant un paiement supplémentaire.⁴

¹ Annexe n° 9 : Article 12 al. 2 : « Prix », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 192.

² Annexe n° 9 : Article 12 al. 1^{er} : « Prix », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 192.

³ Annexe n° 9 : Article 13 : « Conditions de paiement », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 192.

⁴ CA Versailles, 16 juin 2000, *Aero Entreprise c/Avion Bravo Oscar*, D. 2000, IR 249.

467. S'agissant du prix, le principal problème reste son montant, résultat d'une négociation entre les parties, et censé être proportionnel avec la prestation fournie. Or, souvent, il n'en est rien, le mainteneur faisant état de ses compétences professionnelles pour justifier un prix, parfois prohibitif. Si possible, le client s'efforcera de le négocier au mieux et exigera que les tarifs par type d'intervention soient précisés au contrat, afin d'éviter les « mauvaises » surprises et tout supplément de prix douteux. De façon générale, toute dépense non prévue au contrat fera l'objet d'un devis préalable, soumis au client, qu'il s'agisse d'une dépense à l'initiative du mainteneur ou résultant d'une demande particulière du client. Ce sera notamment le cas des interventions à la suite d'une utilisation du logiciel non conforme aux prescriptions du contrat ou du fabricant, ou lorsqu'il sera nécessaire de faire face à une défaillance non imputable au mainteneur.

4) La durée

468. La durée du contrat de maintenance court à compter de la fin de la période de garantie du logiciel. Il est préférable de prévoir une durée correspondant à celle de la « vie » du logiciel visé, voire à la durée prévisible du fonctionnement des appareils sur laquelle il est installé, afin de ne pas avoir à chercher un autre mainteneur à l'arrivée du terme jugé trop bref d'un contrat, ce qui est aussi admis par la jurisprudence.¹ Cette durée est dans la pratique plus courte car, un suivi de cinq ans pour un logiciel est déjà un maximum. Sur ce point, les observations sont les mêmes que dans le cas de la maintenance système (infra n° 387 s.).

469. Toutefois, il est d'usage que ces contrats soient en général conclus pour une durée d'un an, renouvelables par tacite reconduction, sauf si dénonciation, sous réserve d'un délai de préavis.² Il est conseillé au bénéficiaire de la maintenance de négocier un délai de préavis assez long afin de lui laisser le temps de prendre ses dispositions quant au choix d'un nouveau mainteneur. Car, il doit être en mesure d'assumer les conséquences de sa décision.

Il est rare que les contrats de maintenance soient conclus pour une durée indéterminée ; si tel est le cas, chacune des parties sera libre d'y mettre fin à tout moment. Quant au

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2000, *Pico informatique c/Pacific technologie Présence assurances John*, Expertises, n° 250, p. 273.

² Annexe n° 9 : Article 11 : « Durée », *Contrat de maintenance de logiciel*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 192.

prestataire, il optera préférentiellement pour une clause de résiliation qui lui est favorable, c'est-à-dire qui ne pourra autoriser « *le non-paiement ou la restitution de tout ou partie des redevances perçues pour la période allant de la date de résiliation à la fin de la période contractuelle en cours.* »¹

Enfin, il sera parfois plus intéressant de rompre le contrat que de le maintenir ou de le renouveler, notamment lorsque la création d'un nouveau logiciel sur de nouvelles bases sera plus aisée et surtout moins onéreuse que la révision ou la maintenance d'un logiciel ancien. Il s'agira ici de tenir compte des intérêts en présence.

¹ Article 12 : « *Résiliation* », *Contrat de maintenance de logiciel*, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, FII. 330-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 14.

Conclusion

470. D'une manière générale, qu'il s'agisse de contrat de maintenance système ou de maintenance logicielle, une inégalité entre les parties est observée au profit du mainteneur. En effet, ce dernier impose la plupart du temps ses règles, le contrat prenant alors parfois la forme d'un contrat d'adhésion. De plus, il sait œuvrer de façon à ce que ses intérêts soient privilégiés et à ce que ses interventions n'entraînent pas trop de frais pour lui, notamment en excluant certaines tâches de la prestation, de préférence les plus coûteuses.

471. Le fait que la conclusion de ce contrat s'inscrive souvent dans un réseau d'obligations antérieures qui limitent pour le maintenu sa liberté de choix du mainteneur, ainsi que les moyens de négociation, explique également cette situation. Dans ces conditions, il est nécessaire d'être attentif au montage des contrats principaux s'agissant de la question de la maintenance, même s'il n'est pas prévu de contracter immédiatement à ce titre.

472. En outre, si le maintenu a des obligations limitées, il n'en demeure pas moins que sa marge de manœuvre l'est tout autant, dans la mesure où il n'a que peu de latitude quant à la négociation du contrat, ce qui rend sa position inconfortable et précaire. Le fait qu'il subisse la maintenance, c'est-à-dire qu'il joue un rôle passif à l'inverse du mainteneur qui effectue concrètement des opérations techniques, accentue cette situation. Il ne pourrait en être autrement, n'étant pas spécialiste d'un domaine aussi pointu que maintenance. Dès lors, quels que soient le type de maintenance et la nature du bien à maintenir, les obligations des parties exprimeront l'idée de domination du mainteneur sur le maintenu.

473. Par ailleurs, la précarité observée s'explique aussi par le fait que la maintenance ne résout jamais totalement et définitivement les défaillances techniques et autres troubles rencontrés par l'utilisateur d'un logiciel ou d'un système : elle ne procure qu'une solution provisoire aux problèmes survenus à un instant t. Car, le domaine informatique, en particulier logiciel, n'est pas figé : il est en perpétuel mouvement, en évolution permanente. Ce qui vaut également pour les anomalies, failles et dysfonctionnements. Dès lors, la maintenance n'apporte qu'une période d'accalmie

temporaire aux problèmes. C'est sans compter que le bénéficiaire de la maintenance doit s'armer de patience face à un mainteneur en position de force qui décidera souvent seul de ses délais d'intervention et de la durée d'indisponibilité du bien maintenu. Au surplus, celui-ci invoquera la qualité de son savoir-faire technique pour que soient acceptées certaines stipulations contractuelles, et surtout, pour les rendre moins contraignantes aux yeux de son cocontractant, alors que la pratique révélera le contraire. En effet, en dépit d'une rédaction pensée et réfléchie du contrat de maintenance, celui-ci posera quelques difficultés.¹ Le rôle du mainteneur sera justement de les anticiper et d'y remédier.

¹ *Prévention et évolution de quelques difficultés pratiques du contrat de maintenance*, G. Cordier, CCE 2009, fiche pratique n° 3.

Chapitre II : Le contrat d'outsourcing ou d'infogérance

Introduction

474. Le terme anglais d'« *outsourcing* » signifie externalisation ou fait de se séparer d'une activité que l'on exerce normalement soi-même. Pour l'entreprise qui prend une telle décision, cela implique qu'elle fasse appel à une tierce société de services compétente pour exercer à sa place certaines missions en rapport avec l'activité « délaissée ». Quant au terme français d'« externalisation », il s'agit d'un néologisme basé sur le mot « externe » et signifiant « faire traiter à l'extérieur ». Dans la pratique, lorsqu'il s'agit de faire référence à une activité externalisée ayant trait à l'informatique, aux Technologies de l'Information (TI) ou aux Technologies de l'Information et de la Communication (TIC), les expressions d'« *IT outsourcing* » ou d'« *externalisation TI* », c'est-à-dire d'infogérance, sont utilisées. Les termes de « *gérance de l'informatique* », « *d'hébergement de services ou d'applications informatiques* » sont également employés. Certains auteurs utilisent même l'expression de « *sous-traitance de spécialité* »¹ qui, à notre sens, paraît inexacte, si l'on considère la définition juridique de la sous-traitance, qui sera abordée plus loin.

475. L'externalisation informatique est surtout désignée par les termes de « *Facilities Management* » (FM), d'« *infogérance* » et d'« *outsourcing* », et consiste pour une entreprise à confier à un tiers prestataire -souvent une SSII (Société de Services en Ingénierie Informatique) ou une société spécialiste de l'externalisation- totalement ou partiellement, avec ou sans délocalisation, son activité, son service, son système informatique ou ses infrastructures de réseau, tout en conservant ses responsabilités : sont visés les matériels, les logiciels, et éventuellement les équipes affectées à l'exploitation du système informatique de l'entreprise en question. Le tiers aura alors pour mission d'héberger, de gérer, de suivre et de maintenir (si la maintenance est prévue au contrat d'outsourcing) l'application permettant d'assurer tout ou partie des traitements de données dont l'entreprise a besoin. Notons que le secteur informatique représente l'activité la plus fréquemment externalisée.

¹ *Contrats informatiques et électroniques*, Ph. Le Tourneau, édition Dalloz, 6^{ème} édition, 2011/2011, n° 7.89, p. 309.

L'expression d'« *outsourcing offshore* » sera utilisée lorsque le prestataire de services choisi se situera à l'étranger, en général dans des pays lointains. Cette solution est fréquente pour les entreprises françaises qui mettent en place des centres d'appel en offshore pour assister et conseiller les consommateurs dans l'utilisation des produits qu'ils fabriquent ou commercialisent, l'intérêt étant d'aller chercher des compétences étrangères moins coûteuses que sur le marché national. A l'inverse, l'« *outsourcing onshore* » intervient lorsque le prestataire travaille dans le même pays que celui de l'entreprise, et l'« *outsourcing nearshore* », lorsque le pays du prestataire est géographiquement situé à proximité de celui de ladite entreprise. A titre d'exemple, pour les entreprises françaises, il s'agira d'externaliser dans les pays d'Afrique du Nord ou les pays de l'Est, tandis que pour les Etats-Unis, il s'agira plutôt d'externaliser au Mexique ou au Canada. Enfin, l'« *outsourcing governance* » définit l'organisation, les relations, le processus de prise de décision, et les mécanismes de communication requis pour assurer le succès d'un projet d'outsourcing.

Le terme de « *Facilities Management* »¹ paraît mal choisi si l'on s'arrête sur son sens car, concernerait davantage l'externalisation des services généraux. En effet, outre l'informatique, certaines entreprises externalisent ces services, englobant l'ensemble des services logistiques indispensables à leur fonctionnement tels que le service achats, la construction, la gestion et l'entretien des immeubles les hébergeant, la gestion des locaux techniques et de l'énergie (électricité, chauffage, air conditionné...), l'accueil des visiteurs, les contrôles d'accès physique, les infrastructures, la paie... L'objectif du Facility Management serait de mettre en valeur le capital immobilier d'une entreprise² en confiant à un tiers spécialisé la gestion d'activités courantes.

Toutefois, dans nos développements, il ne sera question que d'externalisation informatique. De ce fait, l'expression « *Facilities Management* » sera employée comme synonyme des termes d'« *outsourcing* » et d'« *infogérance* ».

¹ « *Facility* » signifie installation en anglais, c'est-à-dire usine dans notre contexte, tandis que « *Management* » signifie gestion. Autrement dit, le « *Facility Management* » consisterait en la gestion de l'usine. En réalité, « *Facility Management* » est la contraction de l'expression « *Facility and Property Management* », autrement dit, la gestion des dépenses liées aux services généraux.

² Guide de l'externalisation des activités de l'entreprise, supplément au numéro 752 du magazine « *Gestion finance* » du 29 septembre 2003.

476. A notre époque, l'externalisation connaît un grand succès car, permet aux entreprises de se consacrer exclusivement au développement et à l'exploitation de leur activité principale, et de confier à un tiers les activités considérées comme secondaires, c'est-à-dire non stratégiques, et jusqu'alors réalisées en interne : il s'agit de toutes celles qui ne produisent que peu de revenus et, par conséquent, qui ne sont pas rentables économiquement. Mais, il peut aussi s'agir d'activités se révélant trop complexes pour que l'entreprise visée les assume seule, compte tenu de ses compétences ; voire, simplement d'activités dans laquelle elle ne souhaite pas s'investir pour éviter d'avoir à supporter des frais conséquents, une lourde gestion administrative, une éventuelle réorganisation, le recrutement de personnes qualifiées, la mise en place de formations pour son personnel... Ici, l'informatique sera externalisée, domaine auquel toute entreprise ne peut se passer, en raison de son utilité indéniable.

477. L'externalisation présente comme avantages de pouvoir s'appliquer à tous les secteurs d'activités et à tous les processus métiers, d'offrir une réduction des coûts, une souplesse et une flexibilité à la fois au niveau des opérations et de la gestion des effectifs, tout en permettant de réaliser de meilleures prestations. C'est un outil de gestion essentiel et même une stratégie d'organisation et de management des entreprises à part entière qui, non seulement les optimise, mais les valorise également.

Grâce à l'outsourcing, l'entreprise est restructurée autour de ses compétences de base, de son cœur de métier et de son activité première, ce qui s'avère un choix judicieux pour atteindre ses objectifs. L'outsourcing apparaît alors comme un projet réfléchi, envisagé en connaissance de cause (Section 1). Lorsqu'un contrat sera conclu pour organiser les relations entre le bénéficiaire de l'outsourcing et le prestataire, il révélera un déséquilibre contractuel tant au niveau de sa formation (Section 2), que de son exécution (Section 3).

Section 1 : L'outsourcing, un projet réfléchi

Les tenants et les aboutissants du projet d'outsourcing envisagé doivent être appréhendés avant de conclure un contrat en la matière (A). Car, outre les avantages qu'un tel projet comporte, des inconvénients sont également observés (B).

A) L'appréhension du projet d'outsourcing avant tout engagement contractuel

Au préalable, avant de se lancer dans l'outsourcing, il est nécessaire de connaître le sens de cette notion pour éviter les confusions (1). Car, le contrat d'infogérance, contrat de prestation de services (2), n'est pas souscrit à la légère. Différentes raisons conduisent à s'engager dans ce cadre (3) ; de même, la définition de ses besoins (4) ainsi que la recherche d'une équipe compétente (5) justifient le recours à l'infogérance.

1) Notions proches de l'outsourcing

478. L'outsourcing ou l'externalisation ne doit pas être confondue avec d'autres notions telles que la sous-traitance informatique, l'A.S.P. (Application Service Provider, ou en français le Fournisseur d'Applications Hébergées (F.A.H.)), la délocalisation, et le « traitement à façon » ou service bureau.

S'agissant de la sous-traitance, certains auteurs font la distinction entre la sous-traitance de capacité et la sous-traitance de spécialité¹, la première « *permettant au donneur d'ordres de répondre à la croissance conjoncturelle de la demande, sans augmenter ses installations, en s'adressant à une entreprise concurrente dans la même spécialité* », tandis que la seconde intervenant lorsque le donneur d'ordres n'a ni les compétences, ni les moyens matériels et humains d'effectuer une certaine prestation, et nécessite alors de faire appel à un spécialiste. Si la première est temporaire, la seconde s'inscrit dans la durée et peut être assimilée à de l'externalisation, sachant qu'il serait plus juste d'affirmer qu'elle constitue un mode d'exécution de l'externalisation parmi d'autres.

En règle générale, la différence entre une entreprise sous-traitante et une entreprise chargée de gérer une fonction externalisée est que la première utilise ses propres ressources pour mener à bien sa mission, à l'inverse de la seconde qui pourra bénéficier des méthodes, des outils, voire des salariés de l'entreprise qui la sollicite, sachant que cette dernière ne sera pas totalement écartée du processus, dans la mesure où elle assurera un pilotage et un suivi étroit de son « partenaire ». L'externalisation va donc plus loin que la sous-traitance ou la simple prestation de services. En outre, elle ne répond en rien à la définition de la sous-traitance, régie par la loi du 31 décembre 1975²

¹ *Contrats informatiques et électroniques*, Ph. Le Tourneau, Dalloz, 6^{ème} édition, 2010/2011, n° 7.89, p. 309.

² Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, J.O.R.F. du 3 janvier 1976, p. 148. Dans son article 1^{er}, elle définit la sous-traitance comme : « *l'opération par laquelle un entrepreneur*

et qui, pour certains auteurs, est « *le fait pour un entrepreneur de faire exécuter par un autre, un travail qu'il a pris en charge en s'engageant dans un louage d'ouvrage.* »¹

Cette définition laisse entendre que la sous-traitance fait intervenir trois acteurs : l'entrepreneur principal, le sous-traitant, et un client, autrement dit, deux prestataires et un client, à l'inverse de l'infogérance qui ne fait intervenir que deux personnes : un prestataire et un client. En effet, dans la première hypothèse, l'entrepreneur demande au sous-traitant, qui est un tiers au contrat signé avec son client (appelé maître de l'ouvrage ou donneur d'ordre), d'effectuer pour lui certaines tâches. Le client ne s'y oppose pas dans la mesure où son contrat prévoit la possibilité de sous-traiter. En revanche, dans la seconde hypothèse, le client choisit un prestataire en considération de sa personne, c'est-à-dire *intuitus personae*, en fonction de ses compétences spécifiques et de son savoir-faire : dès lors, la sous-traitance est en principe exclue, sauf exception. De plus, l'activité confiée était auparavant réalisée en interne, alors que dans le cadre de la sous-traitance, cela n'a jamais été le cas. Enfin, la sous-traitance répond à une démarche axée sur les produits², tandis que l'externalisation répond à une démarche axée plutôt sur la fonction.

479. Quant à l'ASP, elle permet à une personne, le client, d'accéder à distance, par le biais de l'Internet ou d'autres réseaux informatiques, à des progiciels installés sur les équipements du prestataire qui traitera les données dudit client, en contrepartie d'une rémunération prévue la plupart du temps dans le cadre d'un abonnement annuel. L'objet du contrat d'ASP est donc la fourniture d'applications hébergées par le prestataire : le client est autorisé à utiliser le progiciel et ses applications dans les conditions prévues. Certains auteurs considèrent qu'il représente une variante du contrat d'outsourcing.³ De plus, une licence d'utilisation de progiciel est implicitement accordée au client qui, en ayant accès aux équipements du prestataire, s'engage dans une relation de louage. Le contrat d'ASP peut également prévoir que le prestataire fournira au client d'autres services tels que l'hébergement de ses données, leur sauvegarde, leur archivage, ainsi

confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage. »

¹ *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, J. Huet, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2001, n° 32322.

² *La sous-traitance : stratégie toujours gagnante ou pari risqué ?* R. Bonenfant et autres, *Rev. fr. de gestion industrielle*, 2005/2, p. 13 et s.

³ *Contrats informatiques et électroniques*, Ph. Le Tourneau, Dalloz, 6^{ème} édition, 2010/2011, n° 7.90, p. 310.

qu'une assistance téléphonique dans l'utilisation du programme informatique, une maintenance corrective, la formation de son personnel... Par conséquent, le contrat d'ASP n'a rien à voir avec le contrat d'outsourcing, puisque s'apparente davantage au contrat de bail ou de louage de choses (art. 1709 C. civ.) qu'au contrat de louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise (défini à l'art. 1710 C. civ.), sachant qu'une telle qualification reste discutée.¹

480. L'outsourcing se distingue également de la délocalisation consistant pour une société mère à exporter tout ou partie de son activité vers une de ses filiales située à l'étranger. Si les deux entités sont liées juridiquement, il en est autrement des acteurs de l'externalisation, le prestataire restant une entité juridiquement et financièrement indépendante de l'entreprise qui fait appel à ses services.

481. Enfin, le contrat de traitement à façon dit aussi contrat de service bureau est un contrat d'entreprise par lequel un prestataire appelé « façonnier » effectue pour un client, moyennant rémunération, des actes matériels en toute indépendance. En général, une seule tâche lui est demandée et est nettement définie : il s'agit pour le client de transmettre au prestataire, via l'informatique², des documents aux contenus divers (comptabilité, analyses...) se présentant éventuellement sous forme grossière, brute, ou sous forme exploitable par les machines. Il reviendra au prestataire de les traiter conformément aux instructions du client, en utilisant ses propres moyens techniques, matériels, logiciels et humains, puis de lui retourner ce qu'il en résulte. Certains auteurs qualifient cette situation « *d'infogérance au petit pied* »³, ce qui paraît inexact car, l'externalisation porte sur un ou plusieurs services d'une entreprise pris dans leur globalité, et non sur certains aspects de ces services. En outre, si les contrats de traitement à façon sont standards, les contrats d'externalisation sont sur-mesure.

2) Le contrat d'outsourcing, contrat de prestation de services

482. Spécificité des contrats d'externalisation, le contrat d'outsourcing consiste pour une personne appelée client à confier à une autre, le prestataire, spécialiste dans un domaine particulier, tout ou partie de la gestion et de l'exécution de son système

¹ ASP : quels dispositifs contractuels ? F. Mascré, Expertises 2002, n° 262, p. 299.

² CA Paris, 25^{ème} ch. B, 6 juillet 1988, *Sté Cofintec c/Sté GIN PPP*, Juris-Data, n° 23977.

³ *Contrats informatiques et électroniques*, Ph. Le Tourneau, Dalloz, 6^{ème} édition, 2010/2011, n° 7.98, p. 315.

d'information, de son service, ou de sa fonction informatique, avec ou sans délocalisation, pendant une certaine durée (en général, plusieurs années), et moyennant le paiement d'un prix. Plus précisément, ses ressources informatiques, matérielles, et éventuellement humaines, sont transférées vers ce prestataire afin que son système d'information soit pris en charge conformément à ses attentes. La prestation consistera alors en un ensemble d'activités de services mis en œuvre pour atteindre un objectif précis : l'allègement des contraintes techniques, structurelles et organisationnelles. Tout sera précisé en amont au sein d'un cahier des charges décrivant le projet d'outsourcing.

483. Contrairement à d'autres pratiques, l'externalisation se veut un service complet accompagné d'une convention de niveau de services (établie au vu d'un cahier des charges) annexée au contrat. Ce dernier prévoira également un plan d'assurance qualité. Certains auteurs qualifient le contrat d'outsourcing comme : « *un contrat de traitement informatique portant sur une prestation définie exécutée par un fournisseur, sous sa responsabilité, dans des conditions notamment de prix et de délais déterminés.* »¹ D'autres considèrent qu'il s'agit d'un « *contrat qui a pour objet l'exploitation par un prestataire de services, sous sa maîtrise d'œuvre, de tout ou partie du système informatique spécifique d'un client donné* »², ou encore du fait pour une société de « *déléguer à une société de service spécialisée (...) une partie de la gestion quotidienne de fonctions de type services généraux, service informatique (...). Cette gestion délégable est celle qui n'est pas centrée sur l'activité propre et le savoir-faire de l'entreprise.* »³ Enfin, le Guide Syntec le définit comme : « *un ensemble d'activités de services consistant en la prise en charge de la gestion de tout ou partie du système informatique d'un client ou d'un ensemble de clients, avec ou sans délocalisation, dans le cadre d'une relation contractuelle pluriannuelle.* »

484. A travers ces définitions, il en ressort plusieurs éléments communs : le prestataire a pour mission de réaliser une tâche, de façon indépendante, à titre onéreux et sans mécanisme de représentation, donc sans personne interposée, en direct. De tels éléments laissent penser que le contrat d'outsourcing est un contrat d'entreprise, plus précisément de louage d'ouvrage défini comme « *le contrat portant sur un travail,*

¹ *Du contrat de facilities management*, E.-M. Bey, Gaz. Pal. 1991, 1, doct., p. 19.

² *Le contrat de Facilities Management*, F. Dupuis-Toubol et F. Vergne, JCP éd. E, 1993, I, n° 9-10, chron. n° 225, p. 111 ; DIT 1993, n° 1, p. 8-15.

³ *Informatique, Télécoms, Internet*, A. Bensoussan, Editions Francis Lefebvre, 2001, p. 325-326.

demandé par une personne à une autre, sans que celle-ci soit à son service, et le plus souvent moyennant rémunération »¹ ou comme le contrat dans lequel « *une personne (l'entrepreneur) s'engage, moyennant rémunération, à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une autre (le maître de l'ouvrage), sans le représenter.* »² Répondant à de telles définitions, y compris celle donnée par la jurisprudence³, il doit être régi comme un contrat d'entreprise. Son objet est l'externalisation du système d'information d'une entreprise « *cumulant la location à titre principal, et toutes sortes de prestations accessoires, la gestion du parc informatique, sa maintenance, sa mise à jour, voire la formation des utilisateurs.* »⁴

Quant à l'AFNOR (Association Française de Normalisation), elle donne une définition similaire, mais plus restreinte, du contrat d'infogérance : « *L'infogérance est un service défini comme le résultat d'une intégration d'un ensemble de services élémentaires, visant à confier à un prestataire informatique tout ou partie du système d'information d'un client, dans le cadre d'un contrat pluriannuel, à base forfaitaire, avec un niveau de services et une durée définis.* »⁵

485. De toutes ces définitions, il en résulte que le contrat d'infogérance est un contrat de prestation de services s'étalant sur plusieurs années et dont le prix peut être forfaitaire. Il s'agit d'un contrat consensuel, synallagmatique⁶, commutatif⁷ et à titre onéreux. De plus, l'infogérance peut être totale ou partielle, d'exploitation ou d'application. Selon qu'elle sera totale ou partielle, l'entreprise confiera la gestion de l'ensemble ou d'une partie seulement de son système d'information au prestataire, et s'il y a lieu, sa maintenance (Pour plus de précisions sur la maintenance, voir Première

¹ *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, J. Huet, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2001, n° 32102.

² *Droit civil tome 6, Les contrats spéciaux*, Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Edition Cujas, 14^{ème} édition, 2001, n° 708 et s. Et : Cass. civ. 1^{ère}, 19 février 1968, B. I, n° 69 ; D., 68, 393.

³ CA Lyon, 3^{ème} ch. civ., section A, 25 juin 2009, RG n° 08/06369. Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, Bull. civ. 2005, III, n° 102 ; JCP 2005, I, 172, n° 13 et s., obs. Labarthe ; RDC 2005, 1111, obs. Puig. Cass. com., 7 novembre 2006, Bull. 2006, IV, n° 215, BICC n° 719 du 1^{er} avril 2010. Pour la jurisprudence, il y a un contrat d'entreprise « *lorsqu'un professionnel est chargé de réaliser un travail spécifique en vertu de prescriptions particulières ou en vue de répondre aux besoins particuliers du client, incompatible avec une production en série susceptible d'être réalisée au profit d'autres clients* ».

⁴ *Contrats informatiques et électroniques*, Ph. Le Tourneau, Dalloz, 6^{ème} édition, 2010/2011, n° 8.3, p. 319.

⁵ Norme NF XP Z 67- 801-1 (Référentiel d'Infogérance – Partie 1 Spécification de Services).

⁶ La définition du contrat synallagmatique est donnée par l'art. 1102 du Code civil : « *Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.* »

⁷ La définition du contrat commutatif est donnée par l'art. 1104 al. 1^{er} du Code civil : « *Il (le contrat) est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle.* »

Partie, Titre II, Chapitre I). Le contrat prévoira éventuellement l'hypothèse de la reprise par l'entreprise de la gestion de ses activités externalisées dite « *backsourcing* » ou « *réinternalisation* ».

3) Les raisons d'externaliser

486. Sur le plan économique, le marché français de l'infogérance s'est développé fortement depuis la fin des années quatre-vingt-dix, en raison de la demande croissante des entreprises en la matière. En effet, les avantages¹ offerts par l'outsourcing sont nombreux et surtout financiers : l'entreprise qui recourt à l'externalisation fait des économies puisqu'elle n'effectue pas elle-même certaines opérations qui seront réalisées par une entreprise tierce à moindres coûts. De plus, elle allège ses services internes, simplifie ses tâches, sa gestion, et gagne un temps considérable dans l'exercice de son activité principale, et par conséquent, optimise ses dépenses. C'est sans compter le fait que des solutions pérennes sont trouvées à des coûts maîtrisés, ce qui augmente sa compétitivité et sa réactivité. Cela s'explique par le fait que les services fournis par le prestataire tiers sont complets et de qualité et sont censés réduire, voire supprimer, toute défaillance qui affecterait le système informatique confié : est améliorée la fonction informatique de l'entreprise qui recourt à l'externalisation. Ces services comprennent en général des prestations d'exploitation, d'hébergement, et de télécommunications. L'idéal serait que l'externalisation intervienne lorsque l'entreprise se situe dans une phase transitoire entre l'abandon d'une configuration informatique et l'adoption d'une nouvelle configuration, plus adaptée.

487. La décision d'externaliser sera motivée par le fait que l'entreprise concernée n'aura pas besoin d'investir dans un domaine, l'informatique, qui est en constante évolution et qui devient chaque jour plus complexe pour elle, en particulier, si elle ne dispose pas des compétences adéquates. Un tiers sera chargé de le faire pour elle et lui fera bénéficier d'un système à la pointe de la technologie et répondant à ses besoins. De son côté, elle pourra rester opérationnelle, alerte et performante dans son secteur d'activités, s'y consacrant entièrement. Elle sera alors en mesure de conserver sa place sur le marché, voire d'en conquérir d'autres.

¹ *Atouts et limites de l'extériorité*, X. Baron, *Expansion Management Review* 2008/132, p. 20 et s.

488. Ne pouvant échapper à l'informatique pour l'exercice de son activité au risque de la mettre en péril et ne nuire à sa propre crédibilité en tant qu'acteur économique, elle n'aura pas d'autre choix que d'externaliser pour demeurer réactive face aux progrès. Car, de la performance des systèmes d'information dépendra son développement. Pour les entreprises dont les technologies ne sont pas le cœur de métier, être compétentes en la matière s'avèrera alors difficile. C'est pourquoi, elles devront disposer d'un système d'information capable de s'adapter rapidement aux évolutions.

489. D'autres raisons justifient le recours à l'externalisation : le besoin d'harmoniser et d'optimiser les outils et les process, par exemple, dans le cadre d'une fusion, opération juridique stratégique. En effet, la fusion entre sociétés représente un travail de longue haleine, lourd et difficile ; or, celles-ci n'ont pas toujours les moyens techniques et/ou humains d'adapter les différents services informatiques. C'est pourquoi, elles préfèrent se décharger de cette mission et la confier à un tiers. Si elles le faisaient elles-mêmes, leur organisation interne en serait complètement bouleversée et il faudrait éventuellement envisager des restructurations, remettre en cause leur politique d'entreprise... Tout cela ne pourrait se faire que sur une longue période, ce qui serait problématique. En effet, le temps investi entraînerait des dépenses conséquentes ainsi que de nombreux désagréments pour chaque société. L'outsourcing apparaît alors comme la solution la plus appropriée.

La décision de recourir à l'infogérance ne se prenant pas à la légère en raison de ce qu'elle implique, il est nécessaire de déterminer précisément le cadre juridique dans lequel elle sera organisée.

4) La définition des besoins du client

490. Avant d'envisager un contrat d'outsourcing et de se lancer dans sa rédaction, il faut clairement et impérativement définir ses besoins sur le court ou le long terme, afin de déterminer si un tel contrat est vraiment nécessaire et si une autre solution n'est pas plus appropriée. Deux raisons font hésiter à s'engager dans un tel cadre : d'une part, la peur de perdre ses responsabilités et son pouvoir, c'est-à-dire sa toute-puissance sur certaines fonctions ou activités jusqu'alors réalisées en interne, et d'autre part, la peur que le projet d'outsourcing échoue avec les conséquences financières.

En effet, lorsqu'une entreprise a l'habitude de gérer une fonction ou une activité, sa direction a tendance à hésiter à la confier à un tiers, fût-il de renommée dans son domaine. Une telle hésitation paraît légitime si l'on considère l'importance des enjeux stratégiques : l'essor de l'entreprise, le maintien de sa position concurrentielle sur le marché, sa notoriété, ses intérêts économiques... De plus, en recourant à l'outsourcing, l'entreprise a le sentiment de « renoncer » à un secteur d'activités ou à une branche, ce qui n'est pas toujours facile, ni sur le plan humain, ni sur le plan technique. Or, en aucun cas, l'outsourcing ne préconise, ni ne permet cela : ce dispositif n'induit pas un abandon inévitable et programmé de ses responsabilités car, l'entreprise qui externalise reste seule décisionnaire. Afin d'éviter toutes ambiguïtés, il est nécessaire de mentionner cette idée au contrat et de clairement définir le rôle, les droits et les obligations de chaque acteur.

Parfois, le transfert d'un secteur d'activités devient nécessaire et résulte d'un choix stratégique : cela ne signifie pas pour autant que l'entreprise concernée le renie. Néanmoins, une telle opération comporte toujours un risque financier, comme tout projet d'entreprise ; c'est pourquoi, les avantages et les inconvénients devront être envisagés et évalués.

491. Quant à la peur de l'échec de l'outsourcing, il s'agit d'un sentiment légitime qui s'observe dans le cadre de tout projet. Peut-être que ce sentiment est accru parce que l'outsourcing est une stratégie organisationnelle de l'entreprise relativement récente par rapport à d'autres stratégies qui ont fait leur preuve. Ce sentiment de crainte sera d'autant plus grand que l'entreprise visée ne sera pas habituée aux techniques d'infogérance. Quoi qu'il en soit, afin d'avoir une visibilité sur le marché et de se développer, il est nécessaire d'innover dans ses méthodes et de choisir les stratégies les plus adaptées à ses besoins, parmi lesquelles l'outsourcing.

A cela, s'ajoute une définition imprécise du champ de l'externalisation qui empêche la bonne exécution du contrat, situation qui s'aggrave lorsque sa rédaction est telle que ses dispositions sont floues. Si, au surplus, la relation entre les parties ne révèle pas une collaboration étroite et s'avère décevante, l'outsourcing ne pourra qu'échouer.

492. Parmi les éléments positifs à considérer avant de se lancer dans l'infogérance, citons le fait que celle-ci offre -ou est censé offrir- un catalogue de services complet dont le but est la performance de l'entreprise et son développement. Ainsi, en matière informatique, l'entreprise concernée est déchargée du poids des contraintes imposées par la maintenance, l'assistance et la gestion d'un système informatique, ou encore les phases connexes à la conception/réalisation d'un site web, telles que son hébergement, sa maintenance, son accès aux réseaux, son référencement auprès des annuaires, des moteurs de recherche... Si le prestataire est en mesure de répondre aux besoins de l'entreprise, celle-ci décidera d'externaliser.

En choisissant l'outsourcing, les parties décident donc de nouer un véritable partenariat fondé sur la confiance, la loyauté, la bonne foi et la transparence. Et c'est du respect de ces principes que va dépendre son succès ou son échec.

493. Enfin, un état des lieux concernant notamment la configuration de l'entreprise doit être établi afin de savoir s'il est matériellement possible d'externaliser. Les solutions habituellement appliquées seront recensées et confrontées avec celles qu'offre l'externalisation pour déterminer laquelle est la plus appropriée. Si l'entreprise a l'habitude d'appliquer une solution autre que l'outsourcing, elle aura besoin d'aide pour effectuer la transition. Puis, il s'agira de gérer le contrat sur le long terme : des décisions devront être prises en connaissance de cause par les deux futurs cocontractants, en tenant compte du champ d'externalisation, des services proposés par le prestataire qui doivent être les plus complets possibles, et cela, quelle que soit la zone géographique de l'activité de l'entreprise. Les coûts pour l'entreprise qui externalise, les intérêts qu'elle va tirer -notamment financiers- des services prévus par l'infogérance, la possibilité de reprise de son activité, de sa fonction et donc de ses équipements, seront également pris en compte... En un mot, une phase de préparation initiale sera organisée.

5) La recherche d'une équipe compétente

494. Avant d'envisager l'outsourcing et pour qu'il ait le succès escompté, il est nécessaire de disposer d'une équipe compétente, capable d'effectuer des opérations aussi complexes que les transitions techniques et les migrations des systèmes, ainsi que de faire converger des intérêts opposés, c'est-à-dire de trouver des compromis. Elle doit également pouvoir gérer de manière efficace les systèmes informatiques de toute

entreprise, quelle que soit sa taille et sa position sur le marché, ainsi que son environnement en matière de T.I.C. Elle doit donc avoir des compétences multiples, notamment dans les domaines techniques, financiers, juridiques, organisationnels... Elle aura notamment pour tâche de délimiter avec précision le champ d'application de la prestation d'outsourcing.

495. En outre, l'équipe devra connaître l'entreprise qui recourt à l'infogérance de façon parfaite sinon suffisante, et notamment ses activités et ses métiers, ses projets en cours, ses équipements, les compétences de son personnel... Elle devra lui apporter des solutions technologiques innovantes en adéquation avec ses besoins de développement, quel que soit le contexte, national ou international. C'est pourquoi, elle sera choisie en fonction de sa capacité à coordonner les différents éléments qui lui sont soumis, voire en fonction de sa place sur le marché de l'outsourcing. Car, la concurrence est rude en la matière. Seule la meilleure équipe aux yeux de l'entreprise sera choisie : elle devra optimiser son activité et lui apporter stabilité et rentabilité. D'où, la nécessité de lui offrir une large gamme de services et d'afficher les meilleures compétences. A cela, s'ajoute l'expérience qui permettra d'anticiper et de définir les stratégies les plus adéquates. En matière d'outsourcing, sont visées les connaissances théoriques et pratiques du prestataire, ses aptitudes professionnelles, son habileté à faire aboutir ses actions, son savoir-faire... Le contrat ne manquera pas de rappeler les qualités recherchées chez une équipe et le formulera de la manière suivante : « *Le Prestataire s'engage à constituer une équipe affectée à la réalisation des prestations ayant une connaissance éprouvée de ce type de prestations. Le Prestataire est responsable de la définition du profil, de la désignation des membres de son équipe et des ressources nécessaires à l'exécution des prestations.* »¹

Or, il existe un décalage entre un projet théorique d'outsourcing révélant motivation et volonté sincère d'y parvenir, et la réalité qui n'est pas toujours celle attendue. C'est pourquoi, il vaut mieux réfléchir à deux fois avant de choisir un partenaire et de signer un contrat d'outsourcing, et par-dessus tout, connaître les rouages, les tenants et les aboutissants du dispositif. S'il n'est pas toujours possible de prédire l'avenir d'un

¹ Annexe n° 10 : Article 14 : « *Equipe du Prestataire* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 9.

projet, en revanche, il est possible de définir avec précision les instruments qui vont permettre de le réaliser.

B) Les éléments négatifs à considérer avant de signer un contrat d'outsourcing ou les risques liés à l'externalisation

Plusieurs risques doivent être considérés avant de s'engager dans le cadre d'un contrat d'outsourcing : le risque de dépendance vis-à-vis du prestataire de l'externalisation (1), les risques technologiques et économiques (2), les risques liés à une mauvaise définition des indicateurs de qualité (3), et les risques juridiques et sociaux (4).

1) Le risque de dépendance

496. Des éléments négatifs peuvent être recensés dans le cadre d'une opération d'outsourcing : il s'agit des risques¹ auxquels les entreprises ne s'attendent pas, tels que leur dépendance croissante à l'égard du prestataire de l'infogérance pour un domaine d'activités. L'externalisation ne comporte donc pas uniquement des avantages.² Car, en confiant un secteur, une entreprise perd l'habitude de le gérer ; le temps n'aidant pas les choses, plus la relation s'étale dans le temps permettant au prestataire de prendre toutes les décisions dans le domaine concerné, plus l'entreprise en devient dépendante, voire dans les cas les plus extrêmes, n'est plus en mesure de reprendre ultérieurement sa gestion. D'où, la nécessité de « garder un œil » en la matière et de prévoir au contrat d'outsourcing des clauses telles que celle de réversibilité des prestations permettant la reprise de la fonction externalisée (supra n° 612 s.).

497. De plus, le risque de dépendance augmentera d'autant que sera prévue l'externalisation de la plupart des fonctions de l'entreprise ; s'ajouteront des risques technologiques, économiques, juridiques, et sociaux. C'est pourquoi, il est nécessaire de trouver un juste équilibre entre la nécessité économique de transférer certaines fonctions ou certaines applications, et la nécessité d'en conserver une certaine maîtrise. Car, ces fonctions peuvent être vitales pour l'entreprise : il s'agit alors de ne pas se tromper dans le choix du prestataire, choix effectué *intuitus personae*, c'est-à-dire en considération de sa personne. C'est dès le départ, au moment de la rédaction du cahier des charges du

¹ *Enjeux et limites de l'externalisation*, E. Fimbel, *Expansion Management Review* 2002/104, p. 43 et s.

² *Atouts et limites de l'extériorité*, X. Baron, *Expansion Management Review* 2008/132, p. 20 et s.

projet d'externalisation, que les critères de sélection du prestataire seront posés. L'intérêt étant de réduire les liens de dépendance qui pourraient survenir dans le futur, lorsque client et prestataire se seront engagés contractuellement.

498. Dans la pratique, pour ne pas créer de dépendance, l'entreprise concernée prendra soin de négocier avec le prestataire des clauses lui aménageant un droit de regard ou de contrôle des évolutions de son système informatique : ainsi, des comités de suivi ou de pilotage seront mis en place (supra n° 582 s.) pour vérifier que la prestation se déroule bien, conformément au contrat. Toute recommandation de l'entreprise pourra être formulée et devra être prise en compte, de même que toute constatation utile. Des audits de l'activité externalisée seront effectués (supra n° 581). De tels dispositifs donnent ainsi à l'entreprise une certaine marge de manœuvre quant à l'exécution de la prestation et lui permet de ne pas être totalement « exclue » de l'activité confiée.

En parallèle, le prestataire ne devra pas créer d'obstacle à la reprise des activités par le client. Il en résulte de son devoir de collaboration, et plus généralement, de son obligation de loyauté et de bonne foi.

2) Les risques technologiques et économiques

499. Des risques peuvent naître de l'outsourcing parmi lesquels la diminution de l'innovation pour le secteur d'activité externalisé. En effet, le prestataire chargé de la gestion de ce secteur a pour principale mission de l'exploiter et de le rentabiliser. Au besoin, il utilisera ses propres technologies. Mais, il peut arriver au bout d'un certain temps qu'il accomplisse sa mission dans un esprit de « continuité », machinalement, sans effort d'innovation. Si le contrat ne prévoit pas d'obligation de résultat en matière d'innovation, le prestataire ne fera pas d'effort : il se contentera de réaliser simplement ses tâches, sans aller au-delà. Dès lors, sera mis un frein à toute évolution. Quant à l'entreprise cliente, elle lui laissera toute latitude pour gérer le secteur, en toute confiance, estimant peut-être à tort qu'elle innovera spontanément. La réalité étant autre, il est nécessaire qu'elle l'exige au contrat d'outsourcing, si telle est son souhait.

500. D'autres risques peuvent résulter de l'outsourcing : il s'agit des conséquences subies par le client du fait des défaillances techniques, technologiques et/ou économiques du prestataire. En effet, si ce dernier connaît quelque revers dans les

domaines précités, son client risque d'en pâtir, sachant que cela peut toucher des fonctions ou des applications essentielles de son système informatique, mettant alors en péril son fonctionnement tout entier ainsi que la poursuite et la continuité de l'activité de son entreprise, voire de son objet social. D'où, la nécessité de bien connaître son partenaire sur les plans financier (il sera recherché s'il est habituellement solvable), commercial et technique, et de se prémunir des risques qui peuvent l'atteindre. Il est alors recommandé au client d'exiger des garanties pour éviter de telles déconvenues et de les mentionner. Dès lors, le contrat d'externalisation se voudra précis et le plus exhaustif possible, afin que l'entreprise cliente ne soit pas confrontée à des dépenses imprévues.

3) Les risques liés à une mauvaise définition des indicateurs de qualité

501. Il s'agit du risque consistant à ne pas définir correctement les indicateurs de qualité des prestations d'outsourcing et entraînant des évaluations « faussées », non représentatives de la réalité. Ce sera le cas si ces indicateurs sont complexes, imprécis ou pas assez évolutifs, c'est-à-dire s'ils deviennent rapidement obsolètes. En effet, ils doivent s'adapter aux progrès techniques et technologiques. Car, les prestations d'infogérance sont appelées à évoluer, de même que leurs conditions : les indicateurs qui mesurent leur qualité doivent donc l'être pareillement. A défaut, il risque d'y avoir un décalage entre la situation à laquelle les indicateurs renvoient et la réalité, laissant des clients insatisfaits quant à la réalisation de la prestation : s'ils demandent une infogérance conforme au contrat qu'ils ont signé, d'une certaine qualité, celle-ci doit répondre aux critères définis et non être surévaluée. Ainsi, la prestation doit correspondre parfaitement à leurs attentes et ne doit pas être faussée par des indicateurs.

C'est pourquoi, il est nécessaire de prévoir au contrat d'externalisation des clauses gérant les risques susceptibles de se produire, tels que ceux liés à une mauvaise définition des indicateurs de qualité. La difficulté demeure de les définir avec exactitude. Dans tous les cas, il faudra tenir compte de l'aspect évolutif des prestations d'outsourcing, et cela, à tous les niveaux.

4) Les risques juridiques et sociaux

En premier lieu, étudions les risques juridiques (a), puis les risques sociaux (b).

a) Les risques juridiques

502. Des risques juridiques tels que ceux liés à une dilution des responsabilités sont souvent recensés : en effet, il n'est pas rare que le bénéficiaire de l'outsourcing soit confronté à différents acteurs coordonnés par le prestataire, en particulier lorsque celui-ci fait appel à des sous-traitants pour exécuter sa mission. Or, une mauvaise définition des responsabilités ainsi qu'une mauvaise répartition des rôles peut avoir des conséquences fâcheuses pour l'entreprise qui externalise. A cela, s'ajoute le problème de la gestion des transferts des contrats en cours conclus entre le bénéficiaire de l'outsourcing et des prestataires de maintenance, des éditeurs de progiciels... Il est alors nécessaire d'organiser au sein du contrat d'outsourcing la gestion de ces contrats stratégiques par le professionnel de l'infogérance.

503. La modification de la structure juridique de l'entreprise qui a externalisé son système constitue également un risque à ne pas prendre à la légère. En effet, une opération de fusion ou d'absorption peut être prévue à terme. L'opération d'outsourcing a alors pour but d'aider l'entreprise à effectuer cette transition progressivement, en intervenant principalement sur la gestion et le déroulement de ses activités. Quant au contrat d'infogérance, il prévoira des garanties en cas de modifications de la structure juridique de l'entreprise car, une telle modification risque d'avoir des conséquences sur l'externalisation, dans la mesure où le prestataire s'est engagé contractuellement *intuitus personae* avec une entreprise ayant une forme et une structure juridique particulières. Si, par la suite, celle-ci fait l'objet d'une fusion ou d'une absorption, la donne va changer. Le prestataire a donc besoin d'obtenir la garantie que sa collaboration continuera dans le même sens que celui prévu à l'origine. Il peut effectivement craindre qu'une opération de restructuration remette en cause le déroulement de sa mission. En effet, l'externalisation n'aura pas la même envergure selon qu'elle concernera l'entreprise prise dans sa forme initiale ou l'entreprise regroupée avec d'autres sociétés... Si cette dernière hypothèse se produit, les actifs des unes seront confondus avec ceux des autres au sein d'une seule personne morale qui reprendra tous les contrats en cours tels que le contrat d'outsourcing. Recueillant l'intégralité du patrimoine, la société absorbante se substituera à la société absorbée dans tous ses droits, et sera tenue

de respecter les engagements pris par cette dernière, peu importent les stipulations du projet de fusion.¹ De même, l'obligation au passif social, résultant de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, s'étend à toute obligation née du chef de la société absorbée et, par conséquent, notamment celle concernant les dépenses en matière d'externalisation. Autrement dit, les sommes dues initialement au prestataire de l'outsourcing seront ensuite dues par la société absorbante, puisque va reprendre la gestion et le suivi du contrat d'infogérance.

504. Or, bien que la société absorbante ne puisse se soustraire aux obligations de la société absorbée, il n'est pas certain qu'elle approuve les choix de cette dernière, en particulier un choix aussi stratégique que celui de l'outsourcing. Elle peut notamment considérer que la société absorbée n'aurait pas dû externaliser telle ou telle fonction, que cela n'était pas nécessaire, voire que cela était inutile et représentait une option non judicieuse... En dépit de ces considérations, elle sera tenue de maintenir la prestation d'infogérance, quitte à résilier le contrat y afférent lorsque le moment sera venu, en respectant les conditions exigées. Une autre solution consiste à prévoir une clause précisant les conditions de sortie anticipée de la société absorbante au dispositif de l'outsourcing en cas de fusion, ainsi que les conditions de reprise dudit dispositif par d'autres prestataires. Mais, il faut organiser cela dès le départ, par exemple, lors du projet de fusion. En établissant les règles du jeu, sont évitées les situations inconfortables ou de conflit par la suite, les parties concernées sachant à quoi s'en tenir. Car, le fait pour l'une des parties d'être liée par un contrat auquel elle ne prête pas intérêt risque d'engendrer un manque de diligence concernant le déroulement de l'outsourcing. La collaboration ne pourra alors que mal se passer si la société absorbante se montre moins disponible et moins réactive que ne l'était la société absorbée, avec le risque de mettre en péril la prestation d'outsourcing dans son ensemble, et de placer le bénéficiaire de l'infogérance dans une situation délicate, voire précaire. Or, le devoir de collaboration doit être impérativement respecté.

b) Les risques sociaux

505. L'externalisation engendre des risques sociaux lorsqu'elle implique le transfert de salariés de l'entreprise cliente, affectés au service informatique de l'entreprise du

¹ Cass. com., 7 avril 2010, pourvoi n° 09-65899, site de *Legifrance* : <http://www.legifrance.gouv.fr/>
Notons que le traité ou le projet de fusion est un document conclu entre les sociétés qui procèdent à ladite fusion.

prestataire. Ce personnel ayant l'habitude du système en question et connaissant les tâches à effectuer, ne nécessitera pas de formation particulière, tout au plus quelques adaptations, ce qui a pour conséquence une économie de temps et d'argent pour chacune des parties. Dans une telle situation, le droit du travail prend tout son intérêt, en particulier les règles impératives regroupées sous l'expression d'«*ordre public social*», destinées à maintenir la stabilité des emplois et à sécuriser la situation des salariés. En effet, lorsqu'une activité est externalisée, la question qui se pose est celle de savoir si les salariés affectés à une telle activité sont également transférés au prestataire de l'outsourcing au sens de l'art. L. 1224-1 du Nouveau Code du travail (ancien art. L. 122-12 al. 2 du Code du travail).

506. Il faut rechercher si l'externalisation implique un véritable transfert juridique, c'est-à-dire d'une entreprise entendue comme «*une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise*» et constituée d'un «*ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique autonome qui poursuit un objectif propre*». ¹ Si tel est le cas, les contrats de travail du personnel affecté au service externalisé seront maintenus et transférés au prestataire de l'outsourcing, leur nouvel employeur. La jurisprudence considère que l'art. L. 1224-1 du Nouveau Code du travail ² s'impose tant à ce nouvel employeur qu'aux salariés concernés, et même en l'absence de lien juridique entre les employeurs successifs. Autrement dit, les contrats de travail des salariés « externalisés » sont visés par ce texte, même si aucune des hypothèses prévues n'est observée («*la succession, la vente, la fusion, la transformation du fonds, ou la mise en société de l'entreprise*»), à condition que soit en cause une entité économique individuelle et autonome ³, ayant sa propre identité et sa propre activité, sachant que

¹ Arrêts rendus au visa de l'art. L. 1224-1 Nouveau C. trav. : Cass. Ass. Plén., 16 mars 1990, 3 arrêts publiés en annexe du JCP 1990, Ed. E, II, 15825, obs. J. Déprez ; D. 1990, 360, obs. A. Lyon-Caen ; Revue Droit Social 1990, 399, concl. Dontenville et notes G. Couturier et X. Pretot ; Droit ouvrier 1990, 217 ; Dr. Trav. 1990, p. 21, n° 4. Cass. soc., 7 juillet 1998, n° 96-21.451, Bull. civ. V, n° 36 ; Dr. soc. 1998, 948, obs. A. Mazeaud. *L'article L. 122-12 du Code du travail et les pratiques d'externalisation*, G. Couturier, Dr. soc. 2000, 847.

² «*Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.*»

³ Cette autonomie doit être caractérisée : Cass. soc., 18 juillet 2000, n° 98-18.037, *Sté Perier Vittel*, Bull. civ. V, n° 285. Cass. soc., 14 mai 2003, n° 01-40.597, NP ; Dr. Soc. 2003, p. 1130, obs. J. Mouly. Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 08-44.396, NP ; Gaz. Pal. 5 février 2010, obs. J.-F. Forgeron et M.-C. Grasset-Illouz. Sur la question de l'autonomie de l'entité économique : *L'applicabilité de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail aux opérations d'externalisation*, S. Darmaisin, Cahier dr. entr. 2006/3, p. 21 et s.

celle-ci doit être poursuivie après le transfert avec éventuellement les mêmes moyens corporels (équipements et matériels informatiques et autres...) et incorporels (logiciels...). Le service informatique à externaliser doit donc constituer une entité économique autonome au sens de la jurisprudence, c'est-à-dire mettant en œuvre des moyens matériels et humains propres, doté d'une gestion indépendante, et tendant à des résultats spécifiques à considérer dans le cadre d'objectifs économiques. De plus, il doit conserver son identité tout au long du processus d'externalisation.

C'est dès le projet d'outsourcing que le client devra considérer si sa fonction informatique mérite d'être considérée comme s'insérant dans le cadre d'une véritable entité individuelle et autonome. Cela permettra d'en tirer les conséquences sur le terrain du droit social. Si le transfert porte sur une « *une entité économique autonome* », la règle de la poursuite des contrats de travail s'imposera, même si l'activité perd son autonomie après avoir été reprise. De façon générale, toute modification « *apportée au fonctionnement d'une telle entité par le nouvel employeur* (ici, le prestataire de l'outsourcing) *n'affecte pas son identité à la date du changement d'employeur* ». ¹ Par conséquent, tout licenciement sera impossible.

Dans tous les cas, l'externalisation n'entraîne pas automatiquement le transfert des contrats de travail vers l'entreprise du prestataire ² si les conditions exigées par la jurisprudence ne sont pas réunies.

507. Concrètement, les salariés vont passer de la subordination juridique du client, bénéficiaire de l'outsourcing, vers celle d'un nouvel employeur, le prestataire. Dès lors, c'est ce dernier qui disposera des pouvoirs de direction, de contrôle, d'autorité, de discipline... propres à une telle fonction, ainsi que toutes les prérogatives qui y sont attachées. Le transfert des salariés peut parfois mal se dérouler, notamment lorsque les conditions de travail chez le prestataire sont mauvaises ou se dégradent progressivement, ce qui n'est pas sans conséquences pour l'entreprise cliente. Or, des salariés insatisfaits de leurs conditions de travail n'accompliront pas la prestation externalisée correctement, et invoqueront leur situation pour justifier le déclenchement de conflits sociaux tels que la grève. La remise en cause de ces transferts pourra même avoir un impact financier et industriel sur l'entreprise du client.

¹ Cass. soc., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-41800.

² Cass. soc., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-41158.

508. C'est pourquoi, il est nécessaire de prévoir dans le contrat d'outsourcing des points tels que l'évolution de la carrière des salariés transférés, et de demander au prestataire de garantir leur avenir. La liste de ces salariés avec l'indication de leurs fonctions, leur ancienneté, leurs qualifications... sera donnée ainsi que le nom de ceux qui feront l'objet d'une procédure d'embauche individuelle auprès du prestataire. De même, des clauses organiseront le débauchage du personnel réalisant le service externalisé.

S'agissant des salariés protégés¹ (délégués du personnel, délégués syndicaux, membres du comité d'entreprise, membres du Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail...), leur transfert sera subordonné à l'autorisation de l'Inspection du travail, sous peine de délit d'entrave², et ils conserveront leur mandat au sein de l'entreprise du prestataire. Quel que soit leur statut, les salariés devront accepter de façon écrite et expresse leur nouvel employeur, ainsi que la modification de leurs contrats de travail. S'il existe un comité d'entreprise au sein de l'entreprise cliente, il devra être préalablement et obligatoirement informé et consulté (art. L. 2323-6 du Nouveau Code du travail) car, l'externalisation entre dans son champ d'intervention. Le contrat devra envisager les questions concernant les conventions collectives applicables (art. L. 2222-6 du Nouveau Code du travail) car, bien souvent, l'entreprise cliente et l'entreprise signataire de telles conventions n'ont pas le même statut. L'éventuelle réaffectation du personnel au sein de l'entreprise cliente, désignée sous le nom de réversibilité ou de transférabilité, sera également prévue au contrat : il s'agit, après avoir transféré certains salariés, voire toute une entité économique, d'organiser la reprise de ces effectifs (supra n° 612 s.). Lorsqu'une telle reprise est effectuée à l'interne, le terme de « *réinternalisation* » est employé.³

Dans le cas de la fusion ou de l'absorption, des conséquences sur les droits sociaux sont également à relever. En effet, la loi impose la poursuite des contrats de travail des salariés de l'entreprise ayant fait l'objet d'une fusion, dans le cadre de la société absorbante (art. L. 1224-1 et suivants du Nouveau Code du travail). La reprise de ces contrats s'imposant tant aux employeurs concernés qu'aux salariés. La fusion opère

¹ *Les droits des salariés protégés en cas de changement d'employeur*, M. Cohen, Droit Social, n° 3, mars 1997, p. 263-264.

² Cass. crim., 4 janvier 1991, Bull. p. 26, n° 10.

³ Ce terme ne doit en aucune façon être confondu avec celui de « *relocalisation* » qui consiste pour une entreprise à rapatrier les services qui étaient situés à l'étranger pour une durée limitée.

donc un transfert des droits sociaux de la société absorbée à la société absorbante avec maintien des contrats de travail. Cela s'explique notamment par le fait que l'obligation au passif social, résultant de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, s'étend à toute obligation née du chef de la société absorbée. Ainsi, les obligations sociales à l'égard des salariés de la société absorbée sont incluses dans le passif qu'elle a transmis avec son patrimoine. Dès lors, la société absorbante est tenue d'honorer les engagements pris au niveau du droit du travail, avant l'opération de fusion ou d'absorption.

509. Enfin, si est envisagée l'opération d'externalisation, les parties au contrat prendront garde, de par sa rédaction, de ne pas commettre d'infraction telle que le délit de marchandage ou le prêt illicite de main-d'œuvre (supra n° 635 s.). En effet, il est aisé de franchir la frontière entre les deux, en particulier lorsque la prestation est effectuée sur le site du client. Pour l'éviter, le contrat d'infogérance devra comporter des mentions relatives aux tâches à effectuer, qui nécessitent les compétences et les qualifications particulières des personnels du prestataire de l'outsourcing ou d'anciens salariés du client transférés. Il faudra préciser que leurs rémunérations sont effectuées selon un forfait et non sur des bases horaires, et surtout, qu'ils sont placés sous la subordination juridique du prestataire, celui-ci étant leur employeur, même s'ils travaillent sur le site du client. Tous ces éléments sont autant d'indices qui établiront une situation d'outsourcing juridiquement valable.

Dans tous les cas, le contrat d'outsourcing doit être équilibré : chaque élément sera envisagé avec précision et maîtrisé par le prestataire de façon à ne pas créer de précarité, d'inégalité et de déséquilibre entre les parties. Sa rédaction suivra certaines règles, tant au niveau de sa formation (Section 2) que de son exécution (Section 3).

Section 2 : La constatation du déséquilibre contractuel lors de la formation du contrat

510. La structure du contrat d'outsourcing obéit à certaines règles. Ainsi, la présentation des parties et le préambule n'appellent pas d'observations particulières. S'agissant du préambule, il présentera l'historique des relations entre les parties, mentionnera les raisons qui ont motivé leur engagement et le choix du prestataire. Quant à la clause « *Définitions* », elle est essentielle car, dans un contrat dont l'objet est aussi technique, certains termes doivent être impérativement explicités dans un souci de

compréhension de la partie faible, le client, novice en matière d'outsourcing. Mériteront d'être définis les mots : système d'information, système informatique, logiciel, progiciel, réseau, migration, architecture-réseau, remise à niveau, support, interface... Notons que dans les présents développements, les termes « *système* » et « *système informatique* » seront utilisés comme synonymes et désigneront l'ensemble des progiciels et des logiciels architecturés autour d'un gestionnaire de base de données pour assurer la gestion de l'entreprise du client.

Au préalable, la phase précontractuelle doit être envisagée avec attention car, conditionnera la détermination de l'objet (A), des obligations des parties (B), ainsi que du prix et de la durée (C) du contrat. L'entreprise qui recourt à l'outsourcing sera appelée « client » et son cocontractant, « prestataire ».

A) L'importance de la phase précontractuelle et de l'objet du contrat

La phase précontractuelle (1) et l'objet du contrat (2) seront étudiés successivement.

1) La phase précontractuelle

511. C'est dès le début de la phase précontractuelle que les parties vont s'interroger sur leur relation et sur son avenir. En effet, chacune exprimera ses attentes : le client fera part de ses besoins et exigences au prestataire, tandis que celui-ci cherchera à appréhender l'entreprise de son futur cocontractant sur les plans techniques et juridiques. Car, avant de s'engager, il est nécessaire que chacun prenne ses précautions et ait connaissance d'un minimum d'informations sur l'autre ainsi que sur son entreprise. Le contrat d'outsourcing est un contrat conclu *intuitus personae* et, par conséquent, chaque partie doit s'engager en connaissance de cause, c'est-à-dire de tous les éléments concernant l'autre. En choisissant telle personne plutôt que telle autre, une partie accorde sa confiance qui conditionnera la qualité de la collaboration. De plus, le caractère *intuitus personae* implique que cession et sous-contrat seront prohibés, sauf disposition contraire. Car, des informations confidentielles sont susceptibles d'être communiquées au cours de l'exécution du contrat : si le contrat est cédé à un tiers ou fait l'objet d'un sous-contrat, ce tiers aura accès à de telles données sensibles¹, ce qui est

¹ Il peut s'agir de toute donnée relative à un savoir-faire, à un procédé, à une méthode, au chiffre d'affaires de l'une des parties, à sa rentabilité... Est visée toute information pouvant revêtir un caractère personnel, confidentiel et/ou privé, relative soit à l'activité professionnelle de l'une ou l'autre des parties

constitutif d'un manquement au devoir de confidentialité. Bien entendu, la considération de la personne du prestataire est plus déterminante que celle du client, dans le sens où il sera choisi en fonction de ses compétences professionnelles. Ainsi, si la cession¹ ou les sous-contrats tels que la sous-traitance sont autorisés, le client se retrouvera face à des prestataires qu'il ne connaît pas, et surtout dont il ne connaît ni le savoir-faire, ni l'expérience. Cela peut s'avérer problématique et représenter un grand risque s'ils ne sont ni à la hauteur, ni capables de répondre à ses besoins. C'est pourquoi, il est de l'intérêt du client de choisir lui-même son cocontractant et de conserver le droit de s'opposer à la cession consistant au remplacement d'un prestataire par un autre, et à la sous-traitance consistant pour un prestataire à associer un ou plusieurs tiers à l'exécution du contrat. En revanche, le client n'étant pas choisi en fonction de ses compétences, ni de critères particuliers, s'il cède le contrat à un tiers, cela n'aura que peu de répercussions sur la situation présente, sauf exceptions (infra n° 502 s.).

512. Par ailleurs, la phase précontractuelle est fondamentale dans un contrat d'outsourcing car, donnera lieu à la constitution d'une équipe chargée de définir et d'élaborer le projet d'outsourcing et représentant un préalable au contrat : le cahier des charges qui, une fois qu'il sera rédigé, par le client lui-même ou par un conseil, sera annexé au contrat. Il listera les besoins du client, les caractéristiques de son entreprise, les qualités recherchées chez le prestataire... De plus, au cours de la phase précontractuelle, tous les éléments nécessaires à la connaissance des parties seront mutuellement communiqués. Pour le client, il s'agira de bien connaître son prestataire ainsi que la gamme des services qu'il propose -de préférence diverse et de qualité, afin d'avoir un large choix- car, souhaite collaborer avec un partenaire efficace, compétent et éventuellement d'une certaine notoriété, aux fins d'être rassuré sur ses aptitudes professionnelles. Le devoir d'information à l'égard du client va donc apparaître dès le début de la période pré-contractuelle.

(les fichiers clientèle, les stratégies marketing, les opérations, les secrets professionnels, et de façon générale, toute information pouvant être jugée confidentielle ou toute forme d'information personnelle de chacune des parties), ou relative à la mission de l'une des parties (le prestataire) pour l'autre (chiffres, comptes, méthodes, études...).

¹ Si des clauses autorisent la substitution du prestataire, il faudra respecter les formalités de l'art. 1690 du Code civil : « *Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.*

Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. »

Du côté du prestataire, il s'agira aussi de connaître son client afin de lui fournir une prestation conforme à ses besoins, en un mot une prestation sur-mesure. Il sera alors informé de sa structure, de la nature de ses activités, de son objet social, des caractéristiques de ses équipements, de son système informatique et de ses logiciels... Il recevra également tout renseignement sur son personnel, pour remplir au mieux sa mission. A cela, s'ajouteront des audits techniques et juridiques (supra n° 581), les premiers permettant au prestataire d'avoir une description complète des matériels du client, de leurs capacités-machine, de leur technologie... afin de pouvoir les mettre en œuvre. Les résultats de ces audits seront essentiels car, pourront suggérer une reconfiguration totale du système. Quant aux audits juridiques, ils auront notamment pour finalité de délimiter les droits de propriété intellectuelle que le client a sur son système et de recenser les licences de logiciels qui y sont installés, afin qu'aucune atteinte aux droits des tiers ne soit commise.

513. L'outsourcing nécessitant l'absence de rupture brutale quant à l'exploitation du système ou de la fonction informatique du client, une continuité sans faille doit s'observer. Et pour que le prestataire fournisse une prestation d'outsourcing de qualité, il doit avoir tous les éléments en main, et cela, même s'il utilise ses propres méthodes et moyens pour parvenir au but poursuivi. L'outsourcing étant une stratégie d'organisation, le prestataire est tenu de rester cohérent dans sa tâche car, le client demande que soit atteint un objectif d'efficacité et de performance avec un minimum de moyens engagés : il ne manquera pas de le préciser dès la phase précontractuelle.

Après les audits, viendra la phase de migration du système informatique du client, se divisant en d'autres phases : la conversion, l'intégration, et l'exploitation constituant l'externalisation en tant que telle.¹ Il est vivement conseillé aux parties de ne pas commencer cette dernière étape tant que le contrat d'outsourcing n'est pas signé.² Car, à défaut, il serait difficile de mettre en œuvre la responsabilité de l'une des parties en cas de préjudice.

¹ Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-17.408, *IRD c/ATOS*, NP ; Expertises 2007, p. 40 : cet arrêt analyse les phases de l'externalisation. *Contrat d'infogérance : faute du client, maître d'ouvrage informatique et inexécution d'une obligation de sécurité*, G. Flambard, Expertises 2007, p. 31.

² *De quelques difficultés pratiques des phases préparatoires des opérations d'outsourcing informatique : approche franco-britannique*, G. Cordier et D. Guildford, CCE 2009, fiche pratique n° 7, juillet 2009.

514. La phase précontractuelle est également fondamentale car, permet de mesurer les risques liés à l'outsourcing. Le client se demandera si cette stratégie d'organisation est la plus appropriée à sa situation, si elle est susceptible de s'appliquer à son entreprise, à sa structure, à la configuration de son système, et surtout, si c'est le bon moment pour externaliser. Il s'interrogera également sur le fait de savoir s'il est indispensable d'externaliser dans son cas, et s'il existe d'autres moyens pour parvenir au résultat souhaité. Si le client justifie souvent le recours à l'externalisation par des nécessités économiques, cela ne l'empêche pas d'avoir une démarche préventive et d'envisager tous les risques liés. Seule la bonne marche de son entreprise doit être prise en compte et motiver sa décision d'externaliser, afin de se concentrer sur son activité première et de la développer.

En résumé, pour que la phase précontractuelle se déroule sous les meilleurs auspices, les parties doivent se montrer de bonne foi et se communiquer toute information utile dans un souci de transparence. Ce n'est qu'à son issue que le contrat d'outsourcing pourra être rédigé : elle aura permis de se mettre d'accord sur certains points cruciaux conditionnant la réussite du projet, et sur les détails de son application.

2) L'objet

515. Il s'agit ici de définir de façon succincte et dans des termes généraux les prestations envisagées au contrat, la maintenance éventuelle, le champ d'intervention du prestataire, les moyens informatiques mis à sa disposition pour accomplir sa mission, ses objectifs, les performances et les résultats envisagés, puisque ces éléments seront détaillés dans des clauses spécifiques telles que celles relatives aux obligations du prestataire, à la maintenance, à la transférabilité/réversibilité de la fonction informatique... Sera formulée l'idée selon laquelle le client fait appel au prestataire pour lui confier l'exploitation de tout ou partie de son système informatique. Pourront être précisés les services d'outsourcing proposés : la gestion des infrastructures informatiques (plates-formes PC, plates-formes de développement, helpdesk, réseaux locaux WAN¹, LAN²...), l'exploitation de plates-formes « *mainframe* »³, l'hébergement

¹ WAN (Wide Area Network) : réseau de télécommunication grande distance.

² LAN (Local Area Network) : réseau local interconnectant des ressources informatiques.

³ « *Mainframe* » est un terme anglais désignant les ordinateurs d'une certaine taille et puissance (gros système, système hôte) in *De l'ordinateur à la société de l'information*, S. Ghernaouti-Hélie et A. Dufour, éd. PUF, coll. Que sais-je ? 1999, p. 121.

de sites web, la conception et la gestion de sites Internet, l'administration de serveurs, la gestion d'applications, de réseaux et de serveurs intranet et/ou internet... De même, seront éventuellement visés le stockage et la sauvegarde des données, les services de messagerie, la disponibilité pour la continuité du service de l'entreprise cliente vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept, la gestion du support technique des ordinateurs de bureau, les hotlines... Il faudra préciser si le contrat d'outsourcing propose une infogérance globale, ou s'il se limite à un service ou à une infrastructure et quelques salariés.

516. En outre, l'objet indiquera si la prestation d'infogérance doit s'adapter à son environnement afin de ne pas être dépassée par des événements tels que l'évolution des technologies. Le contrat mentionnera également que le prestataire devra effectuer sa mission conformément aux exigences du client, qu'il tiendra compte des résultats des audits réalisés (supra n° 581), qu'il exploitera sa fonction informatique de façon efficace, et que le résultat obtenu devra révéler performance et qualité.¹ En d'autres termes, il sera tenu de réaliser une prestation de qualité équivalente à celle qui existait avant l'externalisation.²

En définissant la prestation sous l'angle du résultat attendu et, par conséquent, de la performance souhaitée, la rédaction de la clause relative à l'objet manifeste l'intention du client de mettre à la charge du prestataire une obligation de résultat³, préférable à une simple obligation de moyen. De l'objet du contrat sera alors déduite la nature des obligations du prestataire : s'il fait référence à certaines performances exigées, il s'agira d'obligations de résultat, tandis que s'il ne fait mention que de simples diligences, il s'agira d'une obligation de moyen. Ainsi, l'objet présente brièvement les conditions dans lesquelles les parties s'engagent, par exemple, de la manière suivante : « *Le contrat a pour objet de définir les conditions dans lesquelles le Prestataire assurera l'exploitation du système informatique du Client.* »⁴ Son but est d'éviter toute confusion quant au « message » transmis aux cocontractants. Dans tous les cas, il sera défini en

¹ L'AFNOR définit la qualité de service comme « *l'aptitude d'un service à satisfaire les besoins des utilisateurs* ».

² *Le contrat de Facilities Management*, F. Dupuis-Toubol et F. Vergne, JCP éd. E, 1993, I, n° 9-10, chron. n° 225, p. 111 ; DIT 1993, n° 1, p. 8-15.

³ Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, 2003, n° 1304, p. 760.

⁴ Annexe n° 10 : Article 3 : « *Objet du contrat* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 3.

fonction des besoins du client et, c'est pourquoi, il n'existe pas de clause-type en la matière.

B) Les obligations des parties

Les obligations du prestataire (1) et celles du client (2) méritent respectivement quelques attentions.

1) Les obligations du prestataire

Le prestataire a pour obligation d'exécuter la prestation (a), de fournir des informations et des conseils au client quant à son déroulement, et de le mettre en garde (b). De plus, il est tenu de collaborer (c) avec lui, de garantir la conformité de la prestation d'outsourcing (d), ainsi que la sécurité et la disponibilité du système informatique qui en est l'objet. Il veillera à ce que les informations mises en œuvre dans ce système demeurent confidentielles (e). A cela, s'ajoute une obligation d'assurance pour se couvrir de tous risques qui pourraient nuire au bon fonctionnement du système du client (f).

a) L'obligation d'exécuter la prestation

517. Le prestataire a pour obligation d'exécuter la prestation, c'est-à-dire d'accomplir une ou plusieurs tâches définies, de façon indépendante, moyennant rémunération, et en respectant certains délais. Outre la gestion du système informatique du client, ces tâches pourront consister à réaliser des études spécifiques sur ce système, à le développer, à archiver des données, ou encore à former ses salariés en cas de reprise... Dans tous les cas, il exercera sa mission avec les moyens dont il dispose, matériels ou humains, conformément aux attentes de son cocontractant (supra n° 531), pour atteindre le résultat attendu répondant aux critères mentionnés dans le plan d'assurance qualité et la convention de niveau de services annexée au contrat. A défaut, la résiliation du contrat par le client est possible ou, avant cela, l'application de la sanction de pénalités si elle est notamment prévue pour non-respect des délais d'exécution.¹

L'obligation d'exécuter la prestation pourra alors être formulée comme suit : « *D'une manière générale, le Prestataire est, au titre du Contrat, tenu d'exploiter le Système*

¹ Le retard doit être significatif, ce qui n'est pas le cas pour un retard d'un jour, même si cela peut être gênant.

informatique du Client pour fournir un service complet aux utilisateurs dudit système, en respectant les niveaux de service définis dans la Convention de Service. Le Prestataire est tenu de maintenir l'ensemble du système à l'état de l'art.»¹

518. En outre, le bon déroulement de la prestation dépend du travail, des compétences et du rôle actif d'une seule personne : le prestataire. Dès lors, le client se trouvera dans une situation précaire, puisque ne sera pas en mesure d'intervenir, ni d'interférer dans sa mission qui doit se dérouler en toute indépendance. Il demeurera alors soumis aux résultats obtenus, qu'ils soient bons ou mauvais, et sera tributaire du travail du prestataire, même s'il espère une prestation particulière. C'est pourquoi, une inégalité des parties va s'observer : si une prestation est demandée, il y a un risque qu'elle ne présente pas les performances exigées, risque subi par le client, ce qui implique la domination de la partie forte, le prestataire.

519. Enfin, si des événements se produisent au cours de l'exécution de la prestation, empêchant le résultat attendu, les conséquences en seront dramatiques pour l'entreprise du client, et pas seulement sur le plan financier. D'où, la nécessité de bien verrouiller le contrat, c'est-à-dire de prévoir des clauses qui envisagent tous les cas de figure. Afin de se protéger, le bénéficiaire de l'outsourcing exigera une obligation de résultat et de participer à l'exécution de la prestation, notamment à travers un comité de suivi ou de pilotage (supra n° 582 s.). Reste à le faire accepter par son cocontractant, ce qui n'est pas chose aisée dans la pratique.

b) L'obligation d'information, de conseil et de mise en garde

520. Le prestataire est tenu au respect d'une obligation d'information comportant trois volets : une obligation de renseignement, une obligation de conseil², et une obligation de mise en garde à l'égard de son client, et cela, durant toute la durée du contrat. S'il fallait hiérarchiser les trois obligations, l'obligation de mise en garde se situerait entre l'obligation de renseignement et celle de conseil, avec cette dernière au

¹ Annexe n° 10 : Article 9 al. 1^{er} : « *Obligations du Prestataire* », Contrat d'infogérance, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 5.

² La reconnaissance par la jurisprudence de l'obligation de conseil et, plus généralement, de l'obligation d'information du professionnel de l'informatique relève des décisions suivantes : T. com. Paris, 1^{ère} ch., 19 avril 1971, JCP éd. G 1971, II, n° 16752, note P. L. ; D. 1971, jur., p. 483, note J.-C. Fourgoux ; Gaz. Pal. 1971, 2, jur., p. 401, note J. Megret et P. Daudier de Cassini. CA Paris, 1^{ère} ch., 12 juillet 1972, *Sté Flammarion c/Sté IBM France*, JCP éd. G 1974, II, n° 17603, note N.S.

sommet. De telles obligations vont plus loin que celle de fournir de simples informations sur le déroulement de la prestation. Car, l'outsourcing a un impact sur l'entreprise du client : ses conséquences ne sont pas anodines. C'est pourquoi, le client doit recevoir communication de tous les éléments et de toutes les données en rapport avec la prestation et la qualité des services proposés. Non seulement, le prestataire s'engage à les fournir, mais aussi à répondre à ses moindres sollicitations concernant la prestation, en un mot, à le renseigner. En particulier, le prestataire informera le client des détails concernant la prestation afin qu'il soit le plus éclairé possible sur sa nature, son contenu, son étendue, et ses phases de mise en œuvre. Le client doit pouvoir comprendre de quoi il s'agit et profiter des bénéfices apportés par la prestation d'outsourcing. Les renseignements fournis devront être exacts, compréhensibles pour un profane, clairs et dépourvus d'ambiguïté. A ce titre, le prestataire mettra régulièrement à jour les informations concernant la prestation pour éviter tout risque d'erreur de la part du client : tout ce qui n'entre pas ou plus dans son champ d'application fera l'objet d'un avenant. Il s'agit d'un gage de « qualité » de la prestation : la méconnaissance de l'obligation de renseignement sera sanctionnée.

521. Ainsi, le bénéficiaire de l'outsourcing devra être informé de façon exhaustive du déroulement de la prestation, ainsi que du fonctionnement et des performances des matériels utilisés par le prestataire pour réaliser ladite prestation. Il sera également averti de toutes modifications techniques intervenues postérieurement à ce qui avait été convenu lors de la conclusion du contrat, et décidées par le prestataire dans un souci d'amélioration de la prestation. Seront aussi précisées les spécifications techniques, les exigences d'installation et d'environnement du système à externaliser ; il sera mentionné si les matériels utilisés sont neufs ou non, et si l'outsourcing peut être orienté dans une direction particulière, si des évolutions sont possibles, de même si une maintenance est envisageable dans le cadre des choix retenus par le client.

522. S'agissant de l'obligation de conseil, elle consiste pour le prestataire à guider le client dans son choix de la solution la plus adaptée au contexte qui est le sien. Ainsi, il le conseillera au mieux de ses intérêts, compte tenu de son activité et des caractéristiques de son entreprise, et cela, dès le début de la période pré-contractuelle. Une telle obligation sera d'autant plus impérative que le client sera profane en matière

informatique.¹ Car, il ne dispose pas des compétences nécessaires et a besoin d'être conseillé au sens large du terme : plus que de la simple information, il sera assisté dans ses choix par le prestataire dont le rôle est essentiel.² Ses compétences allègeront l'obligation de conseil du prestataire car, « *l'utilisateur informatisé depuis longtemps n'est plus pour certaines choses un pur profane* ».³

Dans la pratique, le prestataire aura tendance à davantage « entourer » le client, à l'informer, à le conseiller, et à le mettre en garde, si son entreprise jouit d'une forte position sur le marché par rapport à une petite entreprise quelconque. De telles pratiques ne sont pas moralement acceptables car, contribuent à instaurer des « privilèges » en fonction du rang sur les marchés économiques, ainsi qu'une précarité pour ceux qui n'ont pas la chance d'être bien positionnés ; au contraire, l'égalité doit être de mise. Un déséquilibre contractuel ne doit pas être justifié par le sentiment du prestataire d'en devoir plus à un client qui connaît un fort essor commercial et qui paie une prestation à un prix plus élevé.

L'exercice du devoir de conseil se manifestera par les recommandations éventuelles du professionnel au client de s'abstenir d'effectuer certaines opérations et d'envisager plutôt certaines solutions car, correspondant davantage à ses besoins. Par exemple, s'il n'est pas chargé de la maintenance en tant que telle et s'il n'est pas en mesure de l'assurer, il pourra conseiller au client de conclure un contrat de maintenance avec un tiers. S'il peut l'assurer, il le conseillera de son utilité et de la nécessité de la prévoir au contrat.

523. Le prestataire qui met en place l'outsourcing aboutissant à une réorganisation de l'entreprise en raison du transfert du système ou de la fonction informatique du client,

¹ CA Paris, 5^{ème} ch. C, 8 mars 1985, *Sté Socosi c/Sté Compagnie IBM France*, Juris-Data, n° 208-37. Cass. com., 17 décembre 1991, n° 90-14.134, *Lamyline*. T. com. Paris, 15^{ème} ch., 9 février 2001, *Sté GFI Informatique c/Sté Etablissements Denis*, Juris-Data, n° 149236. Cass. civ. 1^{ère}, 3 juillet 2001, n° 99-15.412, *Lamyline*.

² La tendance de la jurisprudence est d'être très exigeante à l'égard des prestataires quant à leur devoir de conseil en matière informatique à l'égard des profanes : CA Montpellier, 2^{ème} ch. A, 26 mars 1992, *Sté Informatique Calcul c/Sté Ets Astre*, Juris-Data n° 34216. CA Nancy, 1^{ère} ch. civ., 24 septembre 1992, *Sté ACF Renovlite c/Sté CHS de Ravenel*, Juris-Data, n° 0510/5 ; Cass. com., 19 octobre 1993, n° 91-18.583 et 91-18.968, *Lamyline*. CA Nîmes, 2^{ème} ch. B, 21 juin 1996, *Sté Focal Informatique C/Sté Textile d'Andance*, Juris-Data, n° 030291. Cass. com., 19 mai 1998, Juris-Data, n° 96-12.801, *Lamyline* ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n° 00-12.508, *Lamyline*.

³ CA Paris, 25^{ème} ch. B, 24 juin 1988, *Sté C. Prop. c/Sté Kienzle Informatique*, Juris-Data, n° 23947 ; CA Toulouse, 2^{ème} ch., 26 février 1992, *Sté Galvan c/Sté Seit*, Juris-Data, n° 42397 ; Cass. com., 6 octobre 1998, *Revue Lamy dr. aff.* 1998, n° 10, n° 637, obs. L. Costes ; Cass. com., 14 mars 2000, n° 97-16.299, *Lamyline*.

devra informer son cocontractant des contraintes et de la faisabilité du projet, compte tenu de ses objectifs et de ses priorités. La prestation devra être réalisée dans ce sens : à défaut, le prestataire engage sa responsabilité, peu important que ses préconisations soient en-dessous des attentes du client ou qu'elles dépassent excessivement ses besoins réels. Dans les deux cas, la prestation n'est pas conforme et mérite réparation. A titre d'exemple, si le prestataire conseille au client d'acquérir des matériels ou des équipements trop puissants par rapport à son système, non adaptés au but poursuivi, inutilement coûteux, et ne lui apportant rien sinon des désordres et des désagréments au niveau de la configuration dudit système, il engagera sa responsabilité pour manquement à son devoir de conseil. Il en sera de même s'il conseille au client des matériels ou des équipements « insuffisants », ne permettant pas au système de remplir ses fonctionnalités. Car, la prestation ne sera pas conforme : or, il doit faire en sorte qu'un résultat précis soit atteint et que la configuration du système permette son fonctionnement dans des conditions optimales, et cela, dès sa mise en place. L'intérêt étant de ne pas mettre en péril le fonctionnement du système ou de la branche informatique, et de garantir une continuité dans ce domaine. Les équipements recommandés seront alors ceux qui sont adaptés à la situation du client.

524. Les conseils prodigués par le prestataire ne manqueront pas d'être donnés dans un but de stabilité et de maintien de l'activité informatique du client car, aucune rupture ne sera tolérée. Ils impliquent que le prestataire ait étudié sérieusement les possibilités réelles du système informatique du client¹, ou les spécifications des logiciels qu'il envisage de mettre en interaction avec ledit système.² S'il propose telle solution plutôt que telle autre, ce n'est pas à la légère, sinon le résultat d'une longue analyse de la situation du client. Le devoir du prestataire va ici plus loin que le « simple » conseil : il incite le client à adopter une solution en lui démontrant que tel choix est préférable à tel autre car, lui procurera des avantages qu'une autre solution ne lui apportera pas et, surtout, lui conviendra mieux. De plus, ce devoir inclut une obligation d'assistance technique que la jurisprudence considère comme le prolongement de l'obligation de conseil,³ solution contestée par une partie de la doctrine.⁴ Il ne s'agit pas de maintenance au sens strict du terme, sinon d'une aide technique du client au

¹ CA Paris, 5^{ème} ch. B, 9 novembre 1989, *Sté STBE c/Sté Ferry Malte*, Juris-Data, n° 25919.

² CA Aix-en-Provence, 8^{ème} ch. B, 7 mai 1992, *Sté Azur Informatique c/Sté Saint-Erige*, Juris-Data, n° 42227.

³ CA Paris, 12 juillet 1972, *Sté Flammarion c/Sté IBM France*, précité.

⁴ E. Boitard et J.-C. Dubarry, JCP éd. G 1976, II, n° 18265.

fonctionnement de son système. Cela se manifestera notamment lors de la réversibilité du système au client, puisque celui-ci nécessitera de quelque aide afin de ne pas être gêné par de quelconques difficultés techniques. Pour que le devoir de conseil soit efficace, les besoins du client doivent être précisément définis dans le contrat et, avant cela, dans le cahier des charges. A défaut, l'outsourcing risque d'échouer et de ne pas produire les résultats attendus. C'est pourquoi, la jurisprudence impose aux professionnels d'assister les clients dans la définition de leurs besoins et de leurs objectifs afin de les satisfaire au mieux. ¹

525. En outre, le prestataire doit être capable d'accomplir la mission demandée par le client, après avoir défini ses attentes. Car, s'il ne s'estime pas compétent, il est préférable qu'il y renonce dès le départ et non en « cours de route », c'est-à-dire après avoir commencé la prestation. Cela peut se produire s'il constate que le travail demandé est plus difficile et plus lourd que ce qu'il avait envisagé, que le système à externaliser demande de nombreuses modifications, une configuration complexe... Dans ce cas, une telle attitude dénote un manque de loyauté et de bonne foi.

Dans certaines hypothèses, il pourra être reproché au professionnel d'avoir davantage tenu compte des spécifications mentionnées dans le cahier des charges ou dans le contrat que la réelle intention du client. Or, si ces documents comportent des lacunes sur un élément essentiel de la prestation, le prestataire devra passer outre et proposer une solution adaptée aux besoins du client : « *il ne peut se retrancher derrière leurs insuffisances visibles pour éluder sa responsabilité* ». ² Il en est de même en cas d'absence de cahier des charges et d'étude préalable personnalisée du projet d'infogérance.

526. Enfin, s'agissant de l'obligation de mise en garde, elle consiste pour le professionnel à avertir son client des éléments, positifs ou négatifs, pouvant avoir des conséquences sur les opérations d'externalisation. Il s'agit de toute difficulté, risque ou contrainte, susceptible de survenir lors de l'exécution de la prestation. Le prestataire dissuadera par exemple le client de faire certains choix et le mettra en garde contre les

¹ CA Paris, 25 ch. B, 21 mars 1986, *Sté Locasyst c/Sté Batithermic*, Juris-Data, n° 20988.

² CA Paris, 5^{ème} ch., 26 juin 1980, *Sté Savie c/Logabax*, Juris-Data, n° 670 ; CA Paris, 5^{ème} ch., 4 mars 1980, *Sté Logabax c/Sté Paudis*, Juris-Data, n° 257 ; adde, *Le droit des contrats de l'informatique*, A. Viricel, éd. Le Moniteur, 1984, n° 71, p. 57, note 145.

difficultés apparaissant lors de l'installation d'un système informatique, lors de son transfert, et l'informer des conséquences que peut engendrer un service informatique désorganisé dès le départ, et des limites à ce qu'il est en mesure de faire au titre de la prestation. Pour la jurisprudence et certains auteurs, « *l'obligation d'attirer l'attention et l'obligation de renseignement se définissent toutes deux par un même but : l'information d'un contractant. L'exigence de mise en garde est plus que cela : il ne suffit plus de dire ou d'écrire. Il faut tout à la fois insister et préciser.* »¹

527. Si la prestation d'outsourcing a lieu sur le site du client, le prestataire le préviendra du fait que seule une entreprise rigoureusement et rationnellement structurée peut accueillir avec succès des applications contraignantes. Il l'avertira des particularités de l'environnement pouvant perturber le fonctionnement de son système informatique², lui suggèrera que pour que la prestation se déroule dans des conditions optimales, l'acquisition de tel matériel est indispensable... C'est pourquoi, les obligations de conseil et de mise en garde peuvent être formulées comme suit : « *Le Prestataire s'engage à conseiller et mettre en garde le Client pendant toute la durée d'exécution du Contrat de manière à ce que le Système informatique réponde aux besoins exprimés du Client, à alerter le Client sur tout événement, choix ou mesure dont il a connaissance pouvant avoir pour effet une dégradation ou un non-respect de la qualité, des performances, ou des fonctionnalités attendues.* »³

528. Dans tous les cas, l'obligation d'information du prestataire sera d'autant plus forte que le client sera novice en matière informatique. Elle est donc proportionnelle à ses compétences en la matière. Si le client n'a jamais eu de service informatique auparavant ou s'il demande au prestataire de le restructurer complètement, la mission du prestataire sera plus lourde et impliquera une obligation d'information renforcée. L'intérêt étant de protéger le client. D'ailleurs, s'il recourt aux services d'un prestataire, c'est parce qu'il ne dispose pas des compétences suffisantes pour être « autonome ».

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 16 avril 1975, n° 73-13, 990, D. 1976, jur. p. 514, note A. Chirez.

² CA Paris, 5^{ème} ch. B, 15 janvier 1988, *Sté CINP c/Sté Locamic, Sté Unisys et Space*, Juris-Data, n° 20083.

³ Annexe n° 10 : Article 9 al. 6 : « *Obligations du Prestataire* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 5.

En conclusion, le degré des obligations de renseignement, de conseil, et de mise en garde aura pour effet d'influencer le client dans sa décision de choisir tel ou tel professionnel de l'externalisation.

c) L'obligation de collaboration

529. L'obligation de collaboration va de pair avec les obligations d'information, de conseil, et de mise en garde. En effet, le prestataire se doit d'être diligent, réactif et disponible dans ses relations avec son cocontractant : il doit répondre présent à ses demandes, doit collaborer à la réussite du projet d'outsourcing, et s'y intéresser véritablement. Il apportera tout son concours quant au suivi des opérations prévues et son investissement.

530. Une telle collaboration fera l'objet d'un suivi dans le cadre d'un comité (supra n° 582 s.) qui contrôlera ce qui aura été concrètement effectué par les parties pour réaliser la prestation. Leur degré de collaboration sera mesuré ainsi que le niveau de performance et d'implication du prestataire à la mission d'outsourcing. Dès lors, l'obligation du prestataire pourra se présenter de la manière suivante : « *Le Prestataire s'engage à collaborer avec le Client et les employés de tout fournisseur ou prestataire tiers pouvant agir en relation avec le Système informatique du Client et notamment à leur fournir dans des délais adaptés toute information qui pourrait leur être utile dans l'exécution des tâches qui leur incombent.* »¹

d) L'obligation de garantir la conformité

531. Il s'agit pour le prestataire de garantir au client la conformité des fonctionnalités et des performances annoncées pour son système, qui représente, la plupart du temps, une obligation de résultat.² En effet, s'il confie à un tiers la conduite de son informatique, c'est dans un but particulier. Or, si le résultat demandé n'est pas atteint, la résiliation est de droit car, la notion de conformité implique l'attente d'une certaine satisfaction par le client : la prestation réalisée doit donc être celle qui était

¹ Annexe n° 10 : Article 9 al. 7 : « *Obligations du Prestataire* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 5.

² CA Poitiers, ch. civ., 5 septembre 1990, *Sté Active c/Sté Michel Roquier*, Juris-Data, n° 52123 ; CA Besançon, 2^{ème} ch. com., 12 janvier 2000, *Sté Excelsior c/Sté Deffeuille et autre*, Juris-Data, n° 10450 ; CA Lyon, 3^{ème} ch., 24 novembre 2000, *Sté Rostang Industrie c/Sté Alliance et autre*, Juris-Data, n° 143280.

effectivement attendue par le client, adaptée à ses besoins¹, et apte à l'usage qui doit en être « raisonnablement attendu », celui auquel il est destiné. C'est pourquoi, le contrat renfermera la disposition suivante : « *Le Prestataire s'engage pendant toute la durée d'exécution du Contrat à (...) veiller d'une part à la bonne coordination de tous les intervenants sur le Système informatique conformément notamment aux dispositions du Plan d'Assurance Qualité, surveiller les fournitures, travaux et moyens mis en œuvre, et d'autre part à la gestion des délais et budgets et au respect des performances et fonctionnalités attendues.* »²

532. Pour les prestations aussi complexes que celles d'outsourcing car, mettant en œuvre des systèmes informatiques, des matériels et des logiciels, elles doivent être conformes aux exigences du client et leurs différents éléments doivent fonctionner en interaction de façon satisfaisante. Le système doit pouvoir remplir les tâches prévues, avoir les caractéristiques demandées, et doit permettre d'atteindre les objectifs fixés par le client et définis dans le cahier des charges.³ Par conséquent, un système inexploitable n'est pas conforme.⁴ De même, la prestation d'outsourcing étant une prestation « globale » nécessitant plusieurs phases et plusieurs actes, le prestataire est tenu de la réaliser dans son ensemble. S'il ne réalise pas l'intégralité de la prestation, cela équivaut à un manquement à son obligation de conformité.⁵ Il appartiendra au client de prouver le défaut de conformité⁶ et que la solution informatique ne lui apporte pas les services souhaités. Souvent, l'intervention d'un expert sera nécessaire pour établir cette preuve, le client n'ayant pas les compétences requises.

Par ailleurs, il est certain que le prestataire préférera que l'obligation de conformité soit une obligation de moyen, moins contraignante que l'obligation de résultat car, n'aura à

¹ CA Paris, 5^{ème} ch. B, 31 janvier 1997, *Sté Ingénierie Informatique c/Sté Hydrogas France*, Juris-Data, n° 020214 ; CA Paris, 5^{ème} ch. A, 1^{er} octobre 1997, *Sté Wang France c/Sté Slifac*, Juris-Data, n° 024446 ; Cass. com., 3 mars 1998, n° 95-17.921, *Lamyline* ; CA Grenoble, ch. com., 27 janvier 1999, *Sté JMGI c/Sté ICM*, Juris-Data, n° 040086 ; CA Besançon, 2^{ème} ch. com., 8 octobre 2000, *Sté Centre Compétence Informatique Télématique c/Sté Cabinet Nadler J.-C.*, Juris-Data, n° 126492.

² Annexe n° 10 : Article 9 al. 5 : « *Obligations du Prestataire* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 5.

³ CA Paris, 25^{ème} ch. A, 2 mars 1989, *Sté Micro 3 Informatique c/Sté IPC*, Juris-Data, n° 20550 ; CA Rennes, 2^{ème} ch., 28 novembre 1989, *Sté Miroiterie de l'Ouest Atlantique c/Sté Cortex ingénierie informatique*, Juris-Data, n° 48048.

⁴ CA Paris, 5^{ème} ch. B, 12 novembre 1980, *Sté Burroughs c/Sté Letouvet et Bail Equipement*, Juris-Data, n° 936. CA Paris, 5^{ème} ch. B, 30 mai 1991, *Sté Teravision c/Sté Damer New Tox*, Juris-Data, n° 22089.

⁵ CA Paris, 5^{ème} ch. A, 22 avril 1986, Juris-Data, n° 21268.

⁶ CA Paris, 5^{ème} ch. C, 19 décembre 1991, *Sté Sphère Direct c/Sté Sotraf*, n° 90/18899 ; CA Grenoble, ch. com., 27 janvier 1999, *Sté JMGI c/Sté ICM*, précité.

atteindre les objectifs demandés que dans la mesure du possible. Toutefois, dans tous les cas, il ne sera pas tenu de garantir les résultats sur des objectifs sortant du cadre du contrat tels que ceux relevant des résultats économiques de l'entreprise du client, de son chiffre d'affaires, ou encore de sa place sur le marché de la concurrence, qui dépendront de l'état de la conjoncture économique, et qu'il ne peut contrôler.

e) L'obligation de garantir la sécurité, la confidentialité et la disponibilité

533. Le prestataire veillera à la sécurité des données transférées par son client, et de manière générale, à la sécurité de tout son système informatique. Car, en cas de sinistre, le client ne saurait perdre son accès à son système. C'est pourquoi, le prestataire est tenu de prendre toutes mesures utiles dans ce sens. La sécurité doit être optimale, quelles que soient les circonstances. La clause relative à l'obligation de sécurité ne manquera pas d'être détaillée sur ce point et de préciser les moyens mis en œuvre tels que les procédures de sauvegarde, de contrôle, l'archivage des programmes et fichiers... ainsi que leur fréquence. Si une maintenance est prévue, elle sera mentionnée, de même que les formules de suppléance éventuelles (Première Partie, Titre II, Chapitre I). Il est conseillé de rédiger la clause relative à la sécurité de façon exhaustive et d'annexer au contrat la liste des informaticiens et du personnel du prestataire autorisés à accéder au système du client. Cette clause se présentera, par exemple, comme suit : « *Le Prestataire s'engage à mettre en œuvre les mesures de sécurité, de sauvegarde des données et de contrôle fixées d'un commun accord entre les parties et figurant dans la Convention de Service et le Plan d'Assurance Qualité.* »¹ En outre : « *Le Prestataire s'engage à prendre toutes les dispositions nécessaires pour maintenir opérationnelles en permanence les liaisons de télécommunications sécurisées entre le Site du Prestataire et le réseau du Client nécessaires à l'exécution du Contrat.* »²

534. Hormis la sécurité des données du client, leur confidentialité devra être assurée par le prestataire, pendant l'exécution du contrat et même au-delà, si cela est prévu. Le terme « données » doit être entendu au sens large puisqu'inclura les documents, les programmes, les plans, les méthodes.... Enfin, le prestataire fera en sorte que son client puisse toujours avoir accès à son système, hormis dans le cas particulier de la

¹ Annexe n° 10 : Article 9 al. 4 : « *Obligations du Prestataire* », Contrat d'infogérance, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 5.

² Annexe n° 10 : Article 12.5 : « *Liaisons de communications* », in Article 12 : « *Modalités d'exécution* », Contrat d'infogérance, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 8.

maintenance où son indisponibilité momentanée est de rigueur. La clause relative à l'obligation de garantir la disponibilité du système précisera ses conditions d'accès : le système doit être disponible dans les mêmes conditions que celles qui existaient avant son externalisation. A défaut, le client n'adhèrera pas à un tel dispositif. Car, il ne souhaite pas subir de désagréments lors de l'accès à son propre système, ni être empêché d'y accéder à tout moment. Au contraire, il recherche un système simplifié et allégé de toutes contraintes.

535. Toutefois, il est fréquent qu'en matière informatique, quelques difficultés techniques se produisent perturbant le fonctionnement du système, et donc, son accès. C'est pourquoi, un taux d'indisponibilité est toléré, à condition qu'il ne soit pas élevé : la pratique accepte un taux situé entre deux (2) et dix (10) %. Plus un système sera sophistiqué, plus il sera fragile : une indisponibilité momentanée n'a rien d'exceptionnel, à condition qu'elle le demeure. C'est sans compter qu'en matière d'externalisation et, *a fortiori*, de réversibilité, une période de transition est observée au cours de laquelle le système est installé avec risques de perturbations diverses. Le taux d'indisponibilité sera alors plus élevé que prévu, sans qu'il soit possible d'engager la responsabilité du prestataire, ni de demander la résiliation du contrat.¹ De même, si le client a commis une faute à l'origine de l'indisponibilité de son système, il ne pourra exiger la résiliation : cela peut se produire notamment lors de la réversibilité (supra n° 612 s.), en raison de mauvaises conditions d'environnement pour l'exploitation du système, ou en raison d'un manque de collaboration de sa part.²

536. De cela, il peut être déduit que si le système externalisé ne fonctionne qu'à moitié ou qu'au tiers de ce qui est exigé au contrat, non seulement l'objet du contrat, l'externalisation, ne sera pas conforme et le prestataire aura commis un manquement à son obligation de délivrance, mais l'indisponibilité du système pourra également lui être reprochée.³

¹ Si dans de telles circonstances, le client demandait la résiliation judiciaire du contrat d'infogérance, elle serait rejetée par les tribunaux : CA Paris, 5^{ème} ch. A, 10 février 1993, *Sté GIN 3 P c/Sté Concorde Finance*, Juris-Data, n° 021104 ; CA Pau, 1^{ère} ch., 8 juin 1994, *Sté Microdis c/SMIE*, Juris-Data, n° 045799.

² CA Orléans, ch. civ., 26 juin 2000, *Sté ACCM Informatique c/Patricia Ravion*, Juris-Data, n° 118650.

³ CA Paris, 25^{ème} ch. A, 10 avril 1990, *Sté Prosystem c/Sté Typophot Studio*, Juris-Data, n° 21244.

Afin que la sécurité, la confidentialité et la disponibilité du système informatique du client soient assurées, les parties prendront soin de répertorier, notamment lors des comités de pilotage (supra n° 582 s.), ses points faibles, ses défaillances, ainsi que les incidents observés, afin d'éviter qu'ils ne se reproduisent, et d'en tirer les leçons quant à la manière la plus efficace de l'exploiter.

f) L'obligation d'assurance

537. Le prestataire doit s'assurer des conséquences de son intervention sur le système du client auprès d'une compagnie d'assurances, en garantie de sa responsabilité civile professionnelle, ainsi que pour toutes les activités concernées par la prestation d'outsourcing, à cause de tous les risques informatiques qui pourraient nuire au bon fonctionnement dudit système.¹ Car, si dans certaines hypothèses, le prestataire peut faire face financièrement aux risques habituels avec ses fonds propres ou « s'auto-assurer » pour des réparations, des remises en état ou des aménagements à faible coût, y compris pour des risques dont la survenance est peu probable ou pour lesquels une maintenance efficace permet d'y remédier rapidement, pour d'autres hypothèses, il en est autrement. Ainsi, il sera tenu de souscrire à des polices d'assurances adaptées à certains risques informatiques, et dont le coût dépendra des garanties demandées ainsi que des mesures de prévention adoptées par le prestataire. Différents types de polices d'assurances existent telles que celles relatives aux matériels et celles relatives aux biens immatériels, incluant les pertes d'exploitation liées à un sinistre², moyennant des primes et des franchises importantes. A côté de ces polices globales, il existe des polices spécifiques prenant en compte les risques informatiques qui nuisent gravement à l'économie d'une entreprise, parmi lesquels les sabotages. En effet, outre les conséquences financières graves (préjudices commerciaux, contrats non conclus...), l'entreprise qui recourt à l'externalisation peut subir d'autres désagréments tels que la perte de son image auprès de sa clientèle, par exemple lorsque des données confidentielles ont été perdues ou ont fait l'objet d'une intrusion... ; ou encore la perte de son savoir-faire en cas de sabotage de son système contenant des données sur ce point...

¹ *Les risques de l'informatique*, D. De Badereau, Gaz. Pal. 1999, 2, doct. p. 1167 et s. *Le professionnel face aux risques informatiques*, N. Balbo-Izarn, LPA 16 février 2001, p. 4 et s. *Informatique et risque de responsabilité*, B. Foussat, Gaz. Pal. 1999, 2, doct., p. 1161 et s.

² *Le traitement juridique du préjudice « immatériel »*, L.-M. Duong, JCP E 2005, 525.

538. Un prestataire d'outsourcing ne peut passer outre la souscription de telles polices, tant les enjeux sont grands pour son cocontractant. Il souscrira alors éventuellement à la police « *Tous Risques Informatiques* » couvrant tous les dommages qui ne sont pas expressément exclus du contrat d'assurance (accidents « ordinaires » tels que les incendies, les explosions, les implosions, les chocs... ou accidents « extraordinaires » résultant d'un cas de force majeure naturel (inondation, tempête, séisme, cataclysme...) ou humain (sabotage, soustraction frauduleuse, attentat)). En général, l'adhésion à cette formule est subordonnée à l'existence d'une maintenance au profit de l'assuré. Si un sinistre se produit et a endommagé totalement le système informatique, l'indemnisation sera calculée en fonction de sa valeur de remplacement, déduction faite d'un abattement pour vétusté et d'une franchise. En cas de sinistre partiel, l'indemnisation ne couvrira que les frais réellement engagés pour remettre le système en état de fonctionnement.

Le prestataire pourra également souscrire à la police « *Globale Informatique* » protégeant contre tous les risques informatiques énumérés au contrat. Par rapport à la police « *Tous Risques Informatiques* », elle est plus restrictive. En outre, il existe aussi la police « *Extension aux Risques Informatiques* » couvrant les sinistres énumérés au contrat avec leurs causes, et constituant des infractions pénales telles que les actes de malveillance, les sabotages, les fraudes, commis ou non par des préposés de l'assuré. Quant à la « *Garantie Virus* », elle concerne les dommages causés par les virus¹, les programmes espions ou spywares, les bombes logiques, les chevaux de Troie², les mouchards électroniques³... Enfin, la « *Garantie Reconstitution de Données* » ou « *Garantie Reconstitution d'Informations* » apparaît comme un complément à la garantie virus. Comme son nom l'indique, elle couvre les frais de reconstitution des

¹ « Un virus est un véritable programme qui a la faculté de modifier d'autres programmes, dont il altère le fonctionnement. Tout programme ainsi perturbé produisant ensuite des copies du virus qui contamineront des hôtes différents. », *Contrats informatiques et électroniques*, Ph. Le Tourneau, éd. Dalloz, 6^{ème} édition, 2010/2011, n° 7.79, p. 301. Les virus peuvent être à l'origine de dommages sériels en se diffusant par le biais de l'Internet.

² Certains mouchards électroniques utilisent la méthode du cheval de Troie ou « Trojans » : lorsqu'ils s'introduisent dans le système informatique, « ils se démultiplient à vive allure, et vont infecter tous les appareils du réseau. (...) Ils permettent à un pirate d'accéder à l'ordinateur dès que son utilisateur se connecte à l'Internet. » Le cas échéant, le cheval de Troie envoie par e-mail au pirate les informations qu'il a obtenues pour lui permettre « de contrôler à distance le système informatique de sa victime. Une variante en est la bombe logique, qui ne se déclenche qu'à un moment différé prédéterminé pour accomplir son effet nuisible », *Contrats informatiques et électroniques*, précité, n° 7.80, p. 302.

³ « Un mouchard électronique est une variété de virus qui s'introduit silencieusement dans le disque dur d'un ordinateur, lors d'une connexion à un site sur l'Internet ; il détruit les données par « reformatage » du disque dur ou par effacement des supports magnétiques, parfois après les avoir transmises à son auteur, un « fouineur » ou hacker », *Contrats informatiques et électroniques*, précité, n° 7.80, p. 302.

données, mais n'est utile que si l'assuré a pris des mesures efficaces en matière de prévention des risques ainsi qu'en matière de protection et de surveillance du système.

539. Ainsi, le choix du prestataire en matière de garanties sera déterminant : en dépendra la prise en charge ou non de certains risques qui causent un préjudice au bénéficiaire de l'outsourcing, et, par conséquent, la précarité éventuelle de sa situation. Car, s'il ne souscrit pas à certaines garanties et qu'un dommage se produit, la situation de ce bénéficiaire sera « fragilisée », allant jusqu'à mettre en péril son activité toute entière. D'où, la nécessité pour le prestataire de communiquer à l'assureur un maximum d'éléments aux fins d'évaluer les risques encourus par le système informatique, et de l'informer de toute évolution le concernant.

Lors de la négociation du contrat d'outsourcing, il est recommandé au client d'exiger que certaines garanties soient prévues, comme celle couvrant les risques à l'origine de l'indisponibilité de son système, quelle que soit sa durée. S'il ne parvient pas à l'imposer, il tentera de négocier une clause de secours permettant de pallier à la défaillance de son système en le remplaçant provisoirement par un autre système (solution très utile si aucun contrat de maintenance n'est prévu), ou une clause garantissant les pertes d'exploitation de son entreprise, en cas de sinistre.

2) Les obligations du client

Le client est principalement tenu d'une obligation d'information (a), de collaboration (b), et de payer le prix de la prestation (c).

a) L'obligation d'information

540. Il s'agit pour le client d'informer le prestataire des caractéristiques juridiques et techniques de son entreprise, dès la négociation du contrat d'outsourcing. A une telle communication d'informations s'ajouteront celles apportées par des audits techniques et/ou juridiques effectués à la demande du prestataire (supra n° 581) car, celui-ci doit savoir avec qui il s'engage. Les audits techniques du client permettront de connaître ses compétences, ses performances, le degré de sophistication et de technicité de son système informatique ou de l'infrastructure visée... Seront appréciés et évalués les moyens à mettre en œuvre dans le cadre de l'externalisation. Quant aux audits juridiques, ils établiront les droits sur le système tels que ceux de propriété intellectuelle

concernant ses éléments constitutifs : à titre d'exemple, les licences d'utilisation des logiciels seront recensées. En général, l'obligation d'information du client se présentera simplement : « *Le Client s'engage à mettre à la disposition du Prestataire, et ce dans les meilleurs délais, l'ensemble des données nécessaires ou utiles au Prestataire pour assurer les prestations dont il a la charge.* »¹

541. Etablir tout cela dès le début des négociations contractuelles, et même en amont, dans le cadre du cahier des charges, permet aux parties de s'engager en connaissance de cause et d'éviter toute « mauvaise surprise ». Les informations transmises au prestataire lui permettront de définir l'étendue des services sur lesquels il s'oblige. Le cahier des charges contiendra des éléments concernant le client aux fins d'éclairage du prestataire. Il complète les audits et permet d'évaluer les besoins du client.

b) L'obligation de collaboration

542. Comme le prestataire, le client est tenu d'une obligation de collaboration impliquant une participation mutuelle et active des deux parties. Pour le client, cela consistera à interroger le prestataire sur les éléments dont il a des doutes et pour lesquels un éclairage lui paraît utile, afin de trouver une solution à un problème relevé. Cela supposera également une participation étroite de sa part quant au déroulement de la prestation d'outsourcing : sa nature complexe l'obligera à communiquer au prestataire toute donnée concernant ses besoins et exigences, et à l'avertir de tout dysfonctionnement ou de toute anomalie afin qu'il puisse y remédier dans les délais prévus au contrat.

543. Le devoir de collaboration va donc plus loin que la simple fourniture d'informations, dans la mesure où le client joue un rôle actif, observe le déroulement de la prestation, participe à sa bonne marche, et en tire les conséquences. De la manière dont il coopèrera, dépendra la qualité de la prestation. Quant au comité de suivi (supra n° 582 s.), il pourra faire toute constatation utile en rappelant « à l'ordre » le client qui n'aurait pas correctement rempli son obligation de collaboration. Cette dernière sera éventuellement formulée comme suit : « *Le Client s'engage à collaborer de bonne foi*

¹ Annexe n° 10 : Article 11 al. 1^{er} : « *Obligations du Client* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 5.

avec le Prestataire afin de lui permettre de pouvoir exécuter l'ensemble des prestations dont il a la charge dans les conditions contractuelles. Le Client s'engage à cet égard à mettre en place les structures internes de suivi du projet définies au Plan d'Assurance Qualité et d'en assurer la pérennité pendant la durée du Contrat. »¹

c) L'obligation de payer le prix

544. Le client a pour obligation de payer le prix de la prestation selon les modalités prévues et détaillées au contrat car, il est rare que l'infogérance soit gratuite. Il s'agit la plupart du temps d'une obligation à honorer de façon périodique, comptant, et à réception de la facture. Dans la pratique, il est fréquent que cette obligation commence dès le début des engagements contractuels car, l'outsourcing demande au prestataire des investissements pour démarrer la prestation. Si tel est le cas, le contrat mentionnera le montant à déboursier par le client, sachant qu'il sera plafonné afin d'éviter tout abus de la part du prestataire. En cas de défaut de paiement, le contrat peut prévoir des intérêts conventionnels, s'ajoutant aux intérêts légaux, ce qui dissuade le client à manquer à son obligation. *In fine*, la résiliation du contrat sera prononcée si le paiement n'a pas été effectué. Le prix pourra être forfaitaire, en régie, ou évolutif, tel que cela est présenté dans les développements ci-après.

C) Le prix et la durée

Le prix (1) et la durée (2) seront successivement envisagés afin de déterminer la portée des engagements des parties.

1) Le prix

545. Si le prix est forfaitaire, cela signifie qu'il est prédéterminé, fixe, englobant un ensemble d'interventions définies au sein du contrat. Si des opérations autres que celles prévues sont effectuées, elles seront facturées en sus, sachant qu'il est souhaitable d'en prévoir les conditions et de les mentionner afin d'éviter tout litige ultérieur. Dans tous les cas, le prix ne sera jamais calculé sur la base des heures réalisées par les salariés du prestataire, sous peine d'entraîner la requalification du contrat d'outsourcing en délit de prêt de main d'œuvre illicite (supra n° 635 s.).

¹ Annexe n° 10 : Article 11 al. 3 et 4 : « *Obligations du Client* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 7.

Si le prix est en régie, les tâches seront facturées au montant couvrant les dépenses réelles, au prorata des prestations sollicitées et des volumes traités. Il n'est donc pas possible de connaître à l'avance le coût total de l'externalisation, qui est forcément déterminable.¹ Il pourrait être « *ni déterminé, ni déterminable sans que cela ait d'incidence sur la validité du contrat* ». ² L'essentiel est qu'il permette au client de contrôler ses dépenses et de prévoir un budget pour l'infogérance dans son ensemble.

546. Mais, choisir un prix déterminable peut aussi s'avérer dangereux car, ne permet pas toujours une maîtrise des coûts. En effet, un tel prix suppose qu'il soit déterminé en fonction de certains critères. Or, ces derniers peuvent se révéler trop flous en plus d'être discutables, avec le risque qu'au moment de calculer le prix, celui-ci ne corresponde pas au budget initialement prévu. De plus, un tel prix pourrait être utilisé par le prestataire comme un instrument créateur de déséquilibre des relations contractuelles et, plus précisément, de précarité du client. C'est pourquoi, un prix forfaitaire, déterminé et plafonné, est préférable : il est susceptible d'offrir davantage de stabilité et de sécurité.

547. Le prix forfaitaire fixé présente donc l'avantage pour le client de prévoir ses dépenses et de ne pas les dépasser, à l'inverse d'un prix en régie, se révélant dans certains cas, plus onéreux que prévu, ce qui le mettrait dans une situation inconfortable. Le prestataire pourrait être en effet tenté d'engager de fortes dépenses par unité d'œuvre, au détriment du client qui ne pourrait rien y faire, sauf si le prix était excessif. Lorsque le prix sera en régie, le client sera dans une situation telle qu'il n'aura pas d'autre choix que de payer le prestataire jusqu'à l'achèvement de sa mission. Car, s'il cesse de le payer alors que la prestation n'est pas complètement réalisée, cela pourrait être interprété comme une renonciation à ladite prestation, avec risque de perdre davantage d'argent à terme car, devra nécessairement faire appel à un tiers pour finir le travail commencé. Il est donc dans son intérêt de payer au fur et à mesure de

¹ La jurisprudence admet que le prix des contrats de louage d'ouvrage c'est-à-dire les contrats de services puissent être déterminables : Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, Bull. civ. n° 9 ; R., p. 290 ; GAJC, 11^{ème} éd., n° 151-154 ; D. 1996, 13, concl. Jéol ; JCP 1996, II, 22565, concl. Jéol, note Ghestin ; RTD civ. 1996, 153, obs. Mestre ; Defrénois 1996, 747, obs. Delebecque. *L'abus à la baisse dans la fixation de prix*, Arzac-Ribeyrolles, LPA 27 janvier 2006. *Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix*, Aubert de Vincelles, D. 2006, Chron. 2629. *Détermination du prix par référence au marché*, Bergoin, Gaz. Pal. 5 avril 1997. *Les arrêts du 1^{er} décembre 1995 et la théorie du contrat*, Brunet et Ghazi, D. 1998, Chron. 1.

² *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, M. Vivant et Ch. Le Stanc, 2003, n° 1305, p. 760 et 761.

l'accomplissement de l'infogérance. C'est sans compter les sanctions financières prévues au contrat et éventuellement infligées.

Dans l'éventualité où les parties opéreraient pour un prix en régie incertain et variable, dépendant de facteurs extérieurs, il est recommandé au client d'imposer un plafond. Car, après tout, l'un des objectifs poursuivis par le contrat d'outsourcing est de maîtriser les coûts.

548. Enfin, le prix peut être évolutif, c'est-à-dire susceptible d'être modifié en fonction des investissements du prestataire, des coûts des équipements acquis pour réaliser sa mission ou liés aux évolutions technologiques, ou encore modifié en fonction des coûts des nouveaux services mis en œuvre à la demande du client... Un tel prix correspond à l'esprit de l'outsourcing appelé à évoluer dans le temps et dont la durée s'étale sur plusieurs années. Il n'est pas recommandé au client d'accepter une telle option, au risque de contribuer lui-même à une inégalité dans ses rapports avec son cocontractant qui utilisera ce prix comme un outil pour se démarquer et faire passer ses revendications en premier. Dès lors, il se retrouvera dans une situation précaire, dépendante de l'évolution d'un prix au gré d'événements lui échappant totalement : il ne pourra que le subir car, contrairement au prix forfaitaire, le prix évolutif implique nécessairement un déséquilibre entre les parties. Ce déséquilibre sera exprimé dans la disposition suivante : « *L'annexe (numéro d'annexe) précise le prix forfaitaire, ferme et définitif des prestations objets du Contrat, ainsi que les conditions de facturation et de paiement. Ce prix pourra toutefois faire l'objet d'une modification dans les conditions prévues à l'article « Benchmarking ».* »¹

549. S'agissant de la révision du prix selon une périodicité fixée au contrat et selon des indices prédéfinis, elle est fréquente, l'outsourcing s'étendant en général sur une longue période et étant affecté de phénomènes imprévisibles susceptibles de remettre en cause le prix stipulé. La renégociation du prix à l'initiative du prestataire s'impose donc d'elle-même : une clause de révision sera insérée au contrat dans ce sens et s'avèrera utile lorsque le prix ne correspondra plus aux circonstances économiques existant au moment de l'engagement des parties, ou lorsque l'activité informatique externalisée devra être réduite pour des raisons financières. Afin d'appréhender sereinement de tels

¹ Annexe n° 10 : Article 17 al. 1^{er} : « *Conditions financières* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 11.

changements et de s'y préparer de façon efficace, une clause d'indexation du prix sera nécessaire, avec pour finalité de le modifier en fonction d'un indice économique, monétaire ou autre¹, ce qui évitera toute dérive en la matière.

2) La durée et la résiliation

Le déséquilibre existant au niveau des relations contractuelles s'observe de la formation du contrat (a) jusqu'à son terme (b).

a) La durée

550. La clause relative à la durée² permet aux parties d'organiser leurs relations dans le temps. En général, le contrat d'outsourcing est conclu pour une durée supérieure à trois ans, voire dans certains cas, une durée de vingt ans, en raison de la complexité et de l'importance du projet. Car, il n'est ni matériellement, ni humainement possible d'externaliser toute une fonction d'une entreprise sur une courte période, au risque de subir un échec. C'est pourquoi, rares sont les contrats d'une durée inférieure à trois ans. Dans d'autres cas, le contrat peut être conclu pour une durée indéterminée (notamment si aucune durée n'est mentionnée), avec la possibilité de résiliation à tout moment, avec ou sans préavis. Si un délai de préavis est prévu, il devra être d'une durée suffisante ou du moins raisonnable, par exemple trois à six mois, notamment pour que le client ait le temps de trouver un autre prestataire qui corresponde à ses besoins. Car, en cours d'outsourcing, il ne sera pas aisé de faire accepter ses conditions : le prestataire sollicité profitera ainsi de la « détresse » du client pour imposer les siennes, en particulier, ses conditions tarifaires.

551. Par conséquent, une durée déterminée avec possibilité de renouvellement par tacite reconduction paraît davantage adaptée à une prestation qui s'échelonne dans le temps et permet, au surplus, d'amortir les investissements mis en œuvre. L'externalisation étant une procédure lourde, une telle durée paraît justifiée. Mais, que la durée soit déterminée ou indéterminée, le contrat prendra fin au moment de la réversibilité.

¹ Par exemple, en matière d'outsourcing, l'indexation est souvent effectuée sur la base de l'indice Syntec. *Guide Syntec, in Formulaire*, n° II-19, Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, 2003, n° 1305, p. 760 et 761.

² Annexe n° 10 : Article 4 : « *Entrée en vigueur - Durée* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 3.

b) La résiliation

552. Dans un contrat synallagmatique tel que le contrat d'outsourcing, chaque obligation a pour cause l'obligation de l'autre. Par conséquent, si une partie n'exécute pas la sienne, l'autre peut refuser de remplir son obligation : c'est l'exception d'inexécution. Elle peut aussi demander la résolution du contrat, en vertu de l'art. 1184 du Code civil.¹ La clause résolutoire est donc fondamentale, puisque permet de sortir d'une relation contractuelle insatisfaisante. C'est pourquoi, elle doit être rédigée avec soin.

553. Il existe différents types de clauses en la matière : leur choix dépend de la volonté des parties. En premier lieu, la résiliation « automatique » permet de mettre fin aux relations contractuelles pour l'avenir, en cas de survenance d'un événement de force majeure qui empêche l'une des parties d'exécuter ses obligations. S'il s'avère que l'impossibilité d'exécuter n'est que partielle, le créancier de l'obligation inexécutée ne sera pas totalement libéré : son obligation sera réduite en proportion.

554. En second lieu, la résiliation-sauvegarde libère les parties du contrat, de façon anticipée, en cas de survenance d'événements graves mentionnés, qui ne représentent pas des cas de force majeure, mais qui rendent son exécution extrêmement difficile pour l'une des parties, et par conséquent, le maintien des relations contractuelles, difficilement supportable. Ces événements sont en général neutres et objectifs et visent, soit la situation concrète de l'une des parties, soit en sont totalement extérieurs. Les événements touchant directement l'une des parties tels que les procédures collectives (redressement ou liquidation judiciaire², cessation d'activité depuis une certaine durée

¹ Art. 1184 C. civ. : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »

² Attention toutefois : l'ouverture d'une procédure collective comme cause de résiliation du contrat peut se heurter aux dispositions de l'art. L. 622-13 nouveau du Code de commerce (anc. art. L. 621-28 C. com.) :

I. - « Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif.

précisée au contrat, ou tout événement affectant sa situation financière...) peuvent conduire l'autre partie à demander la résiliation. De même, la substitution d'une partie à une autre, les sous-contrats, les cessions de contrats et la sous-traitance, constituent des causes de résiliation dans la mesure où le contrat d'externalisation est conclu *intuitu personae*.

555. Les clauses de résiliation-sauvegarde présentent aussi l'intérêt de mettre un terme à un contrat lié au contrat d'outsourcing. Ainsi, si l'un des contrats n'a plus lieu d'être, il pourra résilier l'autre. A titre d'exemple, si le système informatique externalisé du client fait l'objet d'une maintenance par un tiers et que celle-ci ne peut plus être assurée, ni par le prestataire de la maintenance, ni par le prestataire de l'outsourcing, le client pourra résilier le contrat d'outsourcing. Il faudra alors prévoir une clause stipulant que la résiliation est de droit dès lors qu'un contrat qui lui est lié, est éteint. Parmi les événements extérieurs aux personnes des contractants et susceptibles être recensés dans la clause de sauvegarde, il y a les événements économiques, monétaires, politiques, technologiques... affectant de façon considérable l'équilibre du contrat et empêchant l'une des parties d'exécuter ses obligations, notamment parce que celles-ci deviennent plus onéreuses : dans cette hypothèse, le contrat pourra être résilié et pour certains auteurs, la clause de résiliation-sauvegarde est une forme de clause d'adaptation¹ (supra n° 564 s.). Par exemple, si l'évolution des technologies est telle que celles utilisées par le prestataire d'outsourcing sont obsolètes, le client pourra décider de mettre fin au contrat pour trouver un nouveau prestataire répondant mieux à ses attentes. Dans tous les cas, les parties doivent se montrer vigilantes quant à la rédaction de la clause de résiliation et quant à la détermination de ses éléments déclencheurs.

556. Les clauses de résiliation-sauvegarde mettent un terme aux relations contractuelles pour l'avenir. Leur mise en œuvre devra obéir à des règles particulières : soit la résiliation interviendra dès la survenance de l'événement déclencheur, qu'elle soit notifiée ou non à la partie concernée, soit elle interviendra à l'issue d'un délai de préavis préalablement fixé. De telles clauses pourront prévoir que des indemnités seront versées à la personne qui subit la résiliation, et que certaines opérations commencées

II. - *L'administrateur a seul la facilité d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. (...) »*

¹ *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, R. Fabre, RTD civ. 1983, p. 1 et s.

dans le cadre du contrat devront malgré tout être achevées.¹ Tout dépend de leur rédaction ; certaines seront rédigées au profit du prestataire, comme suit : « *Le Prestataire aura la faculté de mettre fin au présent contrat sans préavis, automatiquement et de plein droit, dans le cas de modifications défavorables dans la situation financière ou commerciale du client.* »²

Dans cette hypothèse, le prestataire craint notamment l'insolvabilité du client. Le recours à une telle clause se justifie également pour changer facilement de partenaire, lorsque le contexte l'exige, ce qui explique que sa rédaction soit vague et imprécise. L'emploi des termes « *modifications défavorables dans la situation financière ou commerciale du client* » englobant des cas très divers. Par ailleurs, le fait de pouvoir résilier le contrat de plein droit, automatiquement et sans préavis, donc sans mise en demeure, ni formalité, paraît expéditif et dangereux, compte tenu du caractère flou des causes de résiliation. Cela implique que la résiliation soit possible pour toute une série d'hypothèses, plus ou moins précises, ce qui précarise les relations contractuelles. En effet, outre le fait que résilier aussi facilement nuit à la sécurité des transactions, le prestataire qui utilise une telle faculté renforce davantage sa position vis-à-vis du client, sachant qu'il est déjà la partie forte au contrat. Ainsi, la clause de résiliation rédigée dans l'intérêt du prestataire sera utilisée comme un outil redoutable, lorsqu'il voudra mettre fin à une relation contractuelle qui ne lui convient plus pour des raisons plus ou moins légitimes, et cela, de façon brutale et sans préavis. Le client se retrouvera alors « à la merci » du prestataire. C'est pourquoi, dès le début des négociations, le client doit refuser l'insertion de telles dispositions, et de manière générale, de toute disposition trop large et trop floue. Il lui est recommandé de n'accepter la résiliation que sous conditions de mise en demeure et d'un préavis prédéterminé, afin de s'organiser quant à la recherche d'un nouveau prestataire.

557. Afin de rétablir l'équilibre contractuel, une solution consisterait à compléter la clause de résiliation par des hypothèses tout aussi vagues au profit du client. De plus, même si le recours au juge n'est pas prévu, rien n'empêche l'une des parties de saisir la justice pour vérifier si les conditions de validité de la résiliation sont réunies, et s'il n'y a pas abus de la part de son cocontractant. Car, certaines clauses rédigées de façon trop générale pourraient créer le doute quant au fait de savoir si telle hypothèse présentée par

¹ Cass. com., 17 juillet 2001, n° 99-13.55, Lamyline.

² *Lamy informatique et réseaux*, M. Vivant et Ch. Le Stanc, 2003, n° 1174, p. 705.

le prestataire justifie la résiliation. Rédiger une clause plus précise au profit du prestataire paraît donc la solution la plus appropriée. Elle se présenterait comme suit : « *Le contrat pourra être résilié de plein droit si bon semble au Prestataire et nonobstant l'exécution par le client de ses obligations contractuelles dans l'un des cas suivants : procédure collective engagée à son encontre ou simple déconfiture, dissolution de la société votée par les associés ou prononcée par le tribunal (...), cessation d'activité de plus de trois mois, diminution des garanties ou sûretés consenties au prestataire.* »¹

558. La clause rédigée de façon plus complète intégrera l'idée selon laquelle des opérations commencées dans le cadre du contrat d'outsourcing devront être achevées, en dépit de la résiliation : « *Le présent contrat sera résilié de plein droit, si bon semble au Prestataire, un mois après avertissement adéquat adressé au partenaire dans le cas ou tout ou partie des composants devant entrer dans la réalisation de la tâche deviendraient normalement indisponibles sur le marché ou dans le cas ou M. X viendrait à quitter l'entreprise du Prestataire sans que ce fait soit imputable à ce dernier. Dans la mesure du possible les lots commencés seront terminés.* »²

559. Du côté du bénéficiaire de l'outsourcing, une clause lui permettant de résilier facilement le contrat s'il estime que les solutions informatiques proposées par le prestataire sont insuffisantes par rapport à celles qu'offre le marché, pourrait être rédigée. Car, en faisant appel à un professionnel, il s'attend à ce qu'il lui fournisse une prestation de qualité et à ce qu'il soit capable de lui apporter des solutions. Et c'est d'ailleurs pour ces raisons qu'il s'engagera avec lui. Mais, s'il n'obtient pas le résultat escompté, il cherchera à sortir d'une relation contractuelle décevante. La clause devra alors décrire avec précision les hypothèses d'insuffisances techniques caractérisées qui vont à l'encontre de l'obligation d'adaptation du prestataire. De plus, pour mettre fin au contrat facilement, il est conseillé au client d'exiger qu'il soit à durée indéterminée, éventuellement moyennant un préavis car, autorise la résiliation à tout moment. A titre d'illustration, la clause pourra être rédigée comme suit : « *Le client pourra résilier le présent contrat sous réserve du respect d'un préavis d'un mois et du versement d'une indemnité de (préciser)* ».³

¹ *Lamy informatique et réseaux*, M. Vivant et Ch. Le Stanc, 2003, n° 1174, p. 705.

² *Lamy informatique et réseaux*, précité, p. 705.

³ *Lamy informatique et réseaux*, précité, p. 705.

560. Enfin, en troisième lieu, la résiliation-sanction intervient, produisant à la fois des effets d'extinction et de sanction. Pour qu'elle s'applique, doivent être observés de graves manquements aux obligations.¹ L'intervention du juge n'est pas nécessaire², et la partie lésée peut refuser d'accorder des délais pour permettre à son cocontractant de s'exécuter. La clause devra ici mentionner expressément la liste des manquements sanctionnés. Toutefois, la résiliation doit être à la hauteur de l'importance de la faute commise car, si un juge est saisi, il ne la validera pas.³ Ainsi, parmi les graves manquements, seront relevées les performances insuffisantes du prestataire sur une certaine durée prévue au contrat, et contrôlées lors d'audits. Car, il est choisi en fonction de ses qualités professionnelles, de ses compétences, et est informé par le client de ses attentes en matière d'infogérance dès le début des négociations. Par conséquent, si le fonctionnement du système informatique laisse à désirer, et qu'une telle situation perdure pendant un certain temps, le client subira un préjudice. C'est sur la base de ce préjudice que la résiliation sera demandée. Reste ensuite à déterminer la durée au-delà de laquelle un manquement aux obligations ne sera plus tolérable.

561. Dans d'autres hypothèses, il s'agira de sanctionner le client pour non paiement des échéances, malgré relances et sommations de payer du prestataire. De même, un comportement consistant à s'immiscer ou à interférer dans le déroulement des tâches effectuées par le prestataire sera sanctionné. Car, rien ne doit le perturber dans l'exécution de sa mission. Cela s'explique par le fait que chacune des parties ne doit intervenir que dans les limites de ses obligations. De manière générale, tout défaut de respect d'engagements jugés importants pour l'une des parties conduira à la résiliation. Dès lors, le contrat pourra contenir la disposition suivante : « *Dans le cas de manquement par l'une des parties à l'une quelconque des obligations résultant du Contrat, l'autre partie pourra la mettre en demeure, par lettre recommandée avec accusé de réception, de réparer ce manquement dans un délai maximum de (à préciser).* »

¹ CA Paris, 25^{ème} ch. A, 21 octobre 1992, n° 5031/91, *Sté Saraju c/Sté Bail Equipement*, n° 5031/91 ; CA Paris, 5^{ème} ch. C, 21 janvier 1993, *Sté Viager Voyages c/Sté Europe Computer Systems*, n° 92/1256 ; CA Paris, 5^{ème} ch. B, 17 juin 1993, *M. Sassot c/Sté Hyperbole*, n° 91/18880 ; CA Paris, 5^{ème} ch. C, 8 juillet 1993, *M. Binetruy c/Sté Cegid Informatique*, n° 92/10678 ; Cass. com., 21 mai 1996, n° 94-17.069, *Lamyline* ; Cass. com., 11 juin 1996, n° 93-15.376, *D. 1996, I.R.*, p. 119.

² Encore faut-il que le créancier ait manifesté sa volonté de s'en prévaloir : CA Paris, 3^{ème} ch. A, 21 novembre 1989, *Sté Solomateg c/Sté Grenada Distribution*, *Juris-Data*, n° 26-341.

³ Un contrôle du juge *a posteriori* est toujours possible afin de vérifier si les conditions de la résiliation sont réunies et si l'une des parties a rompu à tort le contrat. Dans cette dernière hypothèse, cette partie engagera sa responsabilité contractuelle à l'égard de son cocontractant. Cass. Civ. 1^{ère}, 23 mars 1971, n° 70-10.692, *Bull. civ. I*, p. 79: en effet, le créancier peut ne pas solliciter le bénéfice de la clause résolutoire et demander l'exécution forcée, voire demander la résiliation judiciaire plutôt que l'application automatique de la stipulation.

Si, à l'issue de ce délai (préciser), le manquement n'a pas été réparé, l'autre partie pourra prononcer de plein droit la résiliation du Contrat, par lettre recommandée avec accusé de réception, sans préjudice de tous les dommages et intérêts auxquels elle pourrait prétendre. Cette résiliation prendra effet dans le plus court des deux délais suivants, à savoir (préciser) à compter du prononcé de la résiliation ou le délai nécessaire pour mener à bien les opérations de réversibilité. »¹

562. Parfois, les contrats d'outsourcing contiendront une disposition à la fois brutale et générale, et surtout, faisant le jeu de l'une des parties, alors en position de force : *« Tout manquement de l'une ou l'autre des parties à l'une quelconque de ses obligations entraînera la résiliation de plein droit du présent contrat, sans sommation, mise en demeure ou formalité, si bon semble au créancier de l'obligation inexécutée, sans préjudice de tous dommages-intérêts. »²*

Ainsi, que l'on se place du côté du client ou du prestataire, la résiliation sanctionne de façon égalitaire la partie manquant à ses obligations. Elle est utilisée comme moyen de pression sur la partie défaillante. Tantôt, elle fera le jeu du prestataire, tantôt, celui du client, engendrant un déséquilibre des relations au profit de l'un ou de l'autre. C'est pourquoi, il est recommandé aux parties de bien négocier les conditions de la résiliation, afin de ne pas être trop facilement sanctionné. Le problème est que du fait de son manque d'expérience, le client a tendance à accepter certaines conditions qui le mettent dans une situation délicate, sans en comprendre véritablement la portée, par opposition à d'autres que le prestataire aura pris soin d'insérer au contrat et qui ne mettent en jeu sa responsabilité que très difficilement. D'où, la nécessité pour le client de faire appel à un conseil pour l'assister dans la rédaction de la clause de résiliation et pour protéger ses intérêts. Cela aura pour effet de limiter l'inégalité contractuelle et la précarité qui le concernent en premier lieu.

563. Quelle que soit la façon de rédiger la clause de résiliation dans les contrats d'outsourcing, les effets seront toujours les mêmes : l'anéantissement pour l'avenir des relations contractuelles, et, par conséquent, l'extinction des obligations des parties.³ A

¹ Annexe n° 10 : Article 18.1 : *« Résiliation pour manquement »*, *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 11.

² *Lamy informatique et réseaux*, M. Vivant et Ch. Le Stanc, 2003, n° 1172, p. 704.

³ TGI Paris, 3^{ème} ch., 23 octobre 1996, *Sté Fretlers International c/M. Fournel*, PIBD 1997, n° 630, III, p. 224.

cela, s'ajoutera parfois l'obligation de garder confidentielles certaines informations, même après l'extinction du contrat, de restituer certains documents, de détruire les sauvegardes informatiques effectuées, de ne plus utiliser certaines données... Enfin, que les obligations des parties prennent naturellement fin à l'arrivée du terme du contrat, ou en raison de la résiliation, le glas du contrat sonne le début de la phase de réversibilité de la prestation d'outsourcing et, par conséquent, de la reprise de l'exploitation de sa fonction informatique par le client ou par un tiers prestataire choisi. Si le contrat a révélé un certain déséquilibre des relations contractuelles lors de sa formation, cette tendance se poursuit lors de son exécution (Section 3).

Section 3 : La constatation du déséquilibre contractuel lors de l'exécution du contrat ou les clauses utilisées comme instrument créateur d'inégalité et de précarité

Les clauses d'évolution sont utilisées comme le moyen de créer un déséquilibre entre les parties (A). Il en est de même pour les outils permettant de surveiller le déroulement de la prestation d'outsourcing (B). Quant aux dispositions relatives à la responsabilité des parties, elles seront tantôt utilisées dans l'intérêt du prestataire, tantôt dans celui du client, bénéficiaire de l'externalisation (C). A côté de cela, la clause dite de réversibilité révélera également quelques problèmes lorsqu'il s'agira pour le client de reprendre sa fonction externalisée (D). Les dispositions relatives au droit de la propriété intellectuelle tiendront compte de la situation particulière des licences de logiciels, de progiciels et de bases de données existant avant la conclusion du contrat d'outsourcing, ainsi que de toutes créations réalisées au cours de la prestation (E). Enfin, différents problèmes résulteront de la situation même d'infogérance qu'il faudra régler au moyen de stipulations contractuelles précises pour éviter les risques de requalification du contrat en délit de prêt de main d'œuvre illicite ou en délit de marchandage (F).

A) Les clauses d'évolution

Il est nécessaire de faire une présentation sommaire des clauses d'évolution (1), puis de faire le point sur la clause de benchmarking (2), la clause de sortie anticipée avec dédit (3), et la clause de hardship (4).

1) Présentation générale

564. Il s'agit de rédiger une clause prévoyant la considération d'événements tels que les changements des besoins du client au cours de l'exécution de la prestation,

l'évolution des technologies applicables... Car, la situation des parties peut évoluer dans le temps, au profit de l'une ou de l'autre, ce qui les conduira parfois à prendre des initiatives sans concertation préalable. La clause d'évolution a justement pour rôle de définir ces initiatives et de faire face aux changements. Elle doit donc être rédigée avec soin et avec exhaustivité pour englober le maximum d'hypothèses. Elle envisagera toutes les situations, selon que la demande d'évolution émane de l'une ou de l'autre des parties, par exemple, lorsque le prestataire souhaitera modifier la configuration matérielle ou logicielle du système informatique, sans porter atteinte à sa performance, pour se faciliter la tâche et l'accomplir dans de meilleures conditions que celles initialement prévues au contrat, avec les conséquences financières que cela implique. De son côté, le client peut souhaiter améliorer certains aspects de l'infogérance, augmenter la disponibilité de son système ainsi que sa performance, renforcer sa sécurité, l'adapter à des technologies plus appropriées... Des analyses et des études ciblées sur l'évolution seront alors nécessaires et effectués par le prestataire ou par un tiers, selon les termes du contrat. Leur coût se répercutera sur le montant des redevances mensuelles.

Dans tous les cas, la clause d'évolution fera l'objet d'une réflexion dès la négociation du contrat car, elle donne la possibilité de changer les règles du jeu. A défaut, il sera difficile de l'insérer ultérieurement.

2) La clause de « benchmarking »

565. Le terme anglais de « *benchmarking* » signifie référentiel ou étalonnage en français¹ et désigne une technique de marketing ou de gestion de la qualité, consistant à étudier, comparer et évaluer les produits, les services, les processus, les méthodes, les pratiques, les performances et le fonctionnement d'entreprises concurrentes ou non, pour en tirer des enseignements et les adapter à son propre cas. Une telle analyse

¹ Il s'agit des termes recommandés en France par la D.G.L.F.L.F. (Délégation Générale à la Langue Française et aux Langues de France), service rattaché au Ministère de la Culture et de la Communication, dans le J.O. du 14 août 1998. Son site Internet FranceTerme (<http://www.franceterme.culture.fr/FranceTerme/>) rassemble les récents néologismes inventés et avalisés par la Commission générale de terminologie et de néologie et parus au Journal officiel, remplaçant les termes importés par d'autres langues. Sa mission est de promouvoir l'utilisation de mots en français pour enrichir la langue française et éviter son recul dans le monde. La création de ce site s'inscrit dans le cadre de l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, dite loi Toubon (J.O.R.F. n° 180 du 5 août 1994, p. 11392), ainsi que du décret n° 96-602 du 3 juillet 1996 relatif à l'enrichissement de la langue française (J.O.R.F. n° 155 du 5 juillet 1996, p. 10169). Le site de l'APFA (Association pour Promouvoir le Français des Affaires (<http://www.apfa.asso.fr>)) poursuit le même but.

comparative permet à une entreprise de voir ce qui se « passe ailleurs », de projeter ses niveaux de performances futures, afin d'en déduire toutes les conséquences et de se remettre en cause au niveau organisationnel et de ses compétences. En fonction des résultats obtenus, elle établira un plan d'amélioration de la qualité de ses produits, de ses prestations, de sa productivité, de ses méthodes... Elle s'inspirera des techniques de gestion et des modes d'organisation des entreprises concurrentes, de leurs expériences, et retiendra les éléments les plus pertinents pour atteindre ses objectifs de croissance et de progrès. En matière d'outsourcing, il s'agira de définir de nouvelles lignes de conduite du prestataire, afin que le service fourni soit d'une plus grande qualité que celle habituellement observée. La technique de benchmarking permet donc de définir les méthodes permettant d'atteindre à moindre coût, avec le minimum de moyens engagés, un certain niveau d'efficacité. C'est pourquoi, la clause de benchmarking exprimera l'idée d'un processus continu de recherche et d'adaptation des meilleures pratiques pour améliorer la performance de la prestation et, par conséquent, le fonctionnement du système informatique. L'intérêt étant de progresser toujours un peu plus, de dépasser éventuellement ses concurrents, et d'optimiser la performance de son entreprise.¹

566. La clause mettra alors l'accent sur un élément précis de l'outsourcing : il peut s'agir de son processus lui-même, des fonctionnalités du système informatique, sachant que dans ce dernier cas, le benchmarking comparera les performances informatiques atteintes, les pratiques utilisées par la concurrence, et vérifiera si celles-ci peuvent être utilisées par l'entreprise. Un tel travail va au-delà de la simple veille concurrentielle. La clause indiquera si est visé un benchmarking compétitif, c'est-à-dire consistant à comparer l'entreprise par rapport à ses concurrents directs, ou un benchmarking fonctionnel, lorsque la comparaison s'effectuera par rapport à des services ou des départements extérieurs, ou encore un benchmarking horizontal, lorsque ce sera par rapport au processus ou aux méthodes de travail. Elle fera référence à un « *benchmark* », indicateur chiffré de performance dans un domaine donné et utilisé pour constater l'efficacité d'une prestation, pour vérifier si les délais de réalisation sont respectés... Dans le cas de l'outsourcing, il s'agira de mesurer la vitesse d'exécution des fonctionnalités du système informatique et de la comparer avec celle de systèmes tiers. Au besoin, les benchmarks seront redéfinis.

¹ *Le benchmarking : pour atteindre l'excellence et dépasser vos concurrents*, Robert C. Camp, Collection hommes et techniques, Les éditions d'organisation, 1993.

567. Grâce à la clause de benchmarking, le client compare également le prix de sa prestation avec ceux de prestations équivalentes réalisées par des prestataires concurrents, et incite son cocontractant à s'aligner avec eux s'ils dépassent un certain seuil. L'objectif étant d'obtenir une prestation de qualité, à un coût répondant à ses besoins réels. Il s'agit de prévoir, au bout d'une certaine période, qu'un prestataire externe neutre examine le prix du marché pour le service fourni au client. C'est ainsi que la clause de benchmarking pourra être formulée : « *Les Parties conviennent de mettre en place une procédure de benchmarking dont l'objet est de comparer les prix des prestations fournies par le Prestataire pour les niveaux de service et niveaux de sécurité convenus contractuellement, à ceux constatés sur le marché afin de s'assurer que les prix du Prestataire restent compétitifs.*

Au plus une fois par (préciser la périodicité), chacune des parties peut prendre l'initiative de déclencher la procédure de benchmarking auprès de sociétés spécialisées agréées par les deux parties (...). S'il apparaît un écart à la hausse ou à la baisse de plus de (préciser l'écart) % et que l'écart ne se justifie pas par des éléments propres au contexte du Client, les Parties discuteront d'un alignement des prix du Contrat sur ceux du marché. »¹

Une telle clause pourrait surprendre dans la mesure où dans une économie libérale, la concurrence permet de fixer librement les prix. En réalité, son but est de protéger les parties faibles aux contrats telles que les bénéficiaires de l'outsourcing, notamment dans le cas où le prix ne serait que déterminable et laissé à la merci des prestataires. Elle évite ainsi les abus en la matière grâce aux limites qu'elle pose. Mais, étant contraignante pour les prestataires, ils ne l'accepteront qu'en contrepartie de réserves pour protéger leurs intérêts.

D'une certaine façon, la clause de benchmarking représente une « compensation » accordée au client pour sa capacité de négociation limitée. En effet, elle permet de remettre en cause sa position en même temps que ses besoins. Elle a alors pour effet de rééquilibrer le poids des parties.

¹ Annexe n° 10 : Article 16 : « *Benchmarking* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 11.

3) La clause de sortie anticipée avec dédit

568. Il s'agit d'une clause autorisant l'une des parties à mettre fin au contrat en cas de grave manquement de son cocontractant à ses obligations, ou de l'ouverture d'une procédure collective à son encontre, moyennant le paiement d'une somme d'argent appelée dédit.¹ Elle intervient également lorsque le client souhaite mettre en œuvre la réversibilité, de façon anticipée, c'est-à-dire lorsqu'il souhaite reprendre la fonction informatique qu'il avait confiée, quelles qu'en soient les raisons. En effet, la réversibilité est possible pour tous motifs : on parle alors de sortie anticipée avec dédit, en d'autres termes avec versement d'une somme d'argent pour « compenser » la fin prématurée du contrat. Le dédit apparaissant comme des dommages-intérêts conventionnels dus par la partie qui souhaite renoncer à la poursuite des relations contractuelles. Dans tous les cas, il faut être de bonne foi.² Car, il est rare que la « renonciation » à un contrat soit acceptée sans frais. En effet, que ce soit du côté du client ou du prestataire, les conséquences ne sont pas négligeables : le prestataire ayant investi des moyens informatiques, matériels, humains et autres pour réaliser l'infogérance, tandis que le client a accordé sa confiance au prestataire, moyennant paiement d'un prix. Dès lors, il paraît normal que l'un comme l'autre soient indemnisés en cas de rupture du contrat. Le problème consistera à déterminer le montant du dédit en fonction d'éléments concrets, quantifiables, significatifs, difficiles à remettre en cause, tels que la valeur résiduelle des amortissements réalisés par le prestataire... Si le montant du dédit n'a pas été fixé par les parties, il faudra s'en remettre au juge en cas de litige, voire à un arbitre, si le contrat prévoit un tel recours.

569. Par ailleurs, la clause de sortie anticipée devra lister les manquements aux obligations contractuelles qui la déclencheront. Car, il ne s'agit pas de sortir d'un contrat n'importe comment, n'importe quand, et pour n'importe quelle raison, au risque de créer une insécurité juridique. Le moment de sortie anticipée suivra donc des règles strictes : une mise en demeure de s'exécuter devra être effectuée à l'encontre de la partie concernée. Si celle-ci s'avère infructueuse à l'expiration d'un délai préfixé, la partie lésée pourra sortir du contrat. Des restitutions mutuelles de documents, plans et autres biens ayant servi à l'exécution de la prestation et qui n'étaient que temporairement remis à chaque partie, seront possibles.

¹ CA Paris, 1^{ère} ch. A, 25 mars 2008, n° 07-1437, *Sté First Fiat c/Sté Artcurial*, RJDA 2008, n° 984.

² Cass. com., 30 novembre 2004, n° 03-10.557, *Crozat c/Fiat*, RJDA 2005, n° 540. Cass. civ. 3^{ème}, 4 mars 2009, n° 08-11.090, NP ; JCP G 2009, chron. 273, n° 25, obs. P. Grosser.

L'avantage de cette clause est qu'elle a pour effet de protéger davantage la partie lésée, autorisée à sortir du contrat dans certaines conditions. Si elle est la partie faible, c'est-à-dire le bénéficiaire de l'outsourcing, elle renversera la tendance habituelle qui donne le « pouvoir » au prestataire, partie forte. C'est pourquoi, il est difficile de l'insérer au contrat en cours d'exécution, même si elle comporte deux aspects : d'une part, elle offre une porte de sortie à une situation inconfortable et, d'autre part, elle est assortie d'une contrainte financière.

4) La clause de dureté ou de « hardship »

570. La clause de dureté ou de « *hardship* », dite encore de sauvegarde, donne aux parties la possibilité de renégocier certaines dispositions contractuelles, en l'occurrence celles relatives au prix, lorsque des circonstances exceptionnelles, qu'elles soient économiques¹, financières, fiscales, politiques, techniques, technologiques ou résultant de réformes juridiques, modifient l'économie des rapports contractuels de façon telle que l'exécution du contrat cause un préjudice à l'une des parties. Il doit s'agir d'un bouleversement substantiel de l'équilibre initial du contrat, c'est-à-dire portant sur un ou plusieurs de ses éléments essentiels, sachant que le rôle de cette clause est de rétablir l'équilibre et d'aider les parties à s'adapter aux nouvelles circonstances, et cela de façon équitable.² Le contrat est révisé car, ses dispositions originelles risquent de compromettre les intérêts respectifs des parties. Sa modification en raison de circonstances extérieures aux parties, indépendantes de leur volonté, imprévisibles et irrésistibles, c'est-à-dire inévitables, laisse penser qu'il s'agit d'événements de force majeure³ bouleversant gravement l'équilibre des prestations et rendant l'exécution, pour l'une d'entre elles, beaucoup plus onéreuse ou anormalement difficile. Mais, il ne s'agit pas de force majeure dans la mesure où sont visés des imprévus économiques et financiers caractérisant les cas de *hardship*, et où l'exécution est rendue « seulement » beaucoup plus difficile et non impossible. La notion de *hardship* que l'on retrouve notamment dans les contrats d'outsourcing, représente donc l'équivalent, dans les contrats commerciaux, de la notion d'imprévision applicable aux contrats de droit public.⁴ Elle intervient lorsque « *surviennent des événements qui altèrent*

¹ *L'adaptation des contrats à la conjoncture économique*, Ph. Fouchard, Revue d'arbitrage 1979, p. 67.

² *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, R. Fabre, Revue trimes. droit civil 1983, 1.

³ L'article 1148 du Code Civil définit la force majeure comme étant « *imprévisible, irrésistible et extérieure à la volonté des parties* ».

⁴ CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* dit arrêt du *Gaz de Bordeaux*, GAJA, 15^{ème} édition, n° 31 ; Rec. Lebon, p. 125 ; D. 1916, 3, 25, concl. Chardenet ; S. 1916, 3, 17, concl.

fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contreprestation ait diminué et a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat; b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération; c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée; et d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée. »¹

571. Par conséquent, lorsque se produisent des événements inattendus, dans le sens de soudains ou rares et bouleversant profondément l'équilibre du contrat, celui-ci pourra être renégocié afin de trouver une solution à l'aléa, et surtout, d'y faire face. L'équilibre contractuel sera réorganisé en fonction de tels événements en réponse à l'imprévision. Le but étant d'assurer une sécurité économique aux parties ne pouvant invoquer la force majeure pour s'exonérer de leur responsabilité en cas d'inexécution de leurs obligations. La clause de hardship complète alors celle de force majeure pour apporter des solutions à certaines situations juridiques susceptibles d'évoluer dans le temps et qui ne pouvaient être prévues au moment de s'engager. Il est de l'intérêt des parties de l'accepter, dans la mesure où elle permet au prestataire d'exécuter ses obligations, ce qui serait difficilement envisageable si la clause de hardship n'était pas prévue car, il risquerait de fournir une prestation non conforme, voire de mauvaise qualité. Quant au bénéficiaire de l'outsourcing, il est protégé d'un prix augmenté en fonction de certaines circonstances.

Pour que l'une des parties puisse invoquer cette clause, un événement hors de son contrôle doit se produire et lui causer un préjudice, ou du moins, lui faire courir des risques non prévus au contrat : en renégociant ses termes, les parties se garantissent

Chardenet, note Hauriou. Le C.E. dégage ici la théorie de l'imprévision qui permet d'assurer la pérennité des contrats administratifs en cas de bouleversement temporaire de leur économie, du fait d'événements que les parties ne pouvaient prévoir. Le juge administratif peut soit réviser, soit résilier le contrat lorsque son exécution devient trop onéreuse à la suite d'un événement imprévisible et extérieur à la volonté des parties. Une indemnité peut également être accordée par les juges à la partie lésée. La théorie de l'imprévision est acceptée si l'événement en cause est imprévisible, extérieur aux parties, et s'il bouleverse l'économie du contrat de façon temporaire. Car, si le déséquilibre est définitif, il y a lieu de résilier le contrat pour force majeure. Dans le même sens : CE 9 décembre 1932, *Cie des Tramways de Cherbourg*, D. 1933, 3, 17, concl. Josse, note Pelloux ; S. 1933, 3, 9, concl. Josse, note P. Laroque.

¹ Article 6.2 des Principes UNIDROIT (Institut international pour l'unification du droit privé). L'Institut UNIDROIT est une organisation intergouvernementale indépendante dont la vocation est d'étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé d'Etats ou de groupes d'Etats et de préparer graduellement l'adoption par les divers Etats de règles uniformes de droit privé.

mutuellement son exécution. La clause de hardship est donc très utile dans les contrats informatiques tels que l'outsourcing dont l'application peut être bouleversée par des changements technologiques, et surtout, dont la durée est relativement longue. Elle fait évoluer les relations contractuelles au gré de ces changements et permet aux parties d'exiger une nouvelle négociation, dans un cadre strictement défini. Car, même si dans la pratique, les parties peuvent se réunir pour discuter des difficultés de l'une d'elles, rien n'oblige l'autre partie à accepter de modifier le contrat. Si tel est le cas, l'application du contrat sera rendue difficile et les rapports, tendus. D'où, l'intérêt d'une clause précisant dès le départ les conditions d'une renégociation.

572. S'agissant de sa rédaction, il faudra être vigilant : elle évitera les formulations et les expressions floues susceptibles d'entraîner des problèmes d'interprétation et d'application, telles que : « *le prestataire s'engage ou s'oblige à partager le risque du contrat avec le client en cas d'évènements imprévus* ». Le terme « *imprévus* » laissant la place à un trop grand nombre de situations imprécises, il est alors nécessaire de déterminer de façon exhaustive les circonstances permettant de déclencher la clause de hardship, en évitant d'être trop subjectif. S'il n'est pas possible d'établir une liste complète, la rédaction de la clause devra être telle qu'elle inclura de nombreuses hypothèses, à condition que soit relevé leur caractère imprévisible. Elle devra en outre préciser le régime juridique applicable, c'est-à-dire les effets produits par sa mise en œuvre : résiliation ou renégociation du contrat. Certains auteurs incitent également à prévoir, en sus de la renégociation, les conséquences de son échec, à travers une porte de sortie appelée « *clause de libération* ».¹ En d'autres termes, il s'agit de prévoir la résiliation lorsque la poursuite du contrat, même modifié, s'avère impossible pour l'une des parties. La plupart du temps, elle sera assortie d'un préavis d'une durée suffisante pour laisser notamment au client le temps de trouver un nouveau prestataire et de réorganiser son entreprise en cas de réversibilité. Pour le prestataire initial, il s'agira d'organiser le transfert du système informatique vers l'entreprise de son client. La clause définira également les modalités financières issues de la conciliation éventuelle des parties.

¹ CA Angers, 27 janvier 2004, *Sté Mayenne Cogen et Sté Soffimat*, CCE 2004, n° 145, obs. Ph. Stoffel-Munck : selon cet auteur, il est nécessaire de « *doubler la clause de renégociation d'une clause organisant les conséquences de l'échec de celle-ci, notamment une clause de libération* ».

573. D'autres solutions pourront être prévues en cas d'échec de la renégociation, parmi lesquels le recours à un tiers indépendant tel qu'un arbitre désigné par une Chambre de commerce, ou la saisine du tribunal. Le rôle et les pouvoirs du tiers seront nettement définis : du simple donneur d'avis, il pourra jouer un rôle de médiateur ou rendre une décision s'imposant aux parties. De même, si un juge considère que les parties sont face à un cas de hardship avéré, il pourra soit décider de mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, soit adapter le contrat afin de rétablir un équilibre, avec « l'aide » des parties.¹ Cela ne signifie pas pour autant que le juge réécrive le contrat : cela est interdit par la loi et par la jurisprudence², au nom du respect des principes d'intangibilité du contrat, de liberté contractuelle, de force obligatoire de la loi des parties (art. 1134 C. civ.), et de souci de sécurité des transactions. Lorsque les circonstances économiques changent de telle sorte qu'il n'y a plus d'équilibre contractuel, les parties au contrat peuvent se retrouver dans une situation délicate. Si est rejetée l'idée de révision du contrat par le juge pour imprévision, même en cas de changement profond des circonstances l'affectant, il faudra néanmoins trouver une solution. Il reviendra aux parties de la prévoir, notamment dans le cadre de dispositions contractuelles faisant face aux événements imprévisibles altérant l'équilibre de leur contrat.

574. Cependant, une évolution s'est faite en faveur de la modification des contrats par les juges : des arrêts, rares et isolés, ont imposé une obligation de renégocier les contrats devenus déséquilibrés sur le fondement de l'exigence de bonne foi.³ En réalité, c'est la clause de hardship qui contourne réellement l'imprévision en autorisant les juges à adapter les conventions à des circonstances nouvelles, susceptibles d'avoir modifié l'équilibre originel des prestations.

¹ Il s'agit des effets de la situation de hardship mentionnés à l'article 6.2.3 des Principes UNIDROIT (Institut international pour l'unification du droit privé).

² « *Il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* » : Cass. civ. 6 mars 1876, *De Gallifet c/Commune de Péliassane* dit *Affaire du Canal de Craponne*, GAJC, 11^{ème} édition, n° 163 ; DP 1876, I, 193, note Giboulot ; S. 1876, I, 161. Solution maintenue : Cass. civ. 6 juin 1921, DP 1921, 73, rapp. A. Colin ; S. 1921, I, 193, note Hugueney. Cass. civ. 14 novembre 1933, Gaz. Pal. 1934, I, 58 ; Cass. com., 18 janvier 1950, D. 1950, 227 ; Cass. com., 18 décembre 1979, Bull. Civ. IV, n° 339 ; RTD civ. 1980, 780, obs. Cornu. Cass. civ. 3^{ème}, 30 mai 1996, CCC 1996, n° 185, obs. Leveneur.

³ Cass. com., 3 novembre 1992, Huard, JCP G 1993, II, 22164, obs. G. Viramassy ; RTD civ. 1993, p. 124, obs. J. Mestre ; Defrénois 1993, p. 1377, obs. J.-L. Aubert. Cass. com. 24 novembre 1998, D. 1999, IR p. 9 ; Contrats, conc., consom. 1999, comm. n° 56, obs. Malaurie-Vignal ; Defrénois, 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud ; JCP 1999, I, 143, obs. Ch. Jamin ; RTD civ. 1999, p. 98, obs. J. Mestre et p. 646, obs. P.-Y. Gautier. Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, D. 2004, p. 1754.

Enfin, lorsque les parties doivent se rencontrer en vue d'une renégociation, cela n'implique pas pour autant l'obligation pour l'une d'elles d'accepter les modifications proposées par l'autre.¹ Par conséquent, pour éviter les litiges ultérieurs, il sera judicieux de préciser au contrat que l'obligation de renégocier est de résultat, mais que, pour le surplus, il s'agit d'une obligation de moyen. Les parties n'ont donc pas pour obligation d'aboutir dans leurs négociations, sinon de négocier de bonne foi.² Si elles ne parviennent pas à un accord, la résiliation sera de droit.

Par ailleurs, notons que lors de la mise en œuvre de la clause de dureté, le contrat continue de s'exécuter : cela doit être expressément mentionné.

575. Des développements précédents, il en résulte qu'il est légitime d'affirmer que la clause de hardship est indispensable dans les contrats d'outsourcing, susceptibles d'évoluer en fonction des modifications des technologies. Elle représente un outil naturel de la sécurité juridique des relations d'affaires. Mais, elle doit être bien rédigée et envisager un maximum de situations. A défaut, des problèmes complexes d'interprétation risquent de survenir, qui dans certains cas, peuvent s'avérer insolubles. En permettant de rétablir l'équilibre entre les parties, la clause de dureté prend le pas sur une situation qui a tendance à s'observer dans les contrats d'outsourcing, à savoir la précarité et l'inégalité des relations. Par conséquent, une telle clause amenuise un tel état de fait.

Parmi les clauses de hardship figurant dans les contrats, citons celle de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), énoncée à l'article 6.1. des Principes Unidroit : « *Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship* ».

B) La surveillance de la prestation d'outsourcing

Différents outils permettent de contrôler la bonne réalisation de la prestation d'outsourcing et l'évolution du système informatique visé : le plan d'assurance-qualité

¹ CA Angers, 27 janvier 2004, *Sté Mayenne Cogen et Sté Soffimat*, CCE 2004, n° 145, obs. Ph. Stoffel-Munck. Cass. com. 3 octobre 2006, n° 04-13.214, NP ; RJDA 2007, n° 127 ; D. 2007, 765, obs. D. Mazeaud.

² CA Angers, 27 janvier 2004, *Sté Mayenne Cogen et Sté Soffimat*, précité.

(1), la convention de niveau de services (2), les audits (3) et le comité de suivi (4). D'une certaine façon, ces outils réduisent l'inégalité créée au niveau des relations contractuelles dès lors qu'un système ou une fonction informatique est confié(e) à la gestion et à l'exploitation d'un tiers prestataire, disposant d'une large marge de manœuvre. Le client perdant le contrôle de son système, qu'il ne retrouve que lors de sa reprise, se positionnera dans une situation précaire le conduisant à exiger la rédaction de clauses protectrices à son égard.

1) Le plan d'assurance-qualité

576. Un plan d'assurance-qualité est souvent prévu dans les contrats d'outsourcing afin de définir la qualité attendue par le client au niveau de la prestation. Car, en s'engageant, il attend un résultat particulier aux caractéristiques énumérées dans ce plan. C'est d'ailleurs sur la base de ce « gage de qualité » qu'il acceptera de s'engager. En posant ses exigences, il se retrouve dans une position plus forte que celle du prestataire, contrairement à la situation habituelle qui révèle plutôt une situation inverse. Le plan d'assurance-qualité apparaît comme l'outil utilisé par le bénéficiaire de l'outsourcing pour revendiquer et protéger ses intérêts, et selon lequel le prestataire garantit la qualité de services telle qu'annoncée dans le cahier des charges du projet d'outsourcing. Il met en avant les besoins du client, révèle la portée des obligations du prestataire, et décrit les actions de celui-ci pour garantir la qualité de l'exploitation du système informatique et, surtout, pour la conserver tout au long du contrat.

Mais, le plan d'assurance-qualité n'aurait pas d'intérêt s'il n'était pas lié à un autre document contractuel : la convention de niveau de services.

2) La convention de niveau de services

577. La convention de niveau de services, annexée au contrat d'outsourcing, est un document contractuel dont l'objet est d'évaluer le niveau de qualité de l'externalisation et, par conséquent, de vérifier si le plan d'assurance qualité est suivi à la lettre par le prestataire. Plus le niveau sera élevé, plus la prestation aura atteint les objectifs définis au contrat, et plus le client sera satisfait. Le niveau de service sera défini en fonction des performances et de la qualité du service prévu dans le plan d'assurance-qualité (infra n° 576). Comme ce dernier, la convention de niveaux de services permet de garantir au

client le maintien d'une certaine qualité tout au long du contrat. Des d'indicateurs prédéterminés serviront de repères pour savoir si le prestataire a correctement exécuté ses opérations : ils seront utilisés comme instrument de contrôle et de surveillance, et permettront au client de participer au déroulement de la prestation, notamment dans le cadre des comités de suivi mis en place (supra n° 582 s.). Chaque indicateur correspondra à une valeur de référence, définie conjointement par les parties et mise à jour régulièrement ; surtout, il s'agira d'indicateurs définis selon des critères objectifs.¹ Ils devront être simples et évolutifs, dans le sens où ils devront être modifiés en fonction de facteurs extérieurs et environnementaux tels que l'état de l'art, les technologies de l'information et des télécommunications, les évolutions techniques en général... En outre, ils seront auditables, c'est-à-dire contrôlables par un tiers, expert en la matière, neutre, indépendant et impartial. Dès lors, en donnant son avis quant à la qualité du dispositif de l'externalisation mis en place, le client joue un rôle intéressant et très actif, ce qui a pour effet de le placer dans une position plus confortable que celle habituelle.

578. L'intérêt de l'audit est de mettre en évidence une réalité en se fondant sur des critères prédéterminés, et de permettre d'envisager des perspectives de développement et d'organisation de l'entreprise du client, afin d'améliorer certaines de ses fonctionnalités. A titre d'exemple, les valeurs de référence correspondent aux délais maximum d'intervention du prestataire. Toute demande du client doit faire l'objet d'une évaluation et doit correspondre à une valeur particulière dans l'échelle des indicateurs. Si une telle valeur n'est pas atteinte, cela signifie que le prestataire n'a pas exécuté correctement sa mission et donc, n'a pas respecté ses obligations.

579. En réalisant un audit, et plus généralement, en établissant une convention de niveau de services, c'est l'étude de la visibilité globale de la prestation d'outsourcing sur le long terme qui est effectuée par rapport à son environnement concurrentiel. Des solutions sont recherchées pour optimiser la présence de l'entreprise sur le marché et augmenter son taux de rendement. De plus, une telle démarche permet de vérifier si la prestation est conforme aux attentes du client, déterminées par rapport aux critères de référence auxquels il a adhéré.

¹ *Huit ans d'infogérance pour le service de l'aéronautique de la marine nationale*, T. Parizot, Le Monde informatique, 21 mars 2003, p. 42.

La convention de niveau de services, en plus d'apparaître comme un outil d'inspection et de vérification, rend compte aux parties des mesures à prendre et des éventuelles corrections à faire au niveau de l'outsourcing. Ces corrections étant entendues dans un sens d'amélioration. L'efficacité de la collaboration entre parties est ainsi évaluée, de même que l'efficience de l'externalisation. Cela a pour conséquence de déterminer si l'outsourcing est réalisé selon les spécificités prévues au contrat. De même, lors du comité de suivi de la prestation, des recommandations pourront être effectuées dans l'intérêt des cocontractants.

580. Grâce à la convention de niveau de services, va être mesuré l'écart entre la situation réelle de l'entreprise et une situation de référence, sachant que celle-ci correspond à un idéal à atteindre. Une certaine qualité de la prestation est recherchée : celle prévue au contrat. Si la convention de niveau de services apparaît contraignante pour le prestataire, elle est nécessaire, voire indispensable pour le client. A ce titre, le contrat pourra contenir la clause suivante : « *Le Prestataire s'engage à réaliser l'ensemble des prestations qui lui incombent au titre du Contrat de façon ininterrompue pendant les périodes d'ouverture des services détaillées dans les documents contractuels et conformément aux performances, indicateurs de qualité, niveaux de qualité, résultats définis dans la Convention de Service, ainsi que conformément aux règles de l'art (ou : au Plan d'Assurance Qualité).*

Le non-respect des indicateurs et niveaux de qualité ainsi que des performances précités sera sanctionné par des pénalités de non-qualité calculées conformément à la procédure fixée dans la Convention de Service. »¹

3) Les audits

581. Des audits techniques² et juridiques sont effectués à la demande du prestataire avant la conclusion du contrat d'outsourcing, auquel est annexé un cahier des charges (infra n° 511 s. et n° 540 s.), ou même après. Ils font état de la performance du système informatique du client, de son historique, indiquent la liste du matériel, son état général,

¹ Annexe n° 10 : Article 10 : « *Qualité de service* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 9.

² Annexe n° 10 : Article 22 : « *Audit* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 14.

sa capacité de fonctionnement, s'il fait l'objet d'un droit de propriété, d'une location ou d'un crédit-bail par le client.¹

4) Le comité de suivi

582. Un comité de suivi, souvent dirigé par le chef du projet d'outsourcing, est institué pour réaliser une étroite coordination entre les parties, pour mettre en œuvre leurs obligations respectives, contrôler la bonne application du contrat et, plus généralement, pour suivre le déroulement de la prestation. Pour les opérations d'outsourcing de grande ampleur, un comité de suivi est vivement recommandé. Il réunit les représentants des parties ; en général, il est composé d'un chef d'étude qui préside de droit le comité (soit le prestataire, soit le client), auquel viendra s'ajouter le ou les représentants de chaque partie, et toute personne choisie d'un commun accord en fonction de l'ordre du jour d'une séance déterminée. Le prestataire restant l'interlocuteur privilégié du client.

583. La clause prévoyant un comité de suivi ne manquera pas de préciser que pour pouvoir valablement délibérer, il devra comporter au moins un représentant de chaque partie. Un procès-verbal de réunion ainsi qu'un compte-rendu établi par le chef d'étude seront communiqués à ce représentant, dans un délai mentionné au contrat à compter de la date de la réunion. Le client disposera ensuite d'un délai, à compter de la réception du procès-verbal, pour l'approuver ou non, avec ou sans réserves. En cas de silence du client, le procès-verbal sera considéré comme approuvé. Pour éviter tout litige ultérieur et pour se constituer une preuve, les procès-verbaux seront numérotés par ordre chronologique et rédigés en deux exemplaires pour chacune des parties.

584. Outre son rôle d'observateur, le comité de suivi a un rôle décisionnel sur de nombreux sujets, et notamment, au regard des opérations de réversibilité, du niveau de performance du système du client atteint par le prestataire sur une période donnée... Il permet aux parties de s'impliquer dans la réalisation de la prestation, dans la limite de leurs obligations respectives. Il évalue le degré de satisfaction du client au fur et à mesure que l'outsourcing est effectué, afin que le prestataire la réorganise et/ou

¹ CA Paris, 25^{ème} ch., 17 septembre 1999, *CHI Corbeil c/International Leasing Company*, Juris-Data n° 025577. Cass. com., 26 octobre 1999, *Loxia Location c/Vincent*, Juris-Data n° 003854. Cass. com., 13 décembre 1999, *Bertrand c/Bail Natio Equipment*, Juris-Data n° 003494.

l'améliore en conséquence, et peut revoir à la hausse les indicateurs de qualité prévus dans la convention de niveau de services. L'objectif étant toujours de faire évoluer la prestation en fonction des technologies, de l'état de l'art... Le comité sera donc le cadre de toutes décisions en la matière. Ainsi, lorsque le client souhaitera que son système soit plus performant et plus sécurisé, il en fera part au comité de suivi qui encadrera toutes les opérations dans ce sens : tout nouveau besoin sera exprimé devant le comité.

585. Les parties n'auront pas le même poids, du fait du manque d'expérience du client en matière d'outsourcing. En effet, ce dernier sera souvent influencé dans son analyse de la situation par le prestataire. Cela aura pour effet de créer un déséquilibre. Certes, le client a sa propre conception de la prestation ainsi que ses propres opinions, mais n'a pas le regard que seul un prestataire peut détenir en raison de ses compétences professionnelles et de son savoir-faire. Sans le vouloir, le client va alors se retrouver dans une situation d'inégalité : il n'aura pas d'autre choix que de se fier aux jugements de valeur de son cocontractant, averti en matière d'infogérance. Même s'il a la faculté d'approuver les procès-verbaux de réunion du comité avec réserves, sa décision sera nécessairement influencée par le prestataire. Car, la plupart du temps, il suivra naturellement ses positions. Par conséquent, si le comité de suivi est un lieu d'exercice du devoir de collaboration des parties, dans la pratique, il est aussi un lieu d'inégalité contractuelle.

586. Par ailleurs, le comité contrôle les évolutions de la fonction externalisée et incite les parties à développer le système informatique concerné. C'est pourquoi, sa mission consistera, entre autres, à examiner, pour avis consultatif, les demandes de modification(s) présentées par le client au cours de l'exécution du contrat, et à informer les parties de toute constatation utile. Il se réunira régulièrement, et parfois de façon exceptionnelle, sur demande de l'un ou l'autre des cocontractants, chaque fois que cela s'avèrera nécessaire.

Le comité a également pour fonction de demander la réalisation d'audits réguliers du système externalisé afin de vérifier le respect de certains standards, notamment pour assurer la réversibilité, qui ne saurait se réaliser à la légère. Il en contrôlera chaque étape. Les audits pourront être effectués par un organisme tiers pour vérifier si la réversibilité est concrètement réalisable.

Dans tous les cas, le comité de suivi n'a pas pour vocation de modifier les termes du contrat ou de ses annexes. De ces développements, il en résulte que la clause concernant le comité de suivi peut être rédigée comme suit : « *Le Comité de Suivi sera composé des interlocuteurs privilégiés des parties. Les réunions du Comité de Suivi ainsi que les modalités de prise de décisions s'effectueront conformément aux dispositions du Plan d'Assurance Qualité. Des réunions supplémentaires pourront être demandées par l'une ou l'autre des parties en cas de besoin. Les attributions de ce Comité sont définies au Plan d'Assurance Qualité.*

Les réunions donneront lieu à des comptes-rendus écrits, rédigés par le Prestataire (ou : le Client), communiqués au Client (ou : au Prestataire) au plus tard dans un délai de 8 jours ouvrés. Ces comptes-rendus sont signés par les deux parties, au plus tard au cours de la réunion suivante. »¹

C) La responsabilité des parties

L'étendue de la responsabilité (1), les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilités (2), et la clause pénale (3) sont des points ayant une importance considérable dans le contrat d'outsourcing en tant qu'ils créent un déséquilibre au niveau des relations contractuelles, tantôt au profit du prestataire, tantôt au profit du client.

1) L'étendue de la responsabilité

587. Il est nécessaire d'envisager la responsabilité de chacune des parties car, le bénéficiaire de l'outsourcing peut être confronté à différents acteurs tels que des sous-traitants auxquels aurait fait appel le prestataire. C'est pourquoi, la clause de responsabilité doit être rédigée avec soin, l'objectif étant de réduire les risques de conflit et de sécuriser les relations contractuelles. Dans la pratique, certains prestataires n'hésitent pas à minimiser leur responsabilité, voire à l'exclure, afin de préserver leurs intérêts, notamment en qualifiant certains dommages de dommages indirects qui, aux yeux de la loi, ne sont pas indemnisables. En effet, seuls les préjudices directs sont réparables, c'est-à-dire ceux qui sont « *une suite immédiate et directe de l'inexécution*

¹ Annexe n° 10 : Article 13.1 : « *Comité de Suivi* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 9.

de la convention » (art. 1151 du Code civil)¹. Il est conseillé au client de refuser de telles dispositions et de demander l'aide d'un juriste afin que le déséquilibre contractuel qui existe déjà dans les contrats d'infogérance soit limité. Car, la clause relative aux responsabilités des parties est l'un des outils utilisés par le prestataire pour asseoir sa position de force sur son cocontractant. C'est ainsi que les contrats d'outsourcing contiennent souvent des clauses qui qualifient certains dommages de dommages indirects, tels que les préjudices financiers, commerciaux, d'image, les manques à gagner, la perte du chiffre d'affaires, d'exploitation ou de clientèle, causée par un dysfonctionnement du service informatique, à la base d'un ralentissement de l'activité du client... et donc, qui ne tombent pas sous le coup de la responsabilité du prestataire.

588. Deux cas de figure se présentent alors : soit l'exclusion de ces dommages et de tout autre revient à exonérer le prestataire de toute responsabilité et, dans ce cas, la clause est susceptible d'être annulée par le juge en tant qu'abusive, soit le juge requalifie ces dommages en dommages directs indemnifiables. Par conséquent, la question est de savoir ce que le client peut faire pour protéger ses intérêts. Car, il demeure la partie faible au contrat, c'est-à-dire celle dont les compétences d'expertise dans le domaine informatique sont limitées. Il mérite alors protection, ainsi qu'une attention toute particulière. Il lui sera notamment recommandé de refuser la distinction entre les différents types de dommages dont le seul but est d'exclure la responsabilité du prestataire, distinction très fréquente dans la pratique des contrats d'infogérance. En effet, le prestataire est amené à inclure dans les dommages indirects tout un panel d'hypothèses afin de s'exonérer de sa responsabilité, ce qui affaiblit la position de son cocontractant. Or, à défaut de précision entre les catégories de préjudices, le juge dispose d'une large marge de manœuvre pour apprécier au cas par cas ce qui est susceptible d'être indemnisé. A titre d'exemple, le client pourrait invoquer le fait que le prestataire a mal réalisé la prestation d'outsourcing, qu'il est directement à l'origine du dysfonctionnement de son système qui l'a rendu indisponible pendant un certain temps, entraînant une baisse de son chiffre d'affaires et du nombre de ses clients, et que, de ce fait, il n'a pas pu conclure de contrats avec eux alors que les négociations étaient bien avancées... De même, si son serveur est confié au prestataire aux fins d'exploitation, et qu'il héberge des sites de commerce électronique de tiers, voire certains de ses propres

¹ Cass. com., 2 octobre 1973, JCP 1974, II, 17699, note Hémard. Art. 1151 du Code civil : « *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.* »

sites, leur indisponibilité pour les internautes aura un impact immédiat et direct sur le chiffre d'affaires du client et engendrera un manque à gagner. Mais, tout cela doit être prouvé. Le problème est alors de savoir si un tel préjudice est indemnisable, et pour y répondre, il est nécessaire de déterminer si le préjudice est direct ou indirect. Bien entendu, le client aura tendance à le qualifier de préjudice direct, à l'inverse du prestataire. C'est pourquoi, il est judicieux de prévoir au contrat une liste exhaustive de dommages définis qui engageront la responsabilité du prestataire, afin de protéger le client.

589. La jurisprudence admet néanmoins l'indemnisation du client lorsque son préjudice est lié à un échec ou à une perturbation de l'informatisation causée par le prestataire : seront pris en compte les coûts engendrés par l'échec d'un projet d'outsourcing ou par un mauvais fonctionnement du système. Ainsi, les honoraires du tiers prestataire intervenant sur le système pour corriger et réparer les erreurs et anomalies du prestataire de l'outsourcing seront pris en compte au titre de l'indemnisation.¹ De même, il sera souvent reproché au prestataire de ne pas avoir correctement analysé les besoins du client et de ne pas avoir mis à sa disposition les matériels de configuration adaptés. Notamment, les systèmes informatiques peuvent avoir été sous-dimensionnés,² c'est-à-dire configurés en ne tenant pas compte de leurs caractéristiques, de leurs finalités, de leurs fonctionnalités, ce qui a pour conséquence une prestation non conforme.³

590. Mais, il peut arriver que les difficultés relevées dans le fonctionnement du système ne soient que momentanées, et qu'il ne s'agisse en réalité que de problèmes techniques habituellement rencontrés lors de son démarrage. De tels préjudices ne sont pas indemnifiables, car « *font partie de la nature des choses, sont prévisibles et doivent être soufferts* »⁴ En effet, lorsqu'un système est externalisé, s'ensuit une phase transitoire au cours de laquelle peuvent se produire de petits troubles sans gravité liés à sa mise en œuvre et à son exploitation. De tels faits ne sauraient engager la

¹ CA Paris, 25^{ème} ch., 21 avril 1982, *Sté Centi c/Sté Jarre-Jacquin*, Juris-Data, n° 21697. CA Nîmes, 2^{ème} ch. B, 27 novembre 1997, *Sté Wang France c/Sté Prointer*, Juris-Data n° 030499.

² CA Paris, 5^{ème} ch., 6 mars 1981, *Sté Deslandes et Thurier c/Sté Burroughs*, Juris-Data, n° 20348.

³ CA Toulouse, 2^{ème} ch., 3 mai 1995, *Sté Conseil Services Système Informatique c/Sté Mazafret*, Juris-Data n° 042547 ; Cass. com., 4 juillet 1995, n° 93-18.871, *Lamyline* ; CA Toulouse, 2^{ème} ch., 5 mai 1997, *Sté Unité Graphique c/Sté Action Informatique et autres*, Juris-Data n° 041319 ; Cass. com., 14 juin 2000, n° 98-19.866, *Lamyline* ; Cass. com., 19 décembre 2000, n° 98-10.539, *Lamyline*.

⁴ Cass. com., 9 mai 1995, n° 99-99.998, *Gaz. Pal.* 1996, 1, pan., p. 21.

responsabilité du prestataire. D'où, la nécessité, pour éviter les litiges, de le mentionner au sein du contrat. Toutefois, l'inadaptation de la solution informatique par le prestataire ne saurait lui être reprochée si l'obligation d'adaptation n'est pas prévue au contrat.¹ En revanche, sont indemnisables les préjudices qui dépassent ceux qui sont normalement attendus lors de la mise en route d'un système, mais qui n'entraînent pas son impossibilité de l'utiliser.²

591. En outre, il est nécessaire de déterminer un plafond d'indemnisation : si le prestataire cherche à réduire au maximum ce plafond, le client souhaitera l'augmenter dans les mêmes proportions. La pratique retient un plafond allant du prix de la prestation à son double, ce qui est avantageux pour la partie qui a causé le dommage en question, en particulier si sa valeur est nettement supérieure au plafond admis. La clause de responsabilité sera éventuellement complétée par une clause d'assurance responsabilité professionnelle du prestataire qui pourra prendre en charge certains risques (infra n° 537 s.). C'est sans compter le fait qu'en recourant à l'infogérance, le client entend se décharger de la gestion de certains risques à moindre frais : ceux liés à l'exploitation de sa fonction informatique ou de son système car, le prestataire est le plus à même de résoudre les problèmes qui en découlent de par ses compétences. Dans tous les cas, le coût serait toujours moins élevé que celui éventuellement proposé par un tiers ou par un assureur.

592. S'agissant de la faute elle-même à l'origine du préjudice du client, si l'obligation du prestataire est de résultat, celui-ci sera de plein droit responsable en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution de sa prestation, même s'il n'a pas commis de faute. Il reviendra au client de prouver que le résultat promis n'est pas atteint. Quant au dommage au client, il doit être réparé selon le droit commun, peu importe que le prestataire ait été de bonne ou de mauvaise foi, et peu importe qu'il ait commis ou non une faute (art. 1147 C. civ.).³ Seule la force majeure ou la faute du client pourrait l'exonérer de sa responsabilité. Toute clause contraire serait réputée non écrite. En revanche, si l'obligation du prestataire est une obligation de moyen, il n'engagera sa

¹ CA Paris, 25^{ème} ch. B, 16 septembre 1993, *Sté Aliberti et fils c/Sté Icare*, n° 26388/92.

² CA Paris, 25^{ème} ch. B, 16 décembre 1981, *Sté Ruf c/Sté Ferte et Walter*, Juris-Data n° 27829.

³ « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement des dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut pas lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.* »

responsabilité que s'il a commis une faute, sachant que la charge de la preuve revient au client et que cette faute sera appréciée par rapport aux compétences reconnues aux membres de la profession du prestataire (art. 1137 C. civ.)¹, en l'occurrence, celle relevant du domaine de l'informatique et plus précisément des tâches effectuées par le prestataire (analyse, programmation...). Par précaution, il est donc nécessaire que le contrat d'outsourcing rappelle le droit commun. Outre la force majeure, le fait du client, fautif ou non, exonère totalement le prestataire lorsqu'il a été la cause exclusive de son dommage, que son obligation soit de moyen ou de résultat. Mais, si la faute du client a concouru, avec celle du prestataire, à la réalisation du dommage, le prestataire sera partiellement exonéré et un partage de responsabilités sera éventuellement décidé par le juge saisi², sachant qu'il ne pourra aller au-delà de ce qui doit être réparé.³

593. C'est ainsi que le manque de collaboration du client est l'une des fautes les plus souvent reprochées, sachant que ce défaut sera observé lorsqu'il n'aura pas suffisamment défini ses besoins, donnant au prestataire une vision tronquée de la prestation à réaliser. Dès lors, il ne pourra que réaliser une prestation non conforme. D'où, l'obligation pour le client de faire preuve de diligence, de réactivité et de disponibilité dans ses relations avec le prestataire, ainsi que d'apporter son concours pour lui permettre d'assurer le suivi des opérations liées à l'exécution de la prestation d'outsourcing. La participation aux réunions telles que celles organisées par le comité de suivi et l'approbation des procès-verbaux de réunion dans des délais compatibles avec l'objectif poursuivi au contrat, sont d'autres manifestations du devoir de collaboration du client (infra n° 542 s.). Non seulement le défaut de collaboration est visé, mais également son insuffisance : si le client n'a pas suffisamment collaboré à la mise en œuvre de la solution informatique quand cela lui était demandé, il commet une faute. A l'inverse, s'il n'a fait que solliciter de façon intempestive des modifications de certaines applications informatiques ayant compliqué ou perturbé la mise en œuvre de la

¹ « L'obligation de veiller à la conservation de la chose (...) soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. »

² CA Toulouse, 2^{ème} ch., 22 février 1994, *Sté Start Informatique c/Sté Rouvière et fils*, Juris-Data, n° 047597, CA Paris, 5^{ème} ch. B, 7 avril 1994, n° 90-17.806, *Sté CUP Le Pélican et autres c/Sté Médiatéc* ; CA Paris, 25^{ème} ch. A, 16 septembre 1994, *Sté Orega c/Sté Corda*, n° 93/2495 ; Cass. com., 6 décembre 1994, n° 93/11562, *Lamyline* ; CA Lyon, 3^{ème} ch., 16 mai 1997, *Sté Car Systems c/Sté Locations*, Juris-Data n° 042295 ; T. com. Paris, 24 novembre 1999, *Sté Softissimo c/Sté Imagine R D Inc.*, Juris-Data n° 106853 ; Cass. com., 5 décembre 2000, n° 98-12.827 et 98-14.018, *Lamyline*.

³ CA Paris, 5^{ème} ch., 10 novembre 1978, *X c/Sté NCR France*, Juris-Data, n° 795 : en l'espèce, le prestataire n'était pas fondé à demander des réparations supplémentaires à un client, outre le paiement dû, « pour ne s'être pas débarrassé plus tôt, alors qu'il le pouvait, d'un partenaire de contact peu enrichissant. »

prestation, il sera responsable de son préjudice et ne pourra invoquer une faute de son cocontractant.¹ Mais, dans les deux cas, les fautes invoquées devront être établies.² Si les preuves ne corroborent pas les faits reprochés, la désignation d'un expert s'imposera pour déterminer si un système informatique a fait l'objet d'un manquement de la part de l'une des parties.³

594. Dans d'autres cas, il s'agira de relever l'hypothèse du concours de fautes, c'est-à-dire lorsque chacune des parties aura contribué à la réalisation du dommage, en manquant à ses obligations respectives. A titre d'exemple, un partage de responsabilités sera envisagé lorsque le prestataire acceptera un projet d'outsourcing ainsi que son cahier des charges sans réserves, laissant supposer qu'il est compétent pour accomplir la prestation demandée, alors qu'en réalité, elle est impossible à réaliser, tant les demandes du client sont irréalistes, voire fantaisistes. Non seulement le prestataire commet une faute en manquant à ses devoirs de bonne foi et d'information, mais le client, en restant engagé juridiquement avec ledit prestataire pendant plusieurs années, contribue à aggraver son préjudice s'il tarde à mettre un terme au contrat qui les unit, voire à faire appel à un expert pour évaluer sa situation. En se confortant dans sa position et en attendant inlassablement des corrections éventuelles par le prestataire, le client engage sa responsabilité.

595. Le partage de responsabilités s'observera notamment dans l'hypothèse de la réversibilité. En effet, dans ce contexte, les parties jouent chacun un rôle précis : le client n'est plus « passif » comme c'est le cas pour le reste de la prestation d'outsourcing, puisqu'il va assurer lui-même les tâches préalablement confiées au prestataire et touchant son système ou sa fonction informatique. Dès lors, ses actes peuvent être à l'origine de son propre dommage. Si le prestataire y a contribué également, un partage de responsabilités sera envisagé. Reste alors à définir dans quelle mesure et à quel degré. La rédaction de la clause devra être précise sur ce point, afin de ne pas accabler le client de tous les maux. Car, la réversibilité (supra n° 612 s.) instaure une collaboration entre parties et met en confiance le client. Dans cette perspective, elle

¹CA Versailles, 12^{ème} ch., 29 novembre 1986, *Sté Marquer c/Sté Nixdorf Computer*, Juris-Data n° 47162 ; CA Rennes, 1^{ère} ch. B, 16 juin 1995, *Sté David c/Sté Logix*, Juris-Data n° 046008.

²CA Toulouse, 25 janvier 2001, *Sté France Réseaux Systèmes c/Sté Actipole*, Juris-Data n° 135138 ; CA Paris, 5^{ème} ch., 25 janvier 2001, *La Poste et autre c/Sté Cap Gemini France*, Juris-Data n° 150713.

³CA Paris, 14^{ème} ch. C, 7 janvier 1986, *Sté Digitomatic c/Sté Sematic*, Juris-Data n° 20393 ; CA Paris, 1^{ère} ch. B, 18 avril 1986, *Sté Hainque Perrin c/Sté Data Point Matra informatique et Sté Spide*, Juris-Data n° 21432.

est inévitablement liée à la responsabilité. Quant au prestataire, il conserve sa place de partie dominante car, n'aura pas à supporter la réparation intégrale du préjudice.

2) Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité du prestataire

596. Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité du prestataire sont fréquentes dans les contrats d'infogérance et fixent un plafond d'indemnisation « *dans la limite du préjudice subi par le client* ». ¹ Leur rédaction doit être minutieuse, dans l'intérêt des deux parties : aucune exonération systématique de la responsabilité du prestataire ne peut être prévue. Les clauses limitatives sont valables, sauf en cas de dol ou de faute lourde. ² Si tel est le cas, le prestataire sera tenu de réparer l'intégralité du préjudice subi par le client. Mais, au-delà de ces considérations, il faut nuancer selon le contenu de la clause. Souvent, la partie en position de force limitera, voire exclura sa responsabilité par le jeu d'une disposition savamment rédigée. Outre l'exclusion de certains dommages ou le plafonnement des réparations, elle n'autorisera l'action en responsabilité que dans un bref délai, avec une large marge de manœuvre pour l'apprécier. En effet, dans certains cas, elle ne sera tenue de réparer les préjudices subis par le système informatique du client que dans des cas qu'elle aura pris soin de limiter, afin de réduire au maximum ses obligations et d'apparaître comme la partie forte du contrat. A titre d'illustration, la clause limitative de responsabilité peut être rédigée comme suit : « *Le Prestataire ne sera pas tenu responsable des dommages corporels ou matériels, à l'exception de ceux ayant pour cause une négligence manifeste et caractérisée de sa part. En aucun cas, le Prestataire n'aura d'obligations ou responsabilités pour les dommages autres que des dommages directs, en particulier la responsabilité du Prestataire ne pourra être en aucun cas engagée dans les pertes subies par le Client ou pour le gain manqué par ce dernier.* » ³

597. Elle sera éventuellement formulée de la manière suivante : « *Le Prestataire n'est pas responsable des dommages indirects subis par le Client au sens des articles 1151 et*

¹ Cass. com., 18 décembre 2007, Bull. civ. IV, n° 265 ; D. 2008, AJ 154, obs. Delpech ; JCP 2008, I, 125, n° 13 s., obs. Stoffel-Munck.

² CA Paris, 15^{ème} ch. A, 20 novembre 1990, *Sté France Abonnements c/Sté Néodata France et autre*, Juris-Data n°25912 ; CA Paris, 25^{ème} ch. A, 22 février 1994, *Sté Sat Service c/Sté Projacier*, Juris-Data n° 020461.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 1993, Bull. civ. I, n° 88 ; D. 1994, 6, note Agostinelli ; D. 1993, somm. 249, obs. Hassler ; JCP 1993, II, 22166, note Paisant ; Defrénois 1994, 354, obs. D. Mazeaud.

³ *Lamy Informatique et réseaux*, M. Vivant et Ch. Le Stanc, 2003, n° 1140, p. 689.

suivants du Code civil. Pour toute réclamation concernant l'exécution ou l'inexécution par le Prestataire de ses obligations contractuelles, le Client sera en droit d'obtenir indemnisation de son préjudice dans la limite d'une somme égale à (préciser le plafond de la responsabilité contractuelle du Prestataire à l'égard du Client). »¹ La jurisprudence tend à annuler les clauses qui ont pour effet de décharger le prestataire de toute responsabilité ou de la réduire tellement, en prévoyant des plafonds déraisonnablement bas, que cela équivaut à une absence de responsabilité. Il n'est donc pas dans l'intérêt du prestataire de les insérer, puisqu'elles présentent le risque d'être réputées non écrites. C'est le cas si elles portent sur l'obligation essentielle du contrat.² Il est donc préférable pour le prestataire d'opter pour une clause prévoyant un montant d'indemnisation raisonnable car, elle ne sera pas remise en cause et limitera l'obligation de réparation à un certain montant.

598. Dans tous les cas, le prestataire fera tout son possible pour limiter sa responsabilité. Il est recommandé au client de ne pas accepter les dispositions en la matière pour éviter les litiges ultérieurs. Mais, cela sera difficile compte tenu de la position de force dans laquelle se trouve le prestataire. Il usera de différents stratagèmes pour limiter sa responsabilité comme des « exclusions déguisées ». Il revient alors au client d'être attentif aux stipulations qui lui sont proposées et de se montrer diligent. Dans les contrats d'outsourcing, la réversibilité (supra n° 612 s.) étant un cadre à envisager et impliquant parfois un partage de responsabilités, le prestataire ne se privera pas d'aller au-delà de ce partage et de prévoir une exonération totale de sa responsabilité. Il est conseillé d'encadrer le plus précisément possible les relations entre les parties et de définir au mieux leurs engagements. Cela permettra d'éviter toute incompréhension et de favoriser la réussite du projet. Les formulations lourdes de conséquences devront être bannies par le client.

¹ Annexe n° 10 : Article 21 : « *Responsabilité* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 13 et 14.

² Cass. com., 22 octobre 1996, arrêt dit « *Chronopost* » : La Cour de cassation considère que les juges du fond ont violé l'art. 1131 du Code civil relatif à la cause en faisant application d'une clause limitative de responsabilité, alors « *qu'en raison du manquement du débiteur à une obligation essentielle, cette stipulation qui contredit la portée de l'engagement pris devait être réputée non écrite.* » Cont., conc., cons., 1997, n° 24, note Leveneur ; D. 1997, chron. 145, Ch. Larroumet ; D. 1997, jur., p. 121, note Sériaux ; JCP 1998, I, 152, obs. Chazal ; RTD civ. 1997, p. 418, note Mestre. Dans le même sens : CA Paris, 25^{ème} ch. B, 22 juin 2001, *Sté Unisys France c/Sté Cogim et autres*, Juris-Data, n° 2001-152084, Comm. com. électr., décembre 2001, comm. n° 128, Le Stanc.

3) La clause pénale

La clause pénale est un instrument fréquemment utilisé dans les contrats d'outsourcing (a). Sa mise en œuvre mérite quelque attention (b) en tant que créatrice d'inégalités et de précarité (c).

a) Définition et conséquences sur les rapports contractuels

599. Par définition, la clause pénale¹ prévoit qu'en cas de manquement à ses obligations ou de retard dans leur exécution, la partie concernée versera une indemnité dont le montant forfaitaire, fixé à l'avance², est indépendant du préjudice causé.³ Non seulement la clause pénale sanctionne l'inexécution de l'obligation principale, mais aussi tous les autres manquements au contrat.⁴ Elle peut prendre la forme du paiement d'une astreinte, c'est-à-dire d'une somme d'argent, à verser par jour de retard. Elle a deux fonctions : une fonction de réparation du dommage subi par l'une des parties, autrement dit d'indemnisation forfaitaire, et une fonction de dissuasion, de contrainte du débiteur. Car, la partie à l'origine d'une perte ou d'un manque à gagner, a l'obligation d'y remédier en réparant le préjudice. Pour éviter les longues discussions sur le montant de cette indemnisation, il est fixé à l'avance, selon des critères objectifs, et est du dans des cas spécifiés. D'ailleurs, la clause pénale est définie comme « *la stipulation par laquelle les cocontractants évaluent par avance les dommages-intérêts qui seront dus par le débiteur en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution.* »⁵

Concernant la fonction dissuasive de la clause pénale, elle apparaît comme une mesure sévère, pour celui qui ne « joue pas le jeu », c'est-à-dire qui, soit ne paie pas le prix de la prestation, soit n'exécute pas certaines de ses obligations. Il s'agira d'obligations tellement importantes que le défaut ou le retard de leur réalisation mettra en péril le

¹ C'est une sanction civile prévue et règlementée par les articles 1226 et suivants du Code civil, ainsi que l'art. 1152 du même code.

² « *Constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée.* » CA Bordeaux, 2^{ème} ch., 14 novembre 1994, *M. Renaux c/Sté Promodata*, Juris-Data, n° 049780 ; CA Paris, 3^e ch. C, 4 décembre 1998, *M^e Becheret, es. qual. c/Sté Synergie*, Juris-Data n° 23865 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 1995, D. 1996, 486, note Fillion-Dufouleur ; D. 1996, somm. 116, obs. Delebecque ; JCP 1996, II, 22580, note Paisant ; JCP 1996, I, 3914, n° 9, obs. Billiau.

³ Cass. civ. 3^{ème}, 12 janvier 1994, Bull. civ. III, n° 5 ; RTD civ., 1994, 605, obs. Mestre ; Defrénois 1994, 804, obs. D. Mazeaud ; JCP 1994, I, 3809, n° 18, obs. Viney. Cass. civ. 3^{ème}, 20 décembre 2006, Bull. civ. III, n° 256 ; D. 2007, AJ 371 ; JCP 2007, II, 10024, note Bakouche ; JCP N 2007 ; BICC, n° 659 du 15 avril 2007 ; RD imm. 2007, 351, obs. Tournafond ; RDC 2007, 749, obs. Carval

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 10 février 1960, Bull. civ. I, n° 94.

⁵ *Lamy Informatique et réseaux*, M. Vivant et Ch. Le Stanc, 2003, n° 1141, p. 689.

déroulement de la prestation, ainsi que le maintien des relations contractuelles. D'un commun accord, les pénalités seront souvent plafonnées à un taux en pourcentage du prix de la prestation car, au-delà d'un certain montant, la partie débitrice ne paiera pas ou aura des difficultés à payer. De plus, la pratique plafonne la clause pénale à environ six (6) % du montant annuel du contrat d'outsourcing, sachant qu'un tel contrat s'étend sur plusieurs années, et dans certains cas, jusqu'à vingt ans.

600. Lorsque la partie concernée n'aura pas payé le montant de la clause pénale et que la relation contractuelle sera vouée à l'échec, la résiliation sera la solution envisagée. En effet, la partie lésée estimant avoir attendu suffisamment longtemps pour exiger l'exécution des obligations, souhaitera mettre fin à une relation sans avenir à ses yeux. Il est entendu que le paiement de la pénalité n'est pas libératoire de toute autre indemnité due par la partie visée. Dans l'hypothèse où les parties seraient encore loin d'envisager la résiliation, elles resteraient tenues de poursuivre l'exécution de leurs obligations respectives. Le déclenchement de la clause pénale ne met pas fin à leurs obligations. Seule la force majeure suspend leur exécution et empêche l'application de ladite clause. Dans certains cas, les juges ont la faculté de réviser la clause pénale afin d'éviter les abus (art. 1152 du Code civil), avec pour limite le montant du préjudice, mais ne peuvent la supprimer car, cela irait à l'encontre de la liberté contractuelle des parties et de l'autonomie de leur volonté. C'est pourquoi, le montant de la clause pénale ou de l'indemnité contractuelle étant le résultat d'une négociation entre les parties, il ne doit être ni excessif, ni dérisoire.

601. Dans un contrat d'outsourcing, le prestataire utilisera la clause pénale comme instrument pour éviter les litiges concernant l'évaluation du préjudice causé au système informatique du client. Mais, si l'une des parties, en général la partie faible ou client, n'a pas été en mesure de manifester sa volonté lors de la négociation du contrat, il lui sera possible de saisir la justice si estime que le montant mentionné dans la clause est dérisoire. Le recours au juge devient alors l'occasion de faire valoir sa position. La clause pénale apparaîtra alors comme un instrument de déséquilibre des relations contractuelles au profit de l'une ou l'autre des parties, selon les cas. D'où, sa rédaction n'est pas anodine. Les prestataires chargés de gérer le système de leur client estiment que la clause pénale n'est ni juste, ni justifiée. Car, estiment -à tort- « soulager » de façon considérable leur client de la gestion et de l'exploitation de leur système. Mais, la

réalité est toute autre : les prestataires ne « soulagent » pas le client puisqu’ont justement pour rôle de réaliser l’infogérance. Leur intervention n’est pas gratuite et il paraît alors normal d’instaurer un mécanisme de protection du client qui veille à ce que la prestation se déroule dans les meilleures conditions, et surtout, qui veille à ce qu’elle soit effectivement réalisée.

602. C’est pourquoi, dans les contrats d’externalisation, le client a intérêt à exiger l’insertion d’une clause pénale stipulant que si le prestataire ne s’exécute pas dans les délais, il sera tenu de payer des sommes très élevées. Cela a un effet dissuasif. En général, la clause pénale est un instrument profitant au client car, jouant un rôle plutôt passif, il sera difficile pour lui d’être à l’origine d’événements empêchant la réalisation de la prestation. Dans certains cas, les prestataires d’outsourcing considéreront que la clause pénale les freine, dans la mesure où ayant cette épée de Damoclès suspendue, ils ne seront pas enclins à effectuer une prestation de meilleure qualité que celle prévue au contrat. Au contraire, dans certains cas, la lourdeur et la coercition qu’implique une clause pénale peut les inciter à mal exécuter leurs obligations et, par conséquent, à payer la somme prévue, pour sortir d’un contrat qu’ils considéreront finalement inintéressant et, par-dessus tout, contraignant. De plus, la clause pénale peut être le prémice à la résiliation, puisqu’elle sanctionne le manquement à des obligations ou le retard à leur exécution, sachant que de tels manquements constituent des causes de résiliation. D’ailleurs, la jurisprudence considère que l’indemnité de résiliation est une modalité d’exécution de la clause pénale.¹

603. Par ailleurs, si la prestation demandée a été mal évaluée et s’avère plus difficile que prévu à réaliser, les prestataires préféreront ne pas exécuter leurs obligations et payer directement la pénalité, surtout si elle n’est pas élevée. Le contrat d’outsourcing peut également les empêcher de conclure d’autres contrats avec des tiers, soit parce que la prestation demandée est trop lourde, trop complexe à exécuter et ne leur laisse que peu de temps pour se consacrer à d’autres clients, soit parce qu’une obligation de non-concurrence leur ferme la porte à plusieurs marchés potentiels, postérieurement à la signature du contrat. Or, ne pas accepter ces marchés leur serait préjudiciable à la fois sur le plan financier et sur le plan professionnel. Payer la pénalité et mettre fin au contrat permettra alors aux prestataires de conquérir des marchés plus intéressants, et

¹ CA Paris, 16^{ème} ch. B, 14 mars 1996, *Sté Sofinabail c/Sté APOS et autres*, Juris-Data n° 020956.

d'entretenir des collaborations plus fructueuses avec d'autres clients. Dans ce cas, la clause pénale n'a plus cette finalité coercitive qui lui est propre, sinon s'analyse comme une clause limitative de responsabilité. En d'autres termes, le prestataire qui, volontairement, n'exécuterait pas ses obligations ou refuserait de les exécuter, notamment pour sortir d'un contrat, serait coupable de dol, et cela, peu importe qu'il soit animé d'une intention de nuire.

604. Dans d'autres cas, les prestataires peuvent avoir intérêt à accepter des clauses pénales pour des sommes plutôt faibles qui leur enlèveront le caractère de coercition et qui se rapprocheront des clauses exonératoires de responsabilité. Si les prestataires les acceptent, c'est parce que l'objet du contrat est intéressant et peut leur ouvrir d'autres portes dans le milieu de l'outsourcing, en particulier si la société cliente est de renommée importante. Reste alors aux prestataires à faire en sorte que le montant de la pénalité soit modique. Il s'agit d'un autre problème qui ne pourra être réglé que dans le cadre des négociations. Le montant de la pénalité sera d'autant plus faible que la capacité du prestataire à faire accepter certaines dispositions au client sera importante. Ainsi, le prestataire a le pouvoir de tourner une clause pénale à son avantage, manifestant une fois de plus, sa position de force par rapport au client. Ce dernier se retrouvant dans une situation précaire et d'inégalité qu'il n'a pas choisie, face à un prestataire qui dispose finalement d'une grande latitude pour décider de son sort. En se pliant aux dispositions de la clause pénale, le prestataire l'utilise comme stratégie dans son intérêt et démontre sa capacité à utiliser un outil qui, de prime abord, n'a pas vocation à jouer en sa faveur. Une telle compétence révélant qu'il reste la partie dominante au contrat, même dans les circonstances où l'on s'y attend le moins.

b) Mise en œuvre de la clause pénale

605. La partie lésée par le manquement de son cocontractant déclenchera la mise en jeu de la clause pénale. Car, sa confiance est ébranlée : elle se doit de se protéger et les pénalités vont justement être le moyen de l'indemniser pour le préjudice subi. Pour mettre en œuvre une telle clause, une mise en demeure¹ de remédier à sa défaillance et/ou sa carence, notifiée à la partie concernée par lettre recommandée avec demande

¹ Sauf dispense résultant de l'accord des parties. Les parties peuvent prévoir des dispenses implicites de la formalité de mise en demeure : Cass. civ. 3^{ème}, 17 novembre 1971, n° 70-12.083, Bull. civ. III, p. 402.

d'accusé de réception, sera souvent effectuée. Ses effets se produiront à compter de cette mise en demeure (art. 1230 C. civ.). Si la mise en demeure s'avère infructueuse après l'écoulement d'un certain délai prévu au contrat, des pénalités seront dues. Cette mise en demeure précisera les motivations de la partie concernée à faire jouer la clause pour que la transparence et la bonne foi soient respectées. A cet effet, les hypothèses permettant l'application de la clause pénale seront expressément listées au contrat. Les parties prendront soin de ne pas intégrer des hypothèses « fantaisistes » ou au contenu exagéré ne justifiant pas l'application de la clause. A titre d'exemple, la clause pénale pourra s'appliquer pour sanctionner le défaut de qualité mentionnée dans la convention de niveau de services, annexée au contrat. Ici, le prestataire est incité à respecter ses engagements en termes de qualité de la prestation attendue par le client.

606. Pour actionner la clause pénale, il faut prouver une faute de la partie concernée ; l'existence d'un préjudice n'est pas nécessaire¹ car, la clause pénale s'applique du seul fait de cette inexécution.² La faute sera surtout recherchée du côté du prestataire puisque le client joue un rôle passif dans le déroulement de l'outsourcing. Toutefois, il est possible de rechercher un manquement de sa part comme des retards dans la communication de données nécessaires à la réalisation de la prestation, ou encore une collaboration insuffisante. Dans tous les cas, les pénalités ne seront exigibles que pour certains manquements précisés au contrat, et auront pour objectif de contraindre les parties à exécuter correctement leurs obligations. Parmi les fautes du prestataire les plus fréquentes, est relevé le non-respect de ses obligations obligeant le client à faire appel à une société tierce afin d'achever la prestation d'outsourcing. Les dérives significatives du prestataire quant au respect des délais de traitement convenus et quant à leur qualité, permettent aussi de déclencher l'application de la clause pénale. A cela, s'ajoutent la perte de clientèle du fait du prestataire qui a agi avec intention de nuire, le défaut d'exécution de l'outsourcing conformément aux dispositions du contrat, le fait de recourir à la délégation ou au travail illégal, le non-respect de son obligation de confidentialité lorsqu'il a accès à des données sensibles contenues dans le système informatique du client... Il en est de même de toute modification de l'exécution de la prestation sans l'accord du client, ou encore du fait de ne pas remédier à ses manquements malgré la demande expresse du client.

¹ Cass. civ. 3^{ème}, 12 janvier 1994 et Cass. civ. 3^{ème}, 20 décembre 2006, précités.

² Cass. civ. 3^{ème}, 20 décembre 2006, précité.

607. En outre, la clause pénale ayant, entre autres, une fonction de réparation du dommage, elle ne peut fonctionner que dans les limites qui lui ont été affectées par les parties, et pour les manquements qu'elle aura expressément visés. Par conséquent, la clause doit préciser avec détail les dommages couverts. Ceux qui ne seront pas mentionnés échapperont à la clause et tomberont sous le coup du droit commun de la responsabilité.¹

La clause pénale peut également être utilisée pour sanctionner un objectif non atteint, comme par exemple en matière d'outsourcing, un niveau de performance demandé pour le système informatique. En effet, si une entreprise décide de recourir à un tiers pour gérer son système, c'est parce que, souvent, elle n'a pas les compétences et/ou les moyens techniques pour le faire. Hormis une mission de gestion, le prestataire doit donc améliorer le système qui lui est confié, l'adapter, l'optimiser et le rendre plus performant. Tout cela est rappelé dans le contrat d'outsourcing², mais surtout dans la convention de niveau de services qui décrit avec détails les seuils à atteindre, sous peine de sanctions. Si cela n'est pas le cas, l'entreprise du client subit un préjudice constitué par le défaut de réalisation du résultat exigé, défini comme envisageable au départ, c'est-à-dire matériellement réalisable, et qui ne dépend pas de circonstances extérieures, de la conjoncture économique...

608. La clause pénale est alors utilisée pour sanctionner le prestataire du non-respect de son obligation de résultat et pour assurer l'exécution de ses obligations. Ce qui importe c'est le défaut de réalisation de la prestation, que ce soit en tout ou en partie. Par conséquent, en actionnant la clause pénale, le client déclenche en quelque sorte un mécanisme de sécurité contractuelle, fait état de sa position, de son préjudice, et crée un déséquilibre contractuel à son profit. Il apparaît alors en position de force par rapport au prestataire qui est tenu de remédier à ses défaillances professionnelles, dans les meilleurs délais, soit en payant le montant prévu dans la clause, soit en exécutant ses obligations. Lorsqu'il mettra en œuvre la clause pénale, le client pourra, dans certains cas, exiger une diminution du prix de la prestation : car, si le prestataire finit par

¹ CA Paris, 16^{ème} ch., 21 janvier 1977, *Sté Jouvenel et Cordier c/Sté Univac*, Juris-Data n° 39.

² Annexe n° 10 : Article 9 al. 8 : « *Obligations du Prestataire* » : « *Le Prestataire doit maintenir le Système informatique en l'état de l'art en mettant en œuvre systématiquement les techniques nouvelles, ainsi que les préconisations des différents éditeurs et fournisseurs en matière d'évolution. Le Prestataire s'efforcera de conseiller et/ou de proposer au Client les mesures lui apparaissant souhaitables pour assurer la bonne exploitation et l'amélioration du Système informatique, compte tenu des besoins du Client et des conséquences en cas de réversibilité.* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 5 et 6.

s'exécuter et payer la pénalité, il demeure lésé du fait que la prestation n'aura pas été exécutée dans les temps, ou l'aura été incorrectement, ce qui n'est pas sans conséquence pour son entreprise. Pour compenser cela, une réduction du prix en faveur du client s'imposera d'elle-même. Dans cette hypothèse, le client renverse la tendance habituelle, puisque le prestataire se retrouvera dans une situation de précarité relative qu'il n'a pas choisie. Mais, cela doit être nuancé dans la mesure où le prestataire peut retourner facilement à son avantage une clause pénale, comme cela a été évoqué plus haut (infra 599 s.).

c) Clause pénale, inégalité et précarité

609. Lorsque la clause pénale est utilisée comme outil de pression face à un cocontractant réticent à accomplir ses obligations, elle crée une inégalité au niveau des relations contractuelles, dans la mesure où cette utilisation la place en position de force par rapport à son cocontractant qui n'aura pas d'autre choix que de s'exécuter, si elle ne souhaite pas que le contrat soit résilié à terme, ou que le montant des pénalités augmente dans le temps. De l'inégalité à la précarité, il n'y a qu'un pas : les pénalités conduisent irrémédiablement à ce résultat, voire l'accroissent car, lorsqu'une partie ne paye pas le prix de la prestation ou ne remplit pas ses obligations, c'est qu'elle éprouve des difficultés à le faire, financières et/ou matérielles. La mauvaise foi n'est donc pas toujours en cause. En effet, toutes les enquêtes sur la solvabilité financière d'une entreprise avant son engagement contractuel ne mettent pas à l'abri la partie concernée d'un incident de paiement. De même, il peut s'avérer que certaines opérations demandées soient plus difficiles que prévu à réaliser. Soit la partie débitrice de cette obligation a sous-estimé ses compétences, soit a été de mauvaise foi lors de la négociation du contrat d'outsourcing. Il est donc nécessaire de faire la part des choses et de vérifier quelle hypothèse est observée.

610. Toutefois, les pénalités s'appliqueront et auront pour conséquence d'instaurer une précarité au niveau des relations contractuelles si celle-ci n'existe pas déjà. Car, dans la mesure où les obligations ne seront plus exécutées, un conflit naîtra entre les parties induisant le risque de résiliation. Si cette dernière n'intervient pas dans un premier temps, il y a de fortes chances que lors de l'arrivée du terme du contrat, celui-ci ne soit pas renouvelé. Le déséquilibre s'observera car, dès lors que l'une des parties aura fait jouer la clause de pénalités la mettant en position de supériorité par rapport à

l'autre, l'harmonie au niveau des relations contractuelles cessera et laissera place à une instabilité. Le sentiment d'être dominé s'installera chez l'une des parties, en plus de sa perte de confiance en l'autre : retrouver l'équilibre du contrat paraîtra alors difficile.

611. Enfin, à l'inverse de la clause pénale, une clause de bonus peut être prévue, lorsque les objectifs du prestataire, en plus d'être atteints, sont dépassés. Il s'agit de mesures incitatives récompensant les initiatives et les gains de productivité du prestataire. Elles sont plutôt rares dans les contrats d'outsourcing ; si elles y figurent, elles peuvent motiver le prestataire dans l'exécution de sa prestation, qui aura notamment réussi à atteindre certains objectifs dans de courts délais.

D) La clause de réversibilité

La réversibilité ou reprise de la fonction ou du système externalisé par le client créé un retournement de situation qu'il est nécessaire d'envisager (1). Dans certains cas, elle peut générer une position précaire du client (2). C'est pourquoi, la clause y afférente doit être rédigée avec soin afin de limiter le risque d'inégalité contractuelle (3).

1) Panorama de la réversibilité et de ses effets

612. Les contrats d'outsourcing sont souvent conclus pour de longues durées avec un prix en conséquence, un risque de dépendance vis-à-vis du prestataire (infra n° 496 s.) et donc d'être « à sa merci », surtout s'ils ne sont pas renouvelés ou s'ils sont résiliés de façon anticipée. Dès lors, si les parties décident de renouveler leur collaboration, le prestataire profitera de sa position d'avoir été le seul à gérer et à exploiter le système informatique pour imposer à son cocontractant des stipulations peu favorables à son égard. D'où, la nécessité pour le bénéficiaire de l'outsourcing de mesurer les inconvénients avant d'adhérer à un tel contrat. Car, en confiant à un prestataire la totalité de sa fonction informatique, il renonce à sa maîtrise, même si ce n'est qu'à titre temporaire. Dans l'hypothèse où le contrat serait conclu pour une durée de vingt ans, le client est donc susceptible de perdre le « contrôle » de son système d'information du fait d'un non-usage prolongé, et d'être moins réactif et moins performant, surtout si le prestataire a procédé à des adaptations dudit système. Dans une telle situation, le prestataire apparaît en position de force par rapport à son cocontractant.

613. Pour éviter d'en arriver là et pour retrouver la conduite de son système, il est conseillé au client d'exiger une clause dite de réversibilité ou de retour, qui organisera la reprise en interne de tout ou partie de la fonction externalisée, ou les conditions de transfert de cette fonction à un tiers prestataire. Car, l'externalisation n'a pas une durée perpétuelle et le client doit organiser la situation qui lui succèdera, sachant que la reprise de son système sera effectuée « *dans son dernier état connu* », selon la formule habituelle. En conséquence, la clause de réversibilité devra prévoir les obligations du prestataire en matière d'assistance du client, et régler le sort des équipements et matériels informatiques repris ou rachetés par le client, ainsi que celui des logiciels et des applications informatiques adaptés ou développés, des améliorations effectuées sur le système le temps de l'externalisation, et des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés... Une telle clause a pour intérêt de permettre à une entreprise de choisir un prestataire sans que ce choix soit définitif, et de favoriser une collaboration étroite entre les parties en instaurant un partage équilibré des responsabilités.

614. La réversibilité pourra intervenir naturellement à l'arrivée du terme du contrat, si celui-ci a une durée déterminée et n'est pas renouvelé, ou au cours de son exécution, si cette faculté est ouverte, par exemple dans le cadre d'une sortie anticipée avec dédit (infra n° 568 s.), ou encore si le contrat est résilié en raison d'une faute du prestataire. De façon générale, elle permet de « *recupérer les éléments transmis pour les besoins des prestations, de se faire transmettre les compétences et le savoir-faire du prestataire et d'assurer la continuité de l'activité sans dégradation de la qualité.* »¹ Cela signifie que la reprise des éléments corporels (biens d'équipement, matériels informatiques...) ou incorporels (logiciels...) n'est pas la seule conséquence de la réversibilité, sachant que pour chacun de ces biens, il faudra préciser le régime juridique qui lui est associé (pleine propriété, location, crédit-bail, licence d'utilisation...). Car, s'ajoutent la reprise éventuelle du personnel affecté à la gestion du système, ainsi que les compétences et le savoir-faire du prestataire explicité au client, afin que celui-ci ou le tiers qu'il aura désigné puisse reprendre en toute quiétude et de manière efficace son système informatique. L'objectif premier de la réversibilité étant d'assurer une période de transition offrant une continuité au niveau de l'activité informatique, sans période d'interruption et avec maintien de sa qualité. Un tel processus de transfert se doit d'être effectué dans des conditions optimales, en bonne intelligence, afin qu'il n'y ait pas de

¹ *La réversibilité dans les contrats d'externalisation*, J. Lallemand et S. Larrière, Revue Contrats, octobre 2003, p. 246.

décalage entre la prestation fournie par le prestataire et celle que le client devra assurer sur son système.

615. S'agissant de la reprise de son personnel par le client, elle soulève plusieurs interrogations, notamment sur le plan du droit du travail. En effet, dans un premier temps, le client aura « transféré » au prestataire ses salariés attachés à la fonction informatique externalisée, ce qui leur vaudra d'être placés sous la subordination juridique de ce dernier. Il s'agit du transfert d'une entité économique entière, c'est-à-dire d'un personnel stable, formé à une tâche en particulier, avec un matériel d'exploitation spécifique affecté à l'activité visée. Quant au lieu d'exécution de la prestation, il peut se dérouler indifféremment chez le prestataire ou chez le client, voire dans des locaux tiers sécurisés : ce qui importe est de le préciser au contrat. Dans un second temps, ces salariés redeviendront soumis aux pouvoirs de direction et de contrôle du client, au moment de la reprise de son système. Ils devront répondre à ses attentes et accomplir le même travail que celui effectué lorsque le système était externalisé chez le prestataire.

616. La clause de réversibilité doit organiser et surtout faciliter ce processus, notamment en prévoyant des mesures d'assistance du client, voire de formation éventuelle des salariés. Car, celui-ci a confié au prestataire pendant un certain temps son activité avec pour mission de l'optimiser, de l'améliorer et de la développer, en utilisant ses compétences et son savoir-faire. C'est d'ailleurs en considération de telles qualités qu'il a été choisi : s'il a effectivement accompli sa mission et réussi à rentabiliser le système, le client souhaite que cela continue après la reprise. C'est pourquoi, il serait judicieux que la clause de réversibilité prévoie une obligation pour le prestataire de transmettre au client ses compétences et son savoir-faire, ce dernier pouvant faire l'objet d'une licence d'utilisation. Cette clause sera rédigée de manière exhaustive, afin de prévoir toutes les hypothèses envisageables et de ne pas se retrouver « démuni » au moment de la reprise. En d'autres termes, lorsque le moment viendra pour le client de prendre concrètement la suite du prestataire, il devra être en mesure d'assurer la poursuite de l'activité, de façon continue, et selon la même efficacité. Mais, cela peut prendre un certain temps : d'où, la nécessité d'évaluer les besoins du client afin de déterminer avec exactitude la durée de la période d'assistance et de formation de son personnel. De manière générale, l'existence d'une organisation et de structures est

déterminante, et le degré de consistance et d'autonomie de l'activité transférée est toujours pris en compte.¹ Dans le cas contraire, il ne sera pas possible de parler de transfert juridique. Toutefois, ne sera pas transférable le salarié qui effectue certaines tâches pour le service à externaliser, alors qu'il appartient à un service autre que celui visé par l'infogérance.² Certains auteurs considèrent que : « *A l'inverse des clauses de non-débauchage que l'on trouve habituellement dans les contrats informatiques, le contrat (d'outsourcing) devra au contraire permettre au client de débaucher tout ou partie des équipes informatiques qui étaient affectées à son exploitation, ce qui montre à nouveau l'importance des questions relatives aux transferts de salariés, de tels transferts pouvant intervenir tant à la prise d'effet du contrat qu'à son terme* ». ³ Ainsi, lors de la reprise de l'exploitation de son système, le client doit pouvoir débaucher certains salariés du prestataire qui y étaient affectés, sans qu'il ne soit incriminé. La clause de réversibilité organisera cette option pour le client.

617. De même, les modalités de transfert des données mises en jeu dans le système seront organisées, qu'il s'agisse de données du client ou de données du prestataire concernant son activité ou son entreprise. Certains auteurs considèrent qu'un tel transfert est un dépôt accessoire à une prestation de services⁴, soumis aux dispositions de la loi informatique et libertés.⁵ L'externalisation peut en effet inclure un transfert au prestataire de fichiers de données personnelles du client (concernant ses salariés, ses fournisseurs et sa clientèle). Il sera alors nécessaire de modifier les déclarations de constitution de fichiers à la C.N.I.L. Si le prestataire et ses serveurs sont situés hors du territoire de l'Union Européenne (UE), il faudra gérer l'aspect juridique d'un tel transfert de données. Soit les parties adhéreront à la convention standard de transfert de données telle qu'elle est prévue au niveau de l'UE ou à une convention de traitement des données personnelles à annexer au contrat, sous réserve que ces dispositions soient conformes aux exigences de la C.N.I.L., soit elles prévoient une clause spécifique au contrat d'outsourcing en la matière. Dans tous les cas, ces formalités seront effectuées

¹ *Un nouveau bilan sur l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail*, J. Déprez, RJS 1991, p. 71.

² *Arie Botzen et autre c/Rotterdamsche Droogdok Maatchappil B.V.*, aff. 186/83, Rec. CJCE 1985, p. 519, Cass. soc., 10 janvier 1995, RJC 95-2, n° 108.

³ *Le contrat de Facilities Management*, F. Dupuis-Toubol et F. Vergne, JCP éd. E, 1993, I, n° 9-10, chron. n° 225, p. 111 ; DIT 1993, n° 1, p. 8-15.

⁴ *Les contrats encadrant les transferts de données personnelles*, J. Huet, CCE 2001/5, chron. n° 11.

⁵ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite « *Loi informatique et libertés* » (J.O.R.F. du 7 janvier 1978, p. 227), modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (J.O.R.F. n° 182 du 7 août 2004, p. 14063, texte n° 2).

avant tout transfert de fichiers. Dès lors, la sauvegarde et l'archivage des données informatisées seront envisagés dans le contrat d'outsourcing. Les sauvegardes ne devront pas être aléatoires, sinon organisées, sécurisées et efficaces. Pour permettre un fonctionnement optimal, le client avertira le prestataire des modifications de son système et de toutes celles qui pourraient empêcher ou perturber les sauvegardes futures. A défaut, le prestataire ne serait pas responsable des défaillances ou de tout dysfonctionnement en la matière.¹

618. Il est conseillé au client de demander à la fois une sauvegarde informatique de ses données et leur archivage, ainsi que la duplication des supports numériques et/ou magnétiques contenant ces sauvegardes. Il fera également en sorte que le contrat prévoie que le prestataire lui fournisse une copie conforme et actualisée de ses données en cas de sinistre touchant son système informatique (par exemple, un incendie, une inondation...). Des plans de secours ou de « back up » seront mis en place au travers de plate-formes informatiques mises à la disposition du client pour qu'il puisse accéder à ses données. Concrètement, des réseaux, des serveurs et/ou des techniciens prendront le relais du système sinistré et viendront au secours du client afin de préserver ses données, y compris dans des locaux provisoires spécialement affectés pour poursuivre l'exécution de la prestation d'outsourcing. Enfin, le prestataire devra fournir au client un environnement de qualité, sécurisé, pour son système informatique et les données qu'il renferme. Il s'agira d'avoir des bâtiments avec vigiles, d'installer des systèmes de détection et de lutte contre les incendies, de mettre en place des portes ne s'ouvrant qu'au moyen de codes ou de cartes électroniques...

619. De façon générale, pour que la réversibilité soit un succès, le client doit prendre toutes les décisions stratégiques en la matière. Ce qui n'est pas aisé à faire accepter par le prestataire qui entend mener et contrôler seul les opérations. En tant que partie forte chargée de l'exécution de l'outsourcing, il se considère comme le plus compétent pour prendre les meilleures décisions. Car, jouant un rôle actif et accomplissant sa mission en toute indépendance, il entend diriger la conduite de l'informatique qui lui a été confié à tous les niveaux, y compris décisionnel. Cependant, en se comportant ainsi, il crée un déséquilibre au niveau des relations contractuelles. Cela s'observe à travers la position

¹ CA Nîmes, 14 décembre 2004, *Sté Adhervis*, CCE 2005, n° 86, note Ph. Stoffel-Munck. Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 2010, n° 08-15.657, NP ; RLDI 2010/57, n° 1900, obs. M. T.

du client, souvent loin des réalités techniques et informatiques de la prestation, et éprouvant de grandes difficultés lors de la reprise de son système, la ressentant la plupart du temps comme abstraite, ce qui a pour effet d'accentuer davantage le fossé entre les deux parties.

2) Réversibilité et précarité

620. Au moment de la reprise de son système, le client doit bénéficier de toute l'aide nécessaire de son cocontractant pour que sa migration soit facilitée. Si rien n'est prévu s'agissant des modalités d'intervention du prestataire, il sera extrêmement difficile d'organiser la réversibilité et d'imposer ses conditions à une partie avec qui il est envisagé de cesser prochainement toute relation contractuelle. Il sera même difficile de conclure un simple accord organisant la réversibilité dans des conditions minimales car, les parties se trouveront dans une optique différente de celle existant au moment de leur engagement, et se montreront peu conciliantes l'une à l'égard de l'autre. Dès lors, le client qui nécessitera l'assistance du prestataire au lendemain du contrat, se positionnera dans une situation précaire, surtout s'il est à l'initiative de la rupture. Car, ledit prestataire ne fournira que peu d'efforts pour répondre à ses attentes. Cela s'explique par le fait qu'il perd un client et que cela lui crée des frais, ainsi qu'un manque à gagner.... Il sera alors peu enclin à participer à la reprise de son système informatique et à apporter ses compétences et son savoir-faire au service d'un tel objectif. D'où, l'intérêt d'organiser la réversibilité en toutes circonstances.

621. Si le prestataire apparaît dans une situation précaire au moment de la rupture du contrat, cette précarité va se déplacer sur la personne du client, au moment où il va nécessiter ses lumières pour la reprise. Le prestataire profitera de sa position et sera seul décisionnaire quant à son intervention, ce qui engendrera une inégalité non négligeable entre parties. Ainsi, si le client avait les moyens de faire primer ses exigences dans le cadre du contrat d'outsourcing, il les perd au moment où il envisage une réversibilité non prévue. Il faut partir du principe que lorsqu'une entreprise décide d'externaliser, elle a le sentiment de pouvoir exiger le mécanisme de la réversibilité dans tous les cas de figure. Car, elle considère qu'externalisation et réversibilité sont intrinsèquement liées et qu'il n'est pas possible d'exclure la seconde dès lors que la première a eu lieu. Si le contrat ne prévoit pas expressément la réversibilité, il n'y a aucune raison pour que le prestataire s'engage dans un tel processus. En outre, aucune obligation ne s'impose à

lui. Ce sentiment du client est malheureusement à l'origine de bien des situations précaires : il lui sera difficile de faire valoir sa position, ses demandes et ses intérêts. Non seulement, il éprouvera des difficultés à exiger quoi que ce soit du prestataire, s'agissant de la réversibilité, mais il lui sera difficile de trouver un autre prestataire qui accepte de l'assister dans la reprise de sa fonction ou de son système à ses conditions. Car, un tel prestataire venant à la suite du premier, doit se familiariser avec ses techniques, ses méthodes, doit appréhender le travail effectué jusqu'à présent, et découvre parfois des façons de procéder auxquelles il est étranger... Si, au surplus, le savoir-faire du prestataire initial n'a pas été transmis au client, la qualité de la reprise peut en être affectée ou retardée, en raison des plus lourdes tâches à effectuer par le nouveau prestataire en vue d'apporter la meilleure solution au client.

622. C'est sans compter le temps consacré et les frais supplémentaires. En effet, le prix à déboursé par le client sera moins onéreux si la même personne procède aux opérations d'externalisation et de réversibilité, tel que cela est initialement prévu au contrat. Si en revanche, la demande de réversibilité se produit dans un contexte d'urgence ou lors de la résiliation du contrat d'infogérance, le prix exigé par le prestataire pour effectuer la réversibilité sera plus onéreux, notamment pour tenir compte de ses investissements en biens d'équipements, en logiciels, en personnels.... Car, les relations contractuelles sont différentes, ce qui se répercute sur le prix de la prestation. D'où, l'intérêt d'évaluer le coût de la réversibilité dès la conclusion du contrat, ainsi que son évaluation périodique au cours de son exécution car, il est susceptible d'évoluer.

En règle générale, ce qui n'a pas été accepté dès le départ le sera difficilement par la suite. Il est alors nécessaire de prévoir dès les négociations des dispositions relatives à la réversibilité. Cela évite bien des conflits inutiles et fait gagner à chacun des acteurs un temps précieux.

3) La rédaction de la clause de réversibilité : le risque d'inégalité contractuelle

623. La rédaction de la clause de réversibilité est essentielle : en dépend le succès ou l'échec de la reprise de son système par le client. Cette rédaction sera tantôt favorable

au client¹, tantôt au prestataire², impliquant alors une précarité de l'un ou l'autre selon les cas. C'est ainsi que si la clause contient de nombreuses dispositions protectrices du client à sa demande, sa position sera confortable et il n'en sera que plus rassuré. La situation inverse s'observera si la clause est restrictive au niveau des mesures prises pour faciliter la reprise. Dans ce cas, c'est le prestataire qui sera en position de force par rapport au client, qui cette fois, ne disposera pas des moyens suffisants pour reprendre efficacement la gestion de son système externalisé ou pour la confier facilement à un prestataire de son choix, sauf au prix d'innombrables difficultés.

624. Sur un terrain pratique, il est évident que la reprise de fonctions aussi techniques et aussi complexes que l'informatique ne va pas se produire du jour au lendemain, tant les investissements nécessités par l'infogérance sont importants et s'inscrivent dans la durée. Un travail de longue haleine a été effectué par le prestataire : il faut en tenir compte, de même que la dépendance créée vis-à-vis de lui (infra n° 496 s.). C'est pourquoi, la clause de réversibilité se montrera précise et facilitera la reprise. Car, alourdir le mécanisme de reprise ne servirait à rien, sauf à discréditer le prestataire quant à ses compétences professionnelles de transfert de systèmes. Or, le client doit pouvoir disposer de son système au moment où il l'estime venu : tout doit donc être mis en œuvre pour ne pas perturber le processus : en d'autres termes, aucun obstacle ne sera mis sur son chemin et le prestataire apportera son concours au transfert dans son ensemble, au nom de son devoir de collaboration, pour que l'opération se déroule en toute sérénité. Les mesures prises dans ce sens seront mentionnées au contrat et les moyens utilisés par le prestataire pour gérer le système devront pouvoir être utilisés par le client et transposables à son entreprise. Il est ici fait allusion aux solutions matérielles et/ou logicielles non adaptés à ses équipements : l'interopérabilité entre logiciels s'impose, ce qui implique pour le prestataire de mettre en œuvre des applications standards disponibles sur le marché et qui ne sont pas de nature à empêcher ou à retarder la réversibilité. En un mot, la réversibilité doit être techniquement faisable et ses modalités doivent être mentionnées au contrat.

¹ Modèle de clause de réversibilité, « *Clause à l'avantage du client* », *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, n° 634, p. 163-164.

² Modèle de clause de réversibilité, « *Clause à l'avantage du fournisseur* », *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, n° 633, p. 163.

625. Le volet concernant le transfert du personnel du prestataire affecté à l'exploitation du système sera également précisé, et notamment les modalités de son intervention, leur nombre, les conséquences sur le terrain du droit du travail... Afin d'éviter tout problème, toutes les solutions que le prestataire souhaitera mettre en œuvre seront préalablement soumises au comité de suivi pour agrément.

Si la clause de réversibilité est rédigée en faveur du prestataire, elle prendra éventuellement la forme suivante : « *A l'échéance du présent contrat, et pour autant que le client ait prévenu au moins six mois avant ladite échéance qu'il souhaitait mettre en œuvre la présente clause, le prestataire fera ses meilleurs efforts pour que le transfert du système, du site, des logiciels... à un autre fournisseur se passe dans de bonnes conditions. Ce prestataire établira un devis comprenant la remise au niveau fournisseur de tous les éléments dont il dispose et de son assistance technique.*

Un plan de transition sera proposé au client comprenant les modalités proposées et celui-ci ne sera mis en œuvre qu'après acceptation du devis par le client et paiement d'avance du prix convenu. Le prestataire ne sera tenu que par une obligation de moyens. »¹

626. Une telle disposition se décompose en trois points : le respect d'un préavis, la proposition d'un devis et d'un plan de transition pour mettre en œuvre la réversibilité, et l'indication selon laquelle celle-ci ne résulte que d'une obligation de moyen. En premier lieu, un préavis est prévu pour annoncer au prestataire la décision de reprendre les services externalisés : car, dans la pratique, la réversibilité ne peut être effectuée sans préparation. Un délai de six mois semble donc suffisant, dans la mesure où il permet à chacune des parties de s'organiser. En second lieu, un plan de transition sera proposé par le prestataire et ne sera effectif que si le client en accepte le devis et en paie le prix annoncé. Déterminer à l'avance le prix de la réversibilité est important car, permet d'éviter toute mauvaise surprise pour le client et de se retrouver dans une situation inconfortable, en raison d'une fixation unilatérale du prix qui se révélerait excessif et non justifié. Cela permet d'instaurer les règles de détermination du prix, de contrôle, ainsi que d'en poser et d'en surveiller les limites, le client étant dès lors en mesure de

¹ Modèle de clause de réversibilité, « *Clause à l'avantage du fournisseur* », *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, n° 633, p. 163

faire des choix et de ne pas se voir imposer n'importe quel montant. En troisième lieu, concernant le choix d'une obligation de moyen du prestataire en matière de réversibilité, cela suppose qu'il fera ce qu'il pourra pour parvenir au résultat poursuivi, selon son savoir-faire, ses connaissances et ses moyens, sachant que s'il ne l'atteint pas, son cocontractant ne pourra pas lui en tenir rigueur. L'expression « *le prestataire fera ses meilleurs efforts* » l'illustre, signifiant s'évertuer à faire quelque chose, se démener, sachant qu'il n'est pas certain qu'il parviendra au but poursuivi.

627. Toutefois, de la manière dont la clause est rédigée et à cause de la place qu'occupe cette expression, le bénéficiaire de l'outsourcing aura le sentiment de ne courir aucun risque et de pouvoir obtenir le résultat souhaité. En réalité, une telle expression passe-partout, vague, et fourre-tout, est surtout dangereuse pour une personne non avertie. Les prestataires l'utiliseront à leur avantage pour expliquer qu'ils ne sont pas tenus d'obtenir le résultat attendu, et aussi pour instaurer un déséquilibre des relations contractuelles à leur profit. A l'inverse, une obligation de résultat est plus contraignante pour le prestataire, mais davantage sécurisante pour le client, puisque quelles que soient les circonstances et les moyens utilisés par le prestataire, le résultat devra être atteint. A défaut, sa responsabilité sera engagée. Dans ces conditions, le client est garanti d'obtenir la transférabilité de son système, des matériels, des logiciels et autres éléments qui lui sont associés.

628. La plupart du temps, les clients ne connaissent pas la différence entre obligation de moyen et obligation de résultat, encore moins leurs conséquences juridiques respectives, et c'est ce qui justifie la présence de la première dans les contrats d'outsourcing, à leur détriment. Pour éviter cela, il est conseillé aux clients de se renseigner afin de ne pas se retrouver dans des situations précaires où le succès de la réversibilité risque d'être aléatoire et de dépendre des compétences incertaines du prestataire. La rédaction de la clause sera donc déterminante et conditionnera le devoir d'obtenir ou non un résultat particulier. Dans l'éventualité où la clause de réversibilité serait rédigée en faveur du client, elle prendra la forme suivante : « *Au terme du contrat, pour quelque cause que ce soit, le prestataire s'oblige à assurer au client la réversibilité du système, cet engagement s'appliquant aussi bien en cas de reprise de l'exploitation par le client lui-même ou par un nouveau fournisseur.* »

Le prestataire s'engage à remettre à son successeur la totalité des éléments dont il dispose et à fournir toute l'assistance nécessaire de telle sorte que le passage d'un prestataire à un autre n'entraîne aucune rupture de l'exploitation et n'entraîne aucun dommage pour le client. Le prix des services fournis par le prestataire pendant la durée du contrat a été fixé en tenant compte de cette obligation de réversibilité et n'entraînera en conséquence aucun frais supplémentaire pour le client. »¹

Une telle clause oblige le prestataire à assurer la réversibilité du système dans les mêmes conditions, peu importe qu'elle soit effectuée à destination du client ou d'un prestataire tiers. En effet, s'il s'agit de faciliter la tâche de ce dernier, le prestataire aura tendance à faire le moins d'efforts possible, voyant un autre « prendra sa place » en quelque sorte. En revanche, si la démarche est d'agir pour le client, tout dépendra des conditions de la reprise : si elle intervient à l'arrivée normale du terme, le prestataire sera davantage enclin à l'aider dans la transition, alors que si elle se produit de façon anticipée, son attitude sera différente car, ne souhaitera pas trop s'impliquer dans le processus de réversibilité. C'est pourquoi, afin d'éviter les traitements distincts, une obligation de résultat sera prévue.

La clause précédente consacre une telle obligation, même si elle n'est pas expressément mentionnée. Elle peut être déduite des expressions « *le prestataire s'oblige à assurer au client la réversibilité du système* » ou encore « *Le prestataire s'engage à remettre à son successeur la totalité des éléments (...) et à fournir toute l'assistance nécessaire* ». Au surplus, le texte poursuit en précisant qu'il ne saurait y avoir de « *rupture de l'exploitation* », de la gestion de la fonction informatique, ni « *aucun dommage pour le client* ». Ce qui illustre bien le devoir du professionnel de l'outsourcing d'assurer une continuité dans la conduite de l'informatique du client et de préserver les intérêts de celui-ci, y compris financiers. Le dernier alinéa de la clause insistant d'ailleurs sur le fait que le prix de la prestation prévu initialement au contrat ne sera pas modifié et inclura la prestation de réversibilité. La difficulté réside alors pour le client à imposer de telles dispositions. Ainsi, selon que la clause de réversibilité sera rédigée en faveur de l'une ou l'autre des parties, les conséquences juridiques ne seront pas les mêmes, et

¹ Modèle de clause de réversibilité, « *Clause à l'avantage du client* », *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008, n° 634, p. 163-164.

ladite clause apparaîtra comme un moyen intéressant de faire valoir sa domination sur son cocontractant.

E) Les aspects de l'outsourcing touchant au droit de la propriété intellectuelle

L'outsourcing est susceptible de poser différents problèmes au niveau des droits de propriété intellectuelle touchant les créations mises en œuvre lors de son déroulement (1). Aussi, il est nécessaire de les envisager, sachant que certaines situations génèrent un déséquilibre avéré entre les parties (2).

1) Vue d'ensemble des problèmes posés par l'outsourcing

629. L'outsourcing a des conséquences sur le terrain du droit de la propriété intellectuelle qu'il ne faut pas négliger. En effet, lors de l'exécution de la prestation, des cessions peuvent intervenir mettant en jeu des droits de propriété intellectuelle : leur sort doit être impérativement réglé. Sont visées tant les œuvres de l'esprit sur lesquelles le bénéficiaire de l'outsourcing a des droits que celles visant le prestataire. Dès lors, des cessions de droits et/ou des licences d'utilisation devront être organisées au sein du contrat, ce qui génèrera une certaine précarité du bénéficiaire de l'infogérance quant aux droits de propriété intellectuelle qu'il détient et qu'il va devoir transférer pour les besoins de la prestation. Car, même s'il n'y est pas favorable, il se laissera « convaincre » par le prestataire dans son intérêt. Cela s'explique par le fait que la cession de droits de propriété intellectuelle, même de façon temporaire, est toujours difficile à accepter. Seront ici visés les logiciels, les progiciels et/ou les bases de données. Dans tous les cas, le contrat d'outsourcing mentionnera la liste des éléments transférés aux parties et chacune d'elles restera titulaire des droits sur les œuvres qu'elle détient avant son engagement. Pour le prestataire, les problèmes interviendront lorsqu'il procédera à la réversibilité, c'est-à-dire lorsqu'il transférera à son cocontractant certaines de ses créations, afin de lui permettre de gérer et d'exploiter lui-même son informatique. L'intérêt étant que la transition se déroule convenablement, sans rupture brutale, et dans le respect des droits de chacun.

630. S'il s'avère que l'entreprise cliente ne dispose pas des droits de propriété intellectuelle sur les logiciels et bases de données mis en œuvre dans son système et, par conséquent, des autorisations pour les exploiter, elle ne pourra les céder ou les concéder

au prestataire. L'autorisation de l'auteur (ou de l'éditeur)¹ ou de ses ayant-droits sera alors nécessaire, au risque de violer les dispositions légales en la matière. De même, si le client est tenu à l'obligation d'utiliser de façon exclusive une œuvre de l'esprit dans le cadre d'une licence, à une obligation de non-cessibilité, ou encore à une obligation de restriction d'usage, il devra s'y tenir. A défaut, non seulement son comportement précarise les droits de propriété intellectuelle du titulaire initial, mais renforce davantage sa précarité sur les droits qui lui sont accordés, dans la mesure où ledit titulaire peut décider de mettre fin à la licence et de le poursuivre pour contrefaçon (art. L. 335-2 CPI). Quant au prestataire, il ne pourra pas utiliser les logiciels, progiciels ou bases de données en cause, sous peine de suivre le même sort. S'agissant de l'obligation de respecter les termes d'une licence de logiciel ou de base de données limitative de droits, des développements y sont consacrés (Première Partie, Titre I, Chapitre I et Chapitre II).

C'est pourquoi, avant d'envisager quoi que ce soit, il est impératif que le client relise les différents contrats lui accordant des droits de propriété intellectuelle et, qu'au besoin, il demande conseil auprès d'un juriste. L'intérêt étant de vérifier s'il a le droit de transférer librement certaines œuvres avec les droits qui y sont attachés.

2) Le déséquilibre de certaines situations

631. En premier lieu, s'agissant des licences de progiciels, nous ne reviendrons ni sur leur régime juridique, ni sur la définition du terme de « *progiciel* », largement décrits dans un précédent chapitre (Première Partie, Titre I, Chapitre I). Le progiciel, programme informatique standard, est « *un ensemble complet et documenté de programmes conçu pour être fourni à plusieurs utilisateurs, en vue d'une même application ou d'une même fonction.* »², même si quelques paramétrages ou adaptations sont parfois nécessaires.³ Lorsque ces programmes sont fournis, ils sont nécessairement

¹ Souvent, l'éditeur sera aussi l'auteur du logiciel ou de la base de données.

² *Dictionnaire des termes officiels de la langue française*, J.O.R.F. de 1994, p. 158. Cette définition est donnée par la DGLFLF (Délégation Générale à la Langue Française et aux Langues de France), service rattaché au Ministère de la Culture et de la Communication. Site Internet de la DGLFLF : FranceTerme (<http://www.franceterme.culture.fr/FranceTerme/>).

³ *De la « vente » de logiciel*, H. Huet, in *Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, n° 24 s. : « *la fourniture de logiciel standard est le contrat par lequel un professionnel de l'informatique, constructeur, société de services, ou distributeur, remet à un client un exemplaire d'un programme d'ordinateur conçu pour effectuer en l'état -ou moyennant quelques paramétrages ou adaptations destinées à en faciliter l'insertion dans un système existant- des tâches de traitement de l'information définies à l'avance, dans*

accompagnés de leurs licences respectives, quelles que soient leurs formes (« *shrink-wrap licence* », « *click-wrap licence* », ou autres), licences qui accordent des droits aux seuls licenciés, en l'occurrence les bénéficiaires de l'outsourcing, ce qui s'avèrera problématique lorsqu'un prestataire tiers sera chargé de leur système informatique mettant en œuvre l'exercice de tels droits.

Si le licencié acquiert la propriété du support du logiciel, il en est autrement pour le programme informatique qui y est contenu, les deux étant envisagés de façon indépendante par application de l'art. L. 111-3 al. 1^{er} CPI.¹ Dès lors, si le licencié peut faire ce qu'il entend sur ce support, ce ne sera pas le cas pour le logiciel lui-même, ne disposant pas de l'intégralité des droits dessus, tels que le droit de reproduction, le droit de représentation, le droit d'exploitation... et n'ayant, au final, que des droits précaires (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I).

632. En second lieu, quant aux licences de logiciels, il est nécessaire que l'entreprise bénéficiaire de l'externalisation demande à l'auteur ou à l'éditeur de délivrer au prestataire une licence d'utilisation desdits logiciels pour les besoins de sa mission.² La situation est différente si elle s'adresse à un prestataire pour concevoir un logiciel sur-mesure, ainsi que différents travaux d'intégration et autres développements spécifiques commandés et payés par elle car, aura pris soin de conclure un contrat prévoyant un transfert de la propriété de ces éléments et de leurs droits de propriété intellectuelle, ce qui lui facilitera la tâche lorsqu'il s'agira d'autoriser le prestataire de l'outsourcing à les utiliser. Il est entendu que le formalisme légal de la cession devra être respecté, c'est-à-dire que chaque droit cédé fera l'objet d'une « *mention distincte dans l'acte de cession et (que) le domaine d'exploitation des droits cédés (sera) délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* » (art. L. 131-3 CPI). Le bénéficiaire de l'outsourcing détenant tous les droits sur le logiciel conçu uniquement pour ses besoins propres, peut les transmettre comme il l'entend³, et c'est ce qu'il fera

des conditions pouvant satisfaire les besoins d'une catégorie d'utilisateurs déterminée, souvent assez large. »

¹ « *La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel* ».

² Annexe n° 10 : Article 12.1 al. 2 : « *Logiciels et logiciels* », in Article 12 : « *Modalités d'exécution* » : « *Le Client s'engage à obtenir auprès des éditeurs des logiciels toutes autorisations nécessaires pour que le Prestataire puisse licitement les utiliser aux fins du Contrat.* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 7.

³ *Le logiciel : analyse juridique*, F. Toubol, Thèse FEDUCI-LGDJ, 1986, n° 142.

pour permettre au prestataire d'exécuter sa mission.¹ Si des adaptations ou des évolutions doivent être faites afin d'améliorer la prestation d'infogérance, le contrat devra les autoriser. Dans tous les cas, le bénéficiaire de l'externalisation devra garantir au prestataire la jouissance paisible des logiciels dont il lui concède les droits, et le protéger de toute action en contrefaçon de la part des tiers. Aux fins de le rassurer, le contrat d'outsourcing devra contenir la disposition suivante : « *Le Client garantit avoir obtenu des propriétaires des logiciels les autorisations nécessaires pour permettre au Prestataire d'exploiter le système pour le compte du Client.* »

Si le contrat de commande du logiciel est muet sur la question des droits, ils resteront au concepteur, et seuls des droits limités seront alors consentis au client.

633. Le bénéficiaire de l'externalisation risque de se trouver à son tour dans l'embarras, s'agissant des droits de propriété intellectuelle, au moment de la réversibilité. Car, le prestataire peut disposer cette fois de droits sur des logiciels ou même des bases de données qu'il a lui-même conçus, ou qu'il a fait concevoir par des tiers. Les contrats d'outsourcing étant souvent conclus pour une longue durée, cela n'a rien d'exceptionnel : dès lors, ils doivent prévoir le transfert et l'organisation de ces droits à l'entreprise cliente, par exemple, dans le cadre de licences. Il s'agira également de régler le sort des codes sources et de transmettre la documentation d'exploitation associée. Quant aux œuvres et développements spécifiques réalisés par le prestataire durant l'exécution du contrat, il pourra prévoir que leurs droits de propriété intellectuelle seront cédés en exclusivité au client, au fur et à mesure de leur création, de façon à ce qu'il n'ait aucune difficulté pour exploiter lesdites œuvres, au moment de la réversibilité. Sont visés les droits de reproduction, de représentation, d'adaptation, de traduction, de commercialisation, et d'utilisation, autrement dit, les droits patrimoniaux, permettant notamment de modifier, de diffuser et d'exploiter l'œuvre, sous quelque forme et sous quelque support que ce soit. De même, la propriété matérielle des œuvres sera transférée, et leur valeur de reprise sera indiquée au contrat. Quant aux matériels acquis par le client, ils seront à la disposition du prestataire pour les besoins de

¹ Annexe n° 10 : Article 12.1 al. 4 : « *Logiciels et logiciels* », in Article 12 : « *Modalités d'exécution* » : « *Les logiciels spécifiques dont le Client est titulaire des droits de propriété intellectuelle y afférents et listés en annexe (préciser le numéro d'annexe) restent la propriété exclusive du Client. Toutefois, le Client concède au Prestataire, à titre gratuit et pour toute la durée d'exploitation du Système informatique, le droit d'utiliser ces logiciels spécifiques aux seules fins de l'exécution des prestations au titre du Contrat.* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 7.

l'infogérance, en tout ou en partie selon les cas, sous forme de prêt, de location, ou même de vente. Le contrat le mentionnera expressément pour éviter toute ambiguïté.

De manière générale, pour que le prestataire puisse exercer sa mission et atteindre le résultat demandé, il nécessitera d'avoir toutes les licences nécessaires. La clause relative aux droits de propriété intellectuelle contenue dans le contrat d'outsourcing ne manquera pas de le préciser, ni de mentionner les conditions des licences, leur prix et leur durée, ainsi que la liste des progiciels et logiciels concernés.¹ L'existence des développements informatiques en cours sera également indiquée. C'est ainsi que dans un contrat d'outsourcing, la disposition relative aux droits de propriété intellectuelle pourra être rédigée comme suit, afin de permettre au client d'utiliser librement les œuvres du prestataire : *« Le Prestataire cède au Client à titre exclusif, conformément à l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, au fur et à mesure de la réalisation de toute création réalisée au titre du présent Contrat, les droits de propriété intellectuelle y afférents, et notamment les droits de reproduction, représentation, adaptation, commercialisation et utilisation, et ce pour toute la durée de protection légale prévue par l'article L. 123-1 du Code précité et pour le monde entier. En conséquence, seul le Client sera habilité à utiliser, reproduire, adapter, modifier, diffuser et exploiter sous quelque forme et sous quelque support que ce soit, lesdites créations. Par ailleurs, le Prestataire devra apposer une mention de confidentialité et de propriété au profit du Client sur l'ensemble des documents et autres fournitures susvisées.*

La propriété corporelle de ces créations sera également transférée au Client au fur et à mesure de leur réalisation. »²

Il est également possible de prévoir une cession non exclusive de ces créations ou une simple licence d'utilisation, lorsque le prestataire souhaitera limiter les droits accordés au client et précariser sa situation. Tout dépendra de la nature des créations considérées

¹ Annexe n° 10 : Article 12.1 al. 1^{er} : « Progiciels et logiciels », in Article 12 : « Modalités d'exécution » : « La liste des progiciels existants permettant le traitement des données du Client figure en annexe (préciser le numéro d'annexe). Les progiciels seront mis à disposition du Prestataire, sous réserve de l'accord des éditeurs concernés », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 7.

² Annexe n° 10 : Article 20 : « Propriété intellectuelle », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 13.

et de l'importance de l'intérêt qu'elles représentent pour lui. La même situation sera observée lorsque le client accordera certains droits sur les créations dont il est titulaire.

634. Enfin, lors de l'externalisation d'un système, la communication des bases de données qui y sont contenues peut s'effectuer. Il s'agit alors de respecter les droits de propriété intellectuelle sur la forme et la structure de ces bases, à condition que celles-ci soient originales¹, et de protéger l'investissement réalisé par un droit *sui generis* (voir Première Partie, Titre I, Chapitre II). Seront protégés les droits du bénéficiaire de l'outsourcing sur les bases qu'il détient avant de s'engager dans le cadre de l'infogérance : il pourra en octroyer certains au prestataire par le biais d'une licence d'utilisation, et en interdire d'autres (art. L. 342-1 CPI). Le contrat d'outsourcing ne manquera pas de préciser l'étendue des droits de chaque partie, et veillera à protéger les intérêts du prestataire s'il est l'auteur de bases dont il concède l'usage lors de la réversibilité.

Si certaines données sont nominatives, leur traitement devra respecter les dispositions de la loi informatique et libertés², en particulier l'obligation faite au propriétaire des fichiers d'en avertir la CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés)³ lors de leurs cessions et des traitements informatisés les concernant.⁴ Le contrat d'infogérance prendra soin de le préciser, d'indiquer que ces données restent la propriété de la partie visée⁵, et que leur exploitation ne pourra se faire que pour les besoins de la prestation.⁶ Le prestataire sera tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour les préserver, notamment contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte, l'altération, la diffusion, ou l'accès non autorisés dans le cadre de la transmission dans un réseau...

¹ *Droits d'auteur et droits voisins*, X. Linant de Bellefonds, Dalloz, 2002, n° 283 et s.

² Dans ce sens, voir : Annexe n° 10 : Article 24 : « *Données à caractère personnel* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 14.

³ La CNIL est une autorité administrative indépendante instituée par l'art. 6 de la loi Informatique et Libertés.

⁴ Art. 16 de la loi n° 78-17 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite « *Loi informatique et libertés* ».

⁵ Annexe n° 10 : Article 12.2 al. 1^{er} : « *Fichiers et mise à disposition des traitements* », in Article 12 : « *Modalités d'exécution* » : « *Les fichiers de données et tout document ou toute information remis par le Client au Prestataire pour être traités au titre du Contrat ainsi que ceux résultant des traitements effectués par le Prestataire au titre du Contrat restent en toute circonstance la propriété exclusive du Client, y compris pour les modifications ou compléments qui pourraient y être apportés par le Prestataire.* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 7.

⁶ Annexe n° 10 : Article 24 al. 4 : « *Données à caractère personnel* », *Contrat d'infogérance*, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, éd. Lamy, juillet 2006, p. 14.

En résumé, chaque partie au contrat d'outsourcing conserve les droits de propriété intellectuelle lui appartenant préalablement à sa date d'effet. De plus, tous les aspects de la propriété intellectuelle touchant la prestation doivent être anticipés et réglés afin que celle-ci se déroule sans difficulté et que la mise en œuvre de la réversibilité ne se heurte pas à des complications à ce titre.

F) Le risque de requalification du contrat d'outsourcing en délit de prêt de main d'œuvre illicite ou en délit de marchandage

L'infogérance n'est pas sans poser quelques difficultés au niveau du droit du travail, en raison de la présence de salariés du prestataire sur le site du client pour mener à bien la mission d'externalisation (1). Le risque de requalification en délit de prêt de main d'œuvre ou en délit de marchandage n'est alors pas très loin, ce qui impose le respect de quelques règles de rédaction du contrat pour éviter les situations délictueuses (2).

1) Position du problème

635. Les entreprises qui recourent à l'outsourcing pour se consacrer davantage à leur activité principale confient à un prestataire la réalisation de leurs fonctions comme l'informatique. Afin de mener à bien sa mission, le prestataire mettra parfois « à leur disposition » certains de ses salariés¹, avec les conséquences que cela implique au niveau du droit du travail. En effet, si ses salariés ont pour mission de gérer le système informatique du client, que ce soit sur le site de celui-ci ou celui du prestataire, ils restent juridiquement rattachés à leur employeur, ledit prestataire, qui dispose des pouvoirs de direction, de contrôle et de discipline à leur égard, et demeurent subordonnés à lui, en vertu de leurs contrats de travail. Une telle situation ne saurait changer du fait de l'externalisation.

Cependant, il arrive que lorsque les salariés du prestataire travaillent sur le site du client, des difficultés surviennent. Car, ils sont soumis aux mêmes « règles de vie » en entreprise que les salariés dudit client, desquels il est difficile de les distinguer. Or, il est primordial de distinguer les deux groupes pour éviter la requalification de l'outsourcing

¹ Il ne s'agit pas ici d'un contrat de mise à disposition classique, contrat de prestation de services qui lie une agence d'intérim (entreprise de travail temporaire) et une entreprise utilisatrice pour l'accomplissement d'une mission par un travailleur temporaire au profit de cette dernière.

en délit de prêt de main d'œuvre illicite ou de marchandage, respectivement prévus par les articles L. 8241-1 et L. 8231-1 du Nouveau Code du travail¹, pratiques illicites entrant dans le cadre du travail illégal ou de la dissimulation d'emploi salarié.

636. Le premier délit consiste à effectuer une opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre, et notamment effectuée hors du cadre légal des dispositions relatives au travail temporaire, et qui porte atteinte, la plupart du temps, au monopole² du travail temporaire. Un tel prêt de main d'œuvre est payant : il donne lieu à la facturation d'une marge au profit du « prêteur » et au mépris des dispositions précitées. Quant au second, il s'agit également d'une opération à but lucratif de fourniture de main d'œuvre, mais causant un préjudice au salarié concerné, ou qui a pour objectif d'éluder l'application des règles du droit du travail. Ici, le salarié perd des avantages par rapport à ceux placés dans la même situation que lui, c'est-à-dire les salariés de l'entreprise cliente. Cette dernière « profitant » alors d'une main d'œuvre.

A travers ces deux délits, le Code du travail pose comme principe que la simple location de main d'œuvre est interdite en dehors des cas réglementés tels que celui du travail temporaire. Le délit de prêt de main d'œuvre illicite concerne surtout les entreprises de travail temporaire qui recourent à certaines pratiques douteuses, et vise les entrepreneurs qui « détournent » les finalités de leurs contrats d'entreprise en mettant certains de leurs salariés à disposition de leurs clients, salariés qui seront en réalité « traités » comme les salariés du client, puisque par exemple, utiliseront ses moyens et ses outils pour accomplir leur mission, travailleront selon les mêmes horaires... Ces délits sont difficiles à distinguer : « *si le délit de marchandage est constitué, le délit du prêt lucratif de main d'œuvre l'est également et vice versa.* »³ Pour certains auteurs, ils sont identiques, comme jumeaux, se confondent, et ne sont que « *deux variétés peu différenciées de la prestation de main d'œuvre qui n'ont pas lieu d'être distinguées*

¹ Art. L. 8241-1 alinéa 1^{er} du Nouveau Code du travail : « **Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre est interdite.** » A contrario : « *Les opérations de prêt de main d'œuvre à but non lucratif sont autorisées.* » (art. L 8241-2 alinéa 1^{er} du Code du travail) (art. L. 125-3 al. 1^{er} de l'Ancien Code du travail).

Art. L 8231-1 du Nouveau Code du travail : « **Le marchandage, défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail, est interdit.** » (art. L. 125-1 al. 1^{er} de l'Ancien Code du travail)

² Art. L. 1251-2 du Nouveau Code du travail : « *Est un entrepreneur de travail temporaire, toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive est de mettre à la disposition temporaire d'entreprises utilisatrices des salariés qu'en fonction d'une qualification convenue elle recrute et rémunère à cet effet.* »

³ Lamy Informatique et Réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, n° 3300, p. 1910.

quand on les considère sous l'angle pénal »¹, les mêmes sanctions pénales étant encourues à chaque fois.

En commettant ces délits, les entreprises litigieuses souhaitent limiter leurs charges sociales, augmenter leur flexibilité, et être plus compétitives par rapport à la concurrence. D'où, le recours à des prestataires qui fournissent du personnel en fonction des besoins, et indépendamment du cadre du travail temporaire.²

Si un salarié est mis à la disposition d'une entreprise par l'intermédiaire d'une entreprise de travail temporaire, deux contrats seront signés : un contrat de mise à disposition entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice³, et un contrat de travail entre le salarié et l'entreprise de travail temporaire. Le recours à un salarié d'une entreprise de travail temporaire ne sera possible que s'il s'agit d'effectuer des tâches non durables dans l'un des cas suivants : le remplacement d'un salarié absent, l'accroissement temporaire d'activité, les emplois saisonniers ou, par usage, temporaires.⁴ De tels salariés sont placés sous la subordination juridique de l'entreprise de travail temporaire. En revanche, ils n'ont qu'un lien de fait avec l'entreprise utilisatrice, lien qui ne devient juridique que si lesdits salariés sont embauchés par celle-ci. Ainsi, l'opération de prêt de main d'œuvre n'est pas en soi illicite : elle peut être licite (art. L. 8241-1 al. 2 Nouveau Code du travail) si certaines conditions sont réunies : le « prêt » de main d'œuvre doit avoir lieu pendant une période déterminée, et doit concerner un nombre précis de salariés. Il doit être occasionnel pour le « prêteur », c'est-à-dire non exclusif, et ne doit pas poursuivre un but lucratif. Un prêt non exclusif implique qu'il soit l'accessoire d'une prestation de services et qu'il ne soit pas rémunéré

¹ *Pour un nouveau concept pénal du marchandage ou « trafic de main d'œuvre »*, Y. Chalaron, Dr. soc., 1980, p. 507.

² Notons que pour avoir la qualité d'entreprise de travail temporaire, il faut répondre aux conditions prévues par la loi, et notamment l'art. L. 1251-2 du Nouveau Code du travail, outre l'accomplissement de certaines formalités administratives, et exercer une activité d'entrepreneur de travail temporaire à titre exclusif, c'est-à-dire être **spécialisé dans le travail temporaire**. Car, tout prêt ou toute fourniture de main d'œuvre à but lucratif qui serait réalisé par des entreprises dépourvues de l'autorisation d'exercer en tant qu'entreprise de travail temporaire sera sanctionné pénalement au titre de l'exercice illicite du travail temporaire (cf. : art. L. 1254-1 du Nouveau Code du travail).

³ Dans le cas de l'intérim, l'entreprise utilisatrice fait appel à une entreprise de travail temporaire afin qu'elle mette à sa disposition un travailleur intérimaire. L'entreprise utilisatrice signe un contrat de mise à disposition avec l'entreprise de travail temporaire, tandis que le travailleur intérimaire signe un contrat de mission avec l'entreprise de travail temporaire. L'intérimaire est salarié de cette dernière, et en aucun cas de l'entreprise utilisatrice.

⁴ Autrement dit, il s'agit des cas de recours au contrat de travail à durée déterminée : Loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires, J.O.R.F. n° 162 du 14 juillet 1990, p. 8322.

en tant que tel. A défaut, des sanctions sont prévues au titre du délit de prêt de main d'œuvre illicite (art. L. 8241-1 al. 1^{er} Nouveau Code du travail), et si une entreprise de travail temporaire est visée, elles le seront tant à l'encontre du responsable de cette entreprise que de celui de l'entreprise utilisatrice, qui sera poursuivi comme complice ou coauteur. Car, il doit s'assurer de la licéité des prêts de main d'œuvre dont sa société est bénéficiaire.

637. Pour les deux infractions, prêt de main d'œuvre illicite et délit de marchandage, l'élément matériel à considérer est le but lucratif ; il n'est pas nécessaire de prouver l'élément moral constitué par une intention de nuire. En revanche, tout préjudice ou tout contournement de la loi doit être relevé.

S'agissant de l'élément matériel, il sera notamment constitué dès lors que l'entreprise qui met à disposition de la main d'œuvre à une entreprise utilisatrice percevra des sommes autres que celles traditionnellement versées dans un tel contexte, à savoir le remboursement des salaires et des charges sociales correspondantes. Un tel contrat sera considéré comme lucratif et, par conséquent, illicite. Mais, dans la pratique, il n'est pas évident de séparer un tel but lucratif de l'activité économique de l'entreprise dont l'objectif est de faire des bénéfices.

La jurisprudence considère notamment que le but lucratif est caractérisé -et donc qu'il y a délit de marchandage- dès lors que celui qui recourt à une telle main d'œuvre n'a pas eu à supporter les charges qui auraient été les siennes s'il avait employé directement les salariés.¹ Un préjudice au(x) salarié(s) doit être observé tel qu'un préjudice financier, ou le fait de ne pas bénéficier d'un ou de plusieurs avantages sociaux qu'auront les salariés de l'entreprise cliente. Est ainsi retenu le délit de marchandage lorsqu'une sous-traitance ou une prestation de services dissimule en réalité une simple fourniture de main d'œuvre.

La jurisprudence admet également qu'une entreprise de travail temporaire et une entreprise utilisatrice puissent être coauteurs du délit de marchandage dès lors que, « *sous couvert de contrats successifs de mise à disposition, les mêmes salariés se trouvaient occupés à des tâches permanentes* ». ² Dans ces circonstances, les contrats

¹ Cass. crim., 23 mars 1993, CSB 1993, 185.

² Cass. crim., 22 mars 1983, n° 82-91-726.

des salariés doivent être requalifiés en véritables contrats de travail avec pour employeur, l'entreprise utilisatrice. L'opération litigieuse poursuit bien un but lucratif et les salariés visés subissent un préjudice.

Quant au délit de prêt de main d'œuvre illicite, il nécessite la présence d'un second élément matériel : l'exclusivité. Cela signifie que l'opération doit avoir pour seul objet le prêt de main d'œuvre. L'exclusivité permet de ne pas remettre en cause des opérations valables de sous-traitance ou d'assistance technique, dès lors que des prestations autres accompagnent le prêt de main d'œuvre. Pour déterminer si l'infraction est constituée, les juges analyseront plusieurs éléments tels que la situation dans laquelle est placé le personnel prêté, les obligations du prestataire, l'entreprise qui fournit les moyens matériels pour accomplir les tâches de travail, la rémunération versée... Pour ce dernier élément, la jurisprudence retiendra que le délit est constitué si les salariés sont payés en fonction du nombre d'heures effectué. En revanche, si le prix indiqué au contrat de sous-traitance ou au contrat d'assistance technique est un forfait, le délit ne sera pas caractérisé. Le délit de prêt de main d'œuvre illicite concernera donc, soit les entreprises de travail temporaire qui ne respectent pas la loi, soit les opérations qui se présentent comme de la sous-traitance ou une prestation de services, mais effectuées en réalité par de la main d'œuvre placée sous l'autorité d'un prétendu donneur d'ordre. Pour que le litige ne soit pas constitué, le savoir-faire spécifique prêté doit être distinct de celui des salariés de l'entreprise utilisatrice.¹

Mais, il existe des dérogations légales à l'interdiction de mettre à disposition des entreprises des salariés, notamment dans le cadre des groupements d'employeurs, ou encore des entreprises d'insertion. En dehors de ces cas expressément visés, il n'est pas possible de mettre à disposition des salariés, au risque d'encourir la requalification en délit de prêt de main d'œuvre ou de marchandage. Les opérations d'externalisation sont souvent exposées et confrontées à ce problème.

638. Dans tous les cas, s'agissant du délit de prêt de main d'œuvre illicite, un personnel est mis à la disposition d'une entreprise, mais dans un cadre illicite, puisqu'en réalité, les emplois sont « extériorisés », c'est-à-dire que les salariés visés sont « prêtés » à une entreprise, passant de la subordination de l'employeur initial à la

¹ Cass. crim., 3 mai 1994, RJS 10/94, n° 1224.

subordination d'un « nouvel » employeur. Leurs conditions de travail et leur régime juridique sont modifiés. En d'autres termes, de la main d'œuvre est fournie à un tiers pour les nécessités d'une mission, mais hors de tout cadre légal. Une telle main d'œuvre exploitée crée une situation condamnable qui autorise une action judiciaire, à la fois contre celui qui met à la disposition d'un tiers une main d'œuvre -le fournisseur ou loueur de main d'œuvre- et celui qui « utilise » cette main d'œuvre et que l'on appelle utilisateur, considéré comme co-auteur ou complice selon les cas. Tous deux sont susceptibles d'être condamnés solidairement.¹ Les personnes morales peuvent être également déclarées pénalement responsables des délits de marchandage et de prêt illicite de main d'œuvre (art. L. 8234-2 du Nouveau Code du travail pour le délit de marchandage et art. L.8243-2 du Nouveau Code du travail pour le délit de prêt illicite de main d'œuvre).

Parmi les critères de l'illicéité retenus pour le prêt de main d'œuvre, doivent être mentionnés la rémunération horaire et le transfert de l'autorité et de la responsabilité de l'entreprise qui « prête » les salariés vers l'entreprise utilisatrice. Pour ce dernier élément, cela suppose que l'entreprise utilisatrice devienne le « véritable » employeur des salariés visés avec les pouvoirs qui en découlent. Si l'entreprise utilisatrice fournit également tout le matériel et les équipements nécessaires à la réalisation des tâches, il n'y a plus aucun doute sur la constitution d'une atteinte au droit pénal du travail.

639. C'est pourquoi, il est primordial que le contrat d'outsourcing soit clair sur le statut des salariés travaillant sur le site de l'entreprise cliente. Car, la moindre ambiguïté pourrait conduire à des poursuites judiciaires. En d'autres termes, les salariés du client doivent être impérativement distingués des salariés du prestataire travaillant temporairement sur le site dudit client pour les besoins de l'externalisation. Bien qu'ils doivent respecter les règles de vie en entreprise du client, ils restent placés sous les ordres de leur employeur, le prestataire, seul habilité à leur donner des directives pour l'exécution de la prestation d'outsourcing, à définir leurs horaires de travail, et à gérer leurs congés, absences et autres droits sociaux. Ils se distingueront des salariés de l'entreprise cliente dans la mesure où ils en seront totalement étrangers.² Il arrive que le client confonde les deux groupes de salariés, et qu'il les considère tous comme ses

¹ Cass. soc., 4 avril 1990, Droit ouvrier, mars-avril 1981.

² *Le contrat de Facilities Management*, F. Dupuis-Toubol et F. Vergne, JCP éd. E, 1993, I, n° 9-10, chron. n° 225, p. 111 ; DIT 1993, n° 1, p. 8-15.

propres salariés, au risque de constituer les délits de marchandage et de prêt illicite de main d'œuvre. C'est pourquoi, l'externalisation doit être organisée avec soin, dans le respect du droit du travail : à défaut, elle pourrait être remise en cause. Le contrat d'outsourcing devra alors être précis et rappeler que les salariés du prestataire demeurent sous sa subordination et son contrôle, et que l'exécution de leur contrat de travail ainsi que la mise en œuvre de leurs droits sociaux relèvent également de lui seul.

2) Règles de rédaction du contrat d'outsourcing pour éviter les qualifications malencontreuses

640. Pour éviter le destin funeste réservé aux situations délictuelles de marchandage ou de prêt de main d'œuvre illicite, les contrats d'outsourcing devront obéir à des règles strictes de rédaction : clarté et précision seront les maîtres-mots et aucune ambiguïté quant au statut des salariés du prestataire ne saura tolérée, ni même suggérée. A défaut, les deux parties risquent de le payer très cher aux niveaux civil et pénal. Sur le plan civil, le contrat risque d'être annulé comme contraire à l'ordre public, tandis que sur le plan pénal, la société bénéficiaire du prêt de main d'œuvre pourrait être considérée comme co-auteur du délit et condamnée à ce titre.

C'est pourquoi, le contrat ne devra pas mentionner des éléments susceptibles de laisser penser que la situation des salariés est litigieuse au regard du droit du travail. Parmi ces éléments, figurent l'encadrement de la réalisation de la prestation d'outsourcing par le client, et la rémunération des salariés du prestataire calculée en fonction des heures effectuées sur le site du client. Mais, d'emblée, il est impératif de ne jamais écrire que le contrat est un « contrat de mise à disposition de personnel ». Cette expression ne devra pas non plus être utilisée verbalement, lors des négociations, au risque de laisser s'installer une situation inexacte.

641. En premier lieu, les salariés du prestataire doivent rester sous sa direction, son contrôle et son autorité directe et exclusive, et doivent continuer à être encadrés par lui, quel que soit le lieu d'exécution de leur mission. Car, il s'agit d'une simple mise à disposition de salariés et non de transfert définitif de salariés et de leurs contrats de travail. En d'autres termes, les contrats de travail ne sont pas cédés ; il ne saurait non plus être question de reprise de contrats de travail ou d'une quelconque hypothèse

prévue par l'article L. 1224-1 du Nouveau Code du travail (ancien art. L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail).¹

Si, en revanche, le personnel du prestataire reçoit des instructions du client qui l'encadre, qui contrôle lui-même le suivi de l'outsourcing et définit les tâches et leurs lieux d'exécution, le délit de marchandage sera constitué. Le prestataire doit garder la maîtrise de son personnel, par exemple, en le surveillant ou en le contrôlant sur le site du client, si la prestation y est effectuée. Si possible, sera mise en place une autorité hiérarchique du prestataire chez le client, et il faudra préciser au contrat qu'il est interdit au client de donner des directives particulières, sur l'organisation du travail et les horaires des salariés. Tout doit être mis en œuvre pour que le prêt de main d'œuvre demeure l'accessoire de la prestation d'externalisation.

Il est recommandé de préciser au contrat d'outsourcing que le personnel du prestataire reste sous son autorité hiérarchique, quel que soit le lieu de réalisation de la prestation, que l'encadrement et le contrôle de l'exécution de la prestation relève du seul prestataire, et que les salariés sont placés sous sa seule responsabilité. En effet, si les pouvoirs de contrôle et de direction appartiennent au seul prestataire, cela laissera supposer qu'il est l'unique employeur reconnu par la loi. Il ne saurait y avoir de confusion hiérarchique entre les cocontractants : le contrat doit le rappeler.

Quant aux tâches incombant au personnel affecté à l'externalisation sur le site du client, elles devront être clairement définies au contrat d'outsourcing et devront pouvoir être distinguées par rapport à ce qui constitue l'activité de l'entreprise dudit client. Il doit s'agir d'une véritable prestation de services, en l'occurrence d'outsourcing, et non d'un simple prêt de main d'œuvre. Est prohibée toute prestation floue, non distincte de l'activité régulière de l'entreprise cliente.

642. En second lieu, s'agissant de la rémunération des salariés du prestataire, elle doit être forfaitaire² et non définie sur la base du nombre d'heures effectuées chez l'entreprise cliente et en fonction de la durée de mise à disposition, du nombre et de la

¹ « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société de l'entreprise, **tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.** ».

² Peu importe que ce forfait soit calculé sur la base d'un coût horaire journalier ou mensuel.

qualification des salariés du prestataire (coût horaire, temps passé, jour/heure). Le terme « forfaitaire » doit être expressément mentionné et il faut éviter le terme « régie » qui peut porter à confusion. Autrement dit, le prix facturé à l'entreprise bénéficiaire de l'outsourcing ne devra pas être mentionné comme rémunérant la fourniture de main d'œuvre, sinon comme rémunérant la réalisation d'une prestation bien définie. Le contrat d'outsourcing devra donc dissocier le coût de la prestation globale du coût de la main d'œuvre affectée à la mission d'externalisation et rémunérée en tant que salarié.

Si la comparaison du bulletin de paie du salarié et de la facture du prestataire délivrée au client fait apparaître une marge bénéficiaire, le délit sera qualifié. Car, la rémunération selon le nombre d'heures effectuées équivaldrait à une rémunération en tant que salarié du client et non en tant que salariés du prestataire extérieur. Un tel critère est fondamental pour remettre en cause la situation de salariés et la faire tomber sous la qualification de délit de prêt de main d'œuvre illicite ou de délit de marchandage.

Ainsi, le but lucratif d'une opération de prêt de main d'œuvre est certain et constitue le délit si le travail exécuté par les salariés d'une société (par exemple, du prestataire) pour une autre société (par exemple, du bénéficiaire de l'outsourcing) est facturé en fonction du temps passé. Le but d'une telle opération étant d'éviter de recruter des techniciens supplémentaires.¹

Il est également recommandé d'indiquer au contrat d'outsourcing une durée déterminée à la « mise à disposition du personnel » pour éviter tous litiges ultérieurs. Car, si aucune durée n'est prévue, cela laissera supposer que les salariés sont mis à la disposition du client pour une durée indéterminée et que leurs contrats doivent être requalifiés en contrat de travail avec pour employeur, le bénéficiaire de l'outsourcing. Mentionner une durée limitée permet de déterminer que les salariés du prestataire sont mis à disposition du client pour effectuer leur mission d'externalisation. Au-delà, il faut requalifier le contrat. Il est même conseillé au prestataire d'établir des fiches de missions pour les salariés affectés sur le site du client. Elles indiqueront les tâches à accomplir ainsi que la durée de leur mission. Chaque salarié ayant ses propres fiches, sa situation sera

¹ Cass. crim., 16 mai 2000, pourvoi n° 99-85.485 : arrêt de rejet (<http://www.editions-tissot.fr/droit-travail/jurisprudence-sociale-fiche.aspx?occlId=239&op=1&onglet=3#ixzzl50a3sy2P>).

individualisée et non englobée dans un ensemble plus vaste prêtant à confusion et suscitant une situation délictuelle.

643. En troisième lieu, pour prouver que les salariés du prestataire ne sont pas dans une situation à la limite de la légalité, certains éléments seront relevés tels que l'utilisation de techniques et d'un savoir-faire propres au prestataire. Le contrat mentionnera alors l'existence d'un savoir-faire appartenant au prestataire, ainsi que la liste des apports matériels effectués par le bénéficiaire de l'outsourcing pour réaliser la prestation. A ce titre, sera précisée l'origine du matériel utilisé par les salariés du prestataire pour accomplir leur mission, afin que la distinction soit bien effectuée entre ce qui appartient au prestataire et ce qui appartient au client.

L'utilisation par les salariés des méthodes de travail, des outils et des moyens de leur employeur, démontre leur indépendance par rapport au bénéficiaire de l'infogérance, s'agissant de l'exécution de leur mission. A l'inverse, si ce bénéficiaire fournit au personnel du prestataire tout ce dont il a besoin pour réaliser l'outsourcing, il paraîtra son employeur dont le rôle est notamment de mettre à la disposition de ses salariés tous les moyens et outils pour remplir leur mission telle qu'elle relève de leur contrat de travail.

De même, si le prestataire prouve que le contrat d'outsourcing n'a pas pour objet exclusif la mise à disposition de son personnel au profit de l'entreprise cliente, la qualification en délit de prêt illicite de main d'œuvre ou en délit de marchandage sera évitée. Autrement dit, le fait pour le personnel du prestataire d'effectuer plusieurs missions auprès de différentes entreprises est un argument de poids pour établir qu'il n'est pas « rattaché » à une seule entreprise. A défaut, cela créerait l'apparence d'un employeur unique et donnerait le statut de salariés au personnel du prestataire. En effet, si ce personnel travaille pour la même entreprise depuis plusieurs années, cela laissera supposer qu'il est son salarié, et donc que le délit de marchandage est constitué. Ce dernier sera encore observé lorsque le personnel du prestataire exécutera la totalité de sa mission dans les locaux de l'entreprise cliente et sera soumis à des horaires identiques à ceux du personnel de cette entreprise, horaires mentionnés notamment dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans des notes affichés dans des emplacements spécialement prévus à cet effet. Car, dans cette hypothèse, le personnel du prestataire

suit les mêmes règles d'organisation du travail que les autres salariés, et est dès lors placé sous l'autorité de l'entreprise cliente. C'est pourquoi, les contrats d'outsourcing se doivent d'être clairs sur ce point et de préciser que les salariés du prestataire employés pour réaliser la mission d'externalisation respecteront les horaires édictés par ledit prestataire, et devront par exemple porter un badge mentionnant qu'ils travaillent pour telle société ou qu'ils sont simplement « visiteurs ».

644. De manière générale, le contrat d'outsourcing ne devra contenir aucun élément laissant entendre que les salariés du prestataire sont subordonnés au client. Si le personnel du prestataire doit utiliser les outils et équipements du client pour accomplir sa mission, le contrat d'outsourcing devra le préciser en prenant soin de lister ces moyens ; il en est de même s'il doit revêtir une tenue identique à celle des autres salariés. Cela permet de clarifier les choses puisqu'il sera alors impossible de distinguer les deux catégories de salariés. Ce lien persistera d'autant plus que seront pris en charge, de façon permanente et continue par le prestataire, les versements des salaires du personnel affecté à la mission d'outsourcing, ainsi que des charges sociales aux organismes concernés.

Enfin, l'entreprise cliente ne doit prévoir aucune période d'essai pour le personnel du prestataire, dans la mesure où celui-ci en a déjà effectué une dans le cadre de son contrat de travail. Si l'entreprise n'est pas satisfaite du travail accompli par ce personnel, elle pourra toujours en référer au prestataire qui prendra la décision qui s'impose, comme le « reprendre » et en mettre un autre à la disposition du client. Mais, en aucun cas, elle ne pourra le licencier ou le sanctionner : de telles prérogatives ne sont réservées qu'au seul employeur, en l'occurrence, le prestataire.

645. La situation se complique lorsque la prestation externalisée est effectuée par des équipes mixtes, c'est-à-dire constituées à la fois de salariés de l'entreprise du client et de salariés de celle du prestataire, et lorsqu'elle est encadrée par ce dernier. Chacun des groupes restera placé sous la subordination hiérarchique de son employeur, prestataire pour les uns, et client pour les autres, même s'il n'est pas évident de déterminer où s'arrête concrètement cette séparation. Car, le déroulement de la prestation a lieu sous les auspices du prestataire, lui donnant l'apparence d'être l'employeur pour tous. D'où, la difficulté de soutenir l'idée que le prestataire n'a aucun lien avec les salariés de

l'entreprise cliente. S'il n'est pas leur employeur sur le papier, il en exerce certaines de ses prérogatives, ce qui modifie la donne. Par conséquent, certaines situations peuvent être à la limite du délit de marchandage, à moins de transférer les contrats de travail vers le prestataire.

646. Afin d'éviter toute situation délictueuse, le contrat d'outsourcing recensera des éléments précis tels que la mission du prestataire, les tâches à effectuer (dans les grandes lignes), ses compétences, par opposition à celles du client. Toute ambiguïté quant à leur rôle sera ainsi éliminée. A cela, s'ajouteront tous les éléments permettant de distinguer les salariés du prestataire et ceux du client, sans qu'il soit nécessaire de consulter leur contrat individuel de travail. En particulier, le contrat d'outsourcing rappellera qu'ils ont des statuts différents, ce qui implique une différence de traitements. En un mot, sera évacuée toute référence au prêt de main d'œuvre, et les parties veilleront à ce que l'opération d'externalisation ne constitue pas le moyen de détourner les dispositions protectrices du droit du travail. C'est la seule solution pour se prémunir contre tout risque de requalification en délit.

Conclusion

647. Plus qu'un contrat de services, l'outsourcing apparaît comme un véritable partenariat, mais un partenariat complexe qui doit être juridiquement encadré avec cohérence et intelligence. Car, il organise une opération stratégique pour l'entreprise qui décide de gérer différemment son informatique. Dès lors, après la rédaction du cahier des charges et la réalisation d'audits, le contrat ne saurait être standard, sinon sur-mesure, pour tenir compte des particularités de la situation et de ce qui est envisagé concrètement. Plusieurs éléments s'efforçant de guider sa rédaction. De l'analyse exhaustive des contrats d'externalisation réalisée dans les développements précédents, il en résulte qu'ils sont essentiels pour une entreprise qui souhaite se consacrer exclusivement à son cœur de métier. Les projets d'infogérance révèlent ainsi un choix mûrement réfléchi, notamment sur ce que l'entreprise attend de la relation contractuelle. L'intérêt étant de s'affirmer sur le marché et d'utiliser l'outsourcing comme un outil de développement stratégique.

648. En décidant de recourir à l'externalisation, une entreprise fait le choix d'un investissement sur son système d'information sur le long terme, et opte pour une prestation sophistiquée. L'opération est juridiquement intéressante car, concerne différents domaines du droit tels que le droit des obligations, le droit des technologies de l'information et de la communication, le droit de la propriété intellectuelle, le droit social, le droit pénal... Il est alors difficile d'en appréhender les tenants et aboutissants sans le recul de l'expérience, ce qui est le cas pour la plupart des entreprises qui se lancent dans l'outsourcing, parfois de façon précipitée. Aussi, il est nécessaire de faire la part des choses et d'évaluer ses besoins réels. Car, une prestation et des exigences mal définis aboutissent à un échec cuisant, que la pratique révèle très fréquent. Quant au contrat lui-même, ses dispositions devront être négociées et rédigées avec soin, dans un souci de protection des intérêts du client, surtout si l'on considère que la plupart du temps, elles sont source de déséquilibre contractuel au profit du prestataire et, par conséquent, source d'inégalité entre les parties.

649. Par ailleurs, l'entreprise prendra en considération son environnement, ainsi que le contexte économique actuel qui fait état d'une crise mondiale financière et économique non encore totalement résorbée, et qui a des conséquences sur les contrats

d'outsourcing, peu importe qu'ils soient nationaux ou internationaux, c'est-à-dire mettant en cause des partenaires d'horizons et de nationalités différentes. Afin de permettre l'application des contrats et de les adapter à une telle situation, une révision de certaines de ses stipulations s'impose. Cependant, il s'avère que le prestataire s'oppose souvent à une telle révision, ce qui a pour effet de faire perdre tout intérêt à l'égard de l'outsourcing. Or, des situations difficiles telles qu'une crise économique doivent pouvoir être le prétexte à la modification de certaines dispositions des contrats en cours.¹ Malheureusement, certains s'y montrent réticents, probablement parce que, d'une part, ne souhaitent pas revenir sur une situation contractuelle qui leur convient parfaitement, et cela, même s'ils ont conscience que désormais, les enjeux de leurs contrats ont changé ; et parce que, d'autre part, s'ils décident de les réviser, les négociations seront extrêmement difficiles.

650. Toutefois, pour remédier à l'instabilité créée par un tel contexte, les parties n'ont pas d'autre choix que de revoir les conditions de leurs contrats, dans les meilleurs délais, et de façon efficace. Car, le domaine de l'outsourcing exige que performance et qualité soient au rendez-vous, en toutes circonstances. L'adaptation à la situation à laquelle les parties sont confrontées sera alors couplée avec la nécessité de rééquilibrer raisonnablement leurs obligations respectives, dans un souci d'étroite collaboration et de bonne foi, afin de sauvegarder leurs intérêts. Il y va du succès de la prestation toute entière, du bon déroulement du contrat qui, rappelons-le, s'étend sur plusieurs années et, de façon générale, de la réussite du partenariat instauré. Dès lors, il est recommandé aux parties de s'ouvrir à des solutions innovantes et d'être réceptives aux possibilités offertes par les technologies. S'agissant du prestataire, il n'hésitera pas à proposer les prestations les plus complètes possible afin d'être le plus compétitif sur le marché de l'outsourcing, terrain d'une rude concurrence, malgré les contextes défavorables. Des stratégies employées, il en résultera un intérêt certain ainsi qu'une popularité grandissante à l'égard de l'infogérance.

¹ *Les contrats d'outsourcing en temps de crise : une approche internationale*, G. Cordier, J. Kennedy et M. Ritchie, CCE, Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, février 2009.

**Deuxième Partie : Les antidotes à la précarité et à l'inégalité des
contrats liés aux technologies issues du numérique**

651. Dans une première partie, il a été démontré que les contrats liés aux technologies issues du numérique, qu'ils portent sur des biens immatériels ou sur des prestations de services, présentaient des caractères qui pouvaient poser problème au sein d'une relation contractuelle. En effet, l'inégalité persistante entre les parties au détriment de la partie faible, a pour effet de créer un déséquilibre s'avérant juridiquement lourd de conséquences. Aussi, derrière des liens qui se forment de façon volontaire et spontanée se cachent une réalité d'adhésion, dans la mesure où l'une des parties n'est pas en mesure de négocier quoi que ce soit. D'où, la précarité à laquelle elle est confrontée et dont il est difficile de sortir.

652. C'est ainsi que des contrats aux objets aussi divers que les licences de logiciels, les licences d'utilisation des bases de données, les contrats de maintenance et les contrats d'outsourcing, révèlent des caractères « dérangeants » auxquels il est nécessaire de remédier pour permettre un contrat aux relations équilibrées, autrement dit plus justes. A cela, s'ajoute la nécessité de libérer les conventions de toute contrainte et d'abolir toute forme de précarité qui nuit toujours à la même partie, celle qualifiée de « faible ». Pour y parvenir, une dose de liberté combinée avec une pincée de gratuité constituent des ingrédients indispensables à l'élaboration de contrats plus égalitaires. Certains contrats faisant appel aux technologies de l'information et de la communication sont justement le résultat de ce mélange intelligent et offrent des solutions inédites.

653. Les licences de logiciels libres vont alors résoudre les problèmes engendrés par les licences de logiciels propriétaires, en instaurant liberté, égalité, partage et échange entre les parties. De plus, bien souvent, la gratuité sera de rigueur lorsque seront en jeu des logiciels libres, ce qui accentuera l'équilibre préexistant. De même, le contrat de référencement constituera un remède aux licences d'utilisation de bases de données, le premier permettant d'accéder à un large panel d'informations, de façon libre et gratuite, via des outils tels que les moteurs de recherche et les annuaires. L'accès à des bases de données devient alors plus facile et ouvert au plus grand nombre. Toutefois, une telle souplesse n'empêche pas la mise en place de règles de conduite à respecter, à la fois par les internautes, par les outils de référencement et par les sites indexés. La liberté connaît alors des limites et n'est pas incompatible avec le droit, plus rigoriste.

654. Quant aux mises à jour, elles constituent un antidote intéressant à la maintenance, qu'il s'agisse de mises à jour informatiques touchant logiciels et sites Internet, ou qu'il s'agisse de brevets de perfectionnement. En effet, ils sont plus souples que les contrats de maintenance et proposent des solutions intéressantes à moindre prix. Les avantages que les parties en tirent sont donc loin d'être négligeables.

655. Enfin, l'affiliation révèle un partenariat inédit entre un affilié et un affilié en vue de promouvoir le site du premier. Une telle collaboration n'a rien à voir avec celle que l'on retrouve en matière d'outsourcing où le professionnel de l'infogérance a souvent le dernier mot, profitant du fait qu'il est expert de solutions informatiques externalisées. Si dans le cadre de l'affiliation, la collaboration se fait de façon égale et chaque partie dispose de moyens qui lui sont propres, dans le cadre de l'outsourcing, le prestataire est susceptible d'utiliser les moyens techniques, humains, informatiques et logiciels de son cocontractant. Ce qui n'est pas sans conséquences juridiques, notamment sur le terrain de la propriété intellectuelle. De plus, si le contrat d'outsourcing a pour effet d'« externaliser » une prestation, dans le sens où les opérations effectuées par le prestataire sont souvent réalisées en dehors de « toute relation » avec le client, et parfois, à l'extérieur du site de ce dernier, dans le cadre de l'affiliation, les actes effectués par l'affilié ont pour effet de renvoyer directement vers le prestataire. D'une certaine façon, l'affilié et l'affilié sont donc plus « proches » que le prestataire de l'infogérance et son client, même si un troisième acteur va nécessairement intervenir : l'internaute qui conclura une transaction avec l'affilié, connu grâce au travail de promotion effectué par l'affilié. Ce dernier n'apparaissant au final que comme une sorte d'intermédiaire entre l'affilié et sa future clientèle désireuse d'acheter un bien ou d'obtenir la réalisation d'une prestation de services.

656. Par ailleurs, dans le cadre de l'affiliation, il existe une véritable collaboration entre les parties : la frontière entre partie forte et partie faible tend à s'estomper, leurs intérêts respectifs devenant quasi équivalents, puisque l'un bénéficie d'une publicité lui permettant d'attirer et de fidéliser des clients, tandis que l'autre perçoit une rémunération en contrepartie d'un service qui ne lui a presque rien coûté.

657. Dès lors, la liberté, l'égalité et l'équilibre vont remédier aux contraintes, à l'inégalité, à la précarité et au déséquilibre contractuel. Les licences de logiciels libres et

les contrats de référencement en seront ainsi une illustration intéressante comme antidotes respectifs aux licences de logiciels propriétaires et aux licences d'utilisation de bases de données (Titre I). De la même façon, les mises à jour et les contrats d'affiliation apporteront des solutions à la précarité et à l'inégalité qui règne au sein des contrats de maintenance et des contrats d'outsourcing (Titre II).

TITRE I : LIBERTE ET EGALITE CONTRACTUELLE

658. Les licences d'utilisation des logiciels libres apparaissent comme les remèdes aux licences de logiciels propriétaires, car véhiculent des valeurs positives telles que la liberté, l'égalité, la gratuité, l'échange et le partage. En particulier, la liberté est permanente tout au long de l'exécution du contrat et permet à l'utilisateur d'un logiciel libre de devenir à son tour auteur. Un tel mécanisme n'étant pas possible dans le cadre des autres types de licences, ce qui rend si particulières la GNU GPL –licence américaine- ou la CeCill -première licence française- qui seront largement étudiées dans les développements ci-après.

659. Toutefois, la liberté doit être nuancée dans la mesure où les licences libres demeurent encadrées par le droit, en particulier par le droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, la liberté reste surveillée. C'est sans compter l'existence de certaines contraintes qui affectent ces conventions et qu'il n'est pas toujours aisé de lever.

660. Quant aux contrats de référencement, ils instaurent une certaine égalité entre les parties ainsi qu'un équilibre contractuel, ce qui permet de les considérer comme de véritables antidotes aux licences d'utilisation des bases de données. Les moteurs de recherche et les annuaires, instruments mis en œuvre dans le cadre de la recherche d'informations sur Internet, y contribuent grandement.

661. C'est alors logiquement que dans un premier temps, seront étudiées les licences d'utilisation de logiciels libres (Chapitre I), puis dans un second temps, les contrats de référencement (Chapitre II).

Chapitre I : L'antidote aux licences de logiciels : Les licences de logiciels libres

Introduction

662. Avant de rentrer dans le vif du sujet, il est nécessaire de définir la notion de logiciel libre qui, bien que comporte le terme de logiciel, n'a rien à voir avec un logiciel spécifique ou standard dont l'étude a largement été effectuée dans le cadre d'un précédent chapitre (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I). Certes, un logiciel libre est avant tout un logiciel, c'est-à-dire « *l'ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données.* »¹ Cependant, le terme « libre » qui lui est associé lui donne un sens particulier, et peut soulever des ambiguïtés associées à des incertitudes qui méritent d'être soulignées. Afin de faire la distinction entre logiciels libres et logiciels spécifiques ou standards, il sera judicieux de désigner ces derniers par le terme de logiciels « propriétaires », même si à notre sens, ce terme n'est pas le plus approprié, dans la mesure où une personne n'acquiert jamais la propriété entière d'un logiciel, sinon quelques droits et prérogatives.

663. Les logiciels libres ou « *free software* » en anglais, sont des programmes d'ordinateur protégés par le droit d'auteur comme tout autre logiciel, et pouvant faire l'objet d'une utilisation, d'une reproduction, d'une diffusion, d'une distribution, et d'une modification, selon les termes d'une licence-type², à titre gratuit, mais également parfois à titre onéreux. Certains auteurs définissent le logiciel libre comme celui « *dont le code source peut être librement exécuté et modifié par la communauté des utilisateurs, à charge pour chaque utilisateur de faire bénéficier les autres utilisateurs des modifications et améliorations en communiquant les codes sources correspondant.* »³

¹ Arrêté ministériel du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire informatique, J.O.R.F. du 17 janvier 1982, p. 624.

² *Le logiciel libre : une nouvelle approche de la propriété intellectuelle*, N. Jullien et J.-B. Zimmermann, Revue d'économie industrielle, Groupement de Recherche en Economie Quantitative d'Aix-Marseille, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Universités d'Aix-Marseille II et III, 2002/99, p. 159 s.

³ *Licences de logiciels libres et risques juridiques*, P. Gaudillère, CCE n° 4, avril 2005, étude n° 16, p. 22-23.

Car, la liberté n'implique pas forcément la gratuité. Si un logiciel libre est souvent gratuit, accessible sur Internet sur des sites spécialisés, il ne s'agit pas d'une règle : son utilisation est parfois payante. Nous reviendrons ultérieurement plus en détails sur ce point. Certains auteurs préfèrent -à raison- utiliser l'expression de logiciel « ouvert »¹ à celle de logiciel libre car, est plus significative, et surtout, illustre davantage sa situation réelle, à savoir celle d'un logiciel dont le code source est mis à la disposition de tous. Ainsi, un logiciel est dit « libre » parce que son code source est ouvert et, par conséquent, permet à toute personne d'y accéder et de le modifier, afin de l'adapter aux besoins de son utilisation, et de le redistribuer éventuellement. Toutefois, un tel logiciel n'est pas susceptible d'appropriation ou de réservation. De plus, il faut préciser que le logiciel libre fait l'objet d'une confusion avec d'autres catégories de logiciels qui diffèrent selon qu'ils autorisent ou non l'accès au code source, et qu'il convient d'évacuer.

664. En premier lieu, les logiciels du domaine public appartiennent au domaine public parce que leur auteur en a décidé ainsi. Il ne s'agit aucunement de logiciels libres : ils appartiennent à tous. Leur durée légale de protection, à savoir soixante-dix ans à compter de la publication du logiciel, a expiré ou leur auteur a volontairement abandonné leurs droits d'exploitation, hypothèse plutôt rare dans la pratique, pour des raisons économiques évidentes.²

665. En second lieu, il existe des logiciels dont l'utilisation est gratuite, mais qui ne relèvent pas du domaine public. Ils appartiennent à une personne, leur auteur, et sont appelés logiciels « propriétaires », qu'ils soient spécifiques ou standards (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I). Ils ont été concédés gratuitement à l'utilisateur.³ Parmi eux, il y a les logiciels « *freeware* » ou « *gratuiciels* », mis gratuitement à la disposition du public, mais dont le code source n'est pas ouvert, pas disponible. Seul l'auteur peut l'améliorer et publier des versions modifiées. Mais, il renonce à exploiter commercialement une version déterminée.

¹ *Contrats informatiques et électronique*, Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2010/2011, 6^{ème} édition, n° 4.8.1., p. 170.

² A moins que développer seul un logiciel pour le titulaire des droits s'avère trop complexe : celui-ci préférera alors en abandonner l'exploitation à un ou des tiers.

³ C'est le cas par exemple d'*Internet Explorer*, logiciel de navigation.

D'autres logiciels sont mis à la disposition d'autrui à titre d'essai, pour une durée limitée, moyennant, à son issue, paiement d'une modeste contribution à l'auteur de la part d'une personne déterminée, susceptible de devenir à terme un partenaire contractuel.¹ Le prix versé doit couvrir les frais de distribution, et éventuellement de support technique. Autrement dit, l'auteur du logiciel en autorise la reproduction gratuite, afin de le diffuser et de permettre au plus grand nombre de l'essayer avant de prendre une décision en connaissance de cause.² Ils sont appelés « *partagiciels* » ou « *logiciels shareware* »³ en anglais : leur code source n'est pas ouvert et, pour l'utiliser après un essai qui s'est révélé satisfaisant, il faut payer une certaine somme. Si le shareware est « gratuit » au départ, il a une finalité marchande car, en l'absence de transaction conclue après essai, l'utilisateur ne pourra plus utiliser le programme, celui-ci ayant une durée limitée qui empêche tout usage. Les logiciels libres n'engendrant pas ou peu de frais, aucun d'entre eux n'est un shareware.

666. Enfin, les logiciels sous licence « *crippleware* »⁴ sont ceux qui sont divulgués sous une version qui ne sera fonctionnelle que durant une période d'essai : ils représentent une version bridée du logiciel original. Il s'agit de logiciels commerciaux diffusés en libre copie, mais dont la délivrance est indirectement contrôlée par l'auteur.

667. Qu'il s'agisse de freeware, de shareware ou de crippleware, ces logiciels peuvent être diffusés en libre copie, mais sont soumis à un régime juridique différent de celui des logiciels libres. En particulier, leur code source n'est pas accessible et leur modification est strictement interdite.

Parmi les logiciels gratuits, il y a aussi quelques logiciels libres et non la totalité d'entre eux, la gratuité n'étant pas toujours observée. En effet, un logiciel libre peut faire l'objet d'une exploitation commerciale. C'est d'ailleurs pourquoi M. Jon Hall, directeur de *Linux Software International*, distributeur du logiciel libre Linux diffusé sous licence GPL, affirme que « *There's definitely money to be made in Linux* ».⁵

¹ CA Paris, 30 septembre 2004, *Atac c/SAP*, Expertises 2005, p. 113.

² En anglais, cela peut se résumer par la phrase : « *try before you buy* », en d'autres termes : « *essayez avant d'acheter* ».

³ En anglais, le verbe « *to share* » signifie partager.

⁴ En anglais, le verbe « *to cripple* » signifie estropier, endommager.

⁵ La traduction de cette phrase étant la suivante : « *Il y a de l'argent à faire avec Linux* ».

Enfin, il existe des logiciels dont l'utilisation est payante et qui regroupent tout un panel de programmes d'ordinateurs parmi lesquels les logiciels propriétaires et certains logiciels libres.

668. Sur le plan historique, les logiciels libres sont le résultat d'une évolution intéressante qui a débuté de l'autre côté de l'Atlantique, aux Etats-Unis. Ils sont apparus bien après les logiciels « classiques » ou propriétaires, pour répondre à des besoins particuliers. En effet, dans les années soixante, seules certaines entreprises telles qu'*IBM* avaient le monopole de la fabrication des logiciels, ceux-ci étant de surcroît, indissociables des machines auxquels ils étaient destinés. Leurs codes sources étaient néanmoins librement accessibles, les constructeurs considérant alors qu'ils ne nécessitaient pas d'être protégés. Il va sans dire que la clientèle était essentiellement un public averti, c'est-à-dire des informaticiens et des techniciens.

669. Puis, progressivement, l'informatique s'est démocratisée¹ et est apparu un marché des logiciels indépendant de celui des ordinateurs : dès ce moment, les codes sources sont devenus une valeur stratégique à protéger et la protection du logiciel par le droit devint nécessaire. Mais, il fallait élaborer des règles tenant compte de la spécificité du caractère technique et immatériel des logiciels, le droit commun n'étant pas adapté. Le droit de la propriété intellectuelle fut naturellement appliqué, en particulier le droit d'auteur auquel nous ne reviendrons pas, un chapitre retraçant avec détails son évolution (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I). Toutefois, certaines règles ne correspondaient pas à la réalité, telles que celle selon laquelle le logiciel doit bénéficier d'une protection de soixante-dix ans après la mort de son auteur, alors que sa durée de vie est bien inférieure, étant frappé d'une obsolescence rapide.² En outre, un logiciel connaissant souvent des dysfonctionnements, pour assurer sa maintenance, il fallait connaître son code source. Or, ce dernier était jalousement gardé par les éditeurs.

Cette situation ne satisfaisant pas tout le monde et la qualité n'étant pas toujours au rendez-vous du fait du développement de la concurrence entre logiciels, certains ont eu l'idée de concevoir des logiciels moins contraignants, dont le code source serait

¹ *Livre blanc organisations et logiciels libres*, version 1.0, Diane Revillard, Diermark, 6 septembre 2005, p. 15.

² Richard Stallman, *un humaniste au cœur des logiciels*, Roderic Mounir, entrevue du 29 septembre 2009 (<http://www.equilibres.ch/spip/spip.php?article237>)

accessible à tous dans un but d'utilisation plus équitable, et surtout, exempte de pannes et d'erreurs. Dès lors, la compétition entre logiciels propriétaires et logiciels libres était née.

670. C'est Richard Matthew Stallman¹, chercheur au laboratoire d'intelligence artificielle du Massachusetts Institute of Technology (MIT) qui créa le concept original et le mouvement du logiciel libre², ainsi que le premier du type, le projet « GNU », en 1989³, résultat de travaux démarrés quelques années auparavant⁴, à la suite d'une mésaventure concernant une imprimante laser de marque Xerox qui comportait de nombreux dysfonctionnements ne pouvant être résorbés du fait de l'impossibilité d'accéder à son code source. Confronté alors à la logique contraignante du logiciel propriétaire, M. Stallman décida de réagir de façon radicale et efficace en mettant au point « GNU », premier projet de développement d'un système d'exploitation⁵ libre et ouvert. Il s'agit d'un élément fondamental d'un système informatique permettant de le faire fonctionner, lui et ses programmes. Le GNU connut un succès immédiat. Il incita également à la mise en place d'une communauté d'utilisateurs dont le rôle serait de contribuer à l'évolution du logiciel en partageant librement leurs travaux, et de lutter contre les logiciels propriétaires⁶, sources, selon lui, de tous les maux de l'informatique. A terme, son souhait serait la disparition des logiciels propriétaires, ce qui semble utopique et irréalisable.

¹ Richard Stallman était aussi membre de la communauté des hackers « PDP-10 », « hacker » devant être pris au sens le plus noble du terme, selon lui. Il décréta en effet : « *L'utilisation du mot hacker dans le sens « qui viole les systèmes de sécurité » est un amalgame instillé par les mass media. Nous autres hackers refusons de reconnaître ce sens, et continuons d'utiliser ce mot dans le sens « qui aime programmer et apprécie de le faire de manière astucieuse et intelligente »* », in *Tribune Libre*, Chapitre 4, note 2, <http://www.oreilly.fr/divers/tribune-libre>

² R. Stallman in *Open sources – voices from the Open Source Revolution*, ISBN 1-56592-582-3, janvier 1999, édité par Chris Dibona, Sam Okman et Mark Stone, édition O'Reilly & Associates.

³ Ce projet démarra en 1983. « GNU » est un acronyme récursif signifiant « GNU is Not Unix », c'est-à-dire en français « GNU n'est pas Unix », afin de lever toute ambiguïté entre les deux systèmes d'exploitation GNU et Unix qui sont différents en tous points, notamment sur le terrain de la programmation. Le logo du projet GNU est un gnou en guise de jeu de mots.

⁴ En réalité, l'esprit du logiciel libre est né avec le Request For Comment (RFC) de l'équipe ayant participé à la création de l'ancêtre d'Internet en 1969, « Arpanet » (Advanced Research Projects Agency Network, souvent orthographié ARPAnet). Le mouvement du logiciel libre fut ensuite relancé par M. Stallman. Le RFC est la forme sous laquelle les spécifications techniques et les protocoles relatifs à l'Internet sont diffusés librement aux utilisateurs.

⁵ Un système d'exploitation est un « *programme qui gère les ressources d'un ordinateur et qui lui permet d'être opérationnel.* », in *De l'ordinateur à la société de l'information*, S. Guernaouti-Hélie et A. Dufour, éd. PUF, coll. Que sais-je ? 1999, p. 125.

⁶ *La bataille du logiciel libre : dix clés pour comprendre*, Perline et T. Noisette, La découverte, 2004, p. 23.

671. Bien que le logiciel libre soit fondé sur la liberté, il fallait éviter son appropriation par des tiers dans un but d'exploitation commerciale et d'utilisation propriétaire. Seul le travail coopératif devait primer. C'est pourquoi, dans sa lancée, M. Stallman a fondé la *Free Software Fondation* (FSF)¹ afin de récolter des fonds, de promouvoir les logiciels libres, autrement dit, librement copiables et modifiables, et de mettre en place une véritable structure juridique pour les encadrer. Son intention était également de récupérer le marché des logiciels libres et de favoriser la vente des manuels libres. De plus, pour éviter que le logiciel libre GNU ne devienne à terme un logiciel propriétaire, il fallait définir de véritables conditions de distribution, ce qui engendra la rédaction par la FSF de la première licence libre, la licence GNU/GPL (General Public Licence) ou simplement appelée GPL, de catégorie « *copyleft* »² ou « gauche d'auteur ». Le copyleft fait référence, avec ironie, au copyright et représente son opposé. En effet, il utilise les lois du droit d'auteur, non pas pour privatiser le logiciel, sinon pour le laisser libre, sachant que la liberté doit être appréciée avec beaucoup de prudence. Ainsi, l'auteur d'un logiciel libre ne sera pas placé dans la même situation qu'un auteur de logiciel propriétaire.

672. La finalité de la GPL est de protéger concrètement les créations libres et de définir les conditions d'exploitation des logiciels composant le système GNU. Sa philosophie est de permettre la liberté, le partage, et l'échange au sein d'une communauté toujours plus vaste d'utilisateurs avertis ou non de logiciels libres. Cette garantie est mise en évidence dès son préambule³, pour faire office de ligne de conduite. M. Eben Moglen, professeur de l'Université de Columbia et l'un des rédacteurs de la GPL, précise que l'un de ses objectifs est d'ailleurs de rendre le logiciel libre en créant un fonds commun auquel « *chacun peut ajouter, mais duquel personne ne peut retrancher.* »⁴ Notons que cette licence, largement utilisée dans la pratique, concerne près de 70% des logiciels libres du monde entier, ce qui est loin d'être négligeable.

¹ La FSF, association à but non lucratif, est créée en 1984 et son site a pour adresse : www.gnu.org/fsf/fsf.fr.html (ou <http://fsffrance.org/>). Elle édita une liste de développements utiles sous le nom de « *GNU Task List* » (en français, « liste des tâches GNU »), l'objectif étant d'inciter les informaticiens à y participer.

² Ce terme a été inventé par Don Hopkins, avocat de Richard Stallman.

³ Annexe n° 11: « *Préambule* » : « *Les licences d'utilisation de la plupart des programmes sont définies pour limiter ou supprimer toute liberté à l'utilisateur. A l'inverse, la Licence Publique Générale (General Public License) est destinée à vous garantir la liberté de partager et de modifier les logiciels libres, et de s'assurer que ces logiciels sont effectivement accessibles à tout utilisateur.* », *Licence Publique Générale GNU/GPL, Free Software Foundation Inc.*, Version 2, Juin 1991, p. 1.

⁴ Voir le site: <http://www.emoglen.law.columbia.edu>

Pour Richard Stallman, il est possible de créer sa propre licence de logiciel libre et de la proposer pour certification à la FSF. Les licences non conformes ne seront pas validées : la communauté des utilisateurs des logiciels libres y veillera.

673. Puis, le logiciel GNU connut une évolution apportée par la personne de Linus Torvalds, brillant étudiant finlandais¹ de l'Université d'Helsinki, qui, en 1991, le rendit plus complet en tant que système d'exploitation, le « noyau » du GNU comportant des dysfonctionnements auxquels il était nécessaire de remédier. Linus Torvalds y apporta les développements nécessaires à travers la conception d'un noyau compatible « Unix »² et appelé « Linux » en référence à son nom. L'objectif étant de favoriser l'essor du logiciel GNU et de le rendre compatible avec l'Unix, logiciel propriétaire, pour éviter l'utilisation de ce dernier.

Les premiers prototypes de systèmes GNU fonctionnant avec le noyau de M. Torvalds virent le jour en 1992, donnant naissance aux systèmes GNU/Linux utilisés dans le monde par des millions de personnes, d'entreprises³, et même d'administrations⁴ attirés par leur faible coût par rapport à celui des logiciels propriétaires, et surtout, moins contraignants. C'est sans compter leur stabilité, leur souplesse et leur performance, qui n'est plus à démontrer par rapport à des logiciels propriétaires équivalents. Au surplus, les logiciels libres se veulent complets et adaptés aux besoins des utilisateurs. C'est

¹ *Il était une fois Linux. L'extraordinaire histoire d'une révolution accidentelle*, L. Torvalds et D. Diamond, Eyrolles, 2001.

² UNIX (Uniplexed Information and Computer Service) est un système d'exploitation ouvert multitâches et multi-utilisateurs performant que Ken Thompson et Dennis Ritchie ont développé au sein de l'entreprise *Bell* en 1969. Il est compatible avec tout ordinateur et processeur. Il a inspiré le développement du logiciel libre *Linux*. De nombreux constructeurs ont créé leur propre version d'Unix : *AIX* chez IBM, *HP-UX* chez Hewlett-Packard, *Solaris* chez Sun... A l'origine, Unix s'écrivait UNICS (Uniplexed Information and Computing Service) en référence à son prédécesseur, MULTICS (Multiplexed Information and Computing Service), développé à la fin des années soixante au MIT (Massachusetts Institute of Technology).

³ L'AFUP (Association Française des Utilisateurs de PHP, langage de scripts libre principalement utilisé pour produire des pages web dynamiques via un serveur http) indique qu'environ 25% des entreprises du CAC 40 ont recours à la technologie libre PHP pour leurs sites web (<http://www.afup.org>).

⁴ Différentes instances ont préconisé la licence GPL pour l'administration, telles que l'Agence pour le Développement de l'Administration Electronique (ADAE), anciennement dénommée ATICA (Agence pour les Technologies de l'Information et de la Communication dans l'Administration, *Guide de choix et d'usage des licences de logiciels libres pour les administrations*, décembre 2002, n° 2.3.2, p.7), ce qui a conduit à une large utilisation, notamment par le Ministère de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer (cf. : *PC Impact*, août 2004). Le Ministère de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Technologie a d'ailleurs signé un accord-cadre avec l'AFUL (Association Francophone des Utilisateurs de Linux et des logiciels libres) portant sur le déploiement de l'informatique libre dans le système éducatif (V° Rép. Min. n° 8938, JO Sénat Q, 26 novembre 1998, p. 3789 ; Bull. d'actualités, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 109, décembre 1998). *L'Atica préconise la licence GPL pour l'administration*, S. Rozenfeld, Expertises, février 2003, n° 267.

d'ailleurs pourquoi ils ont ouvert la voie à de nombreux logiciels libres¹ tels que le serveur http « *Apache* », les navigateurs web « *Mozilla Firefox* », « *Netscape* », et leurs licences respectives (la « *Mozilla Public License* » et la « *Netscape Public License* »), la suite bureautique « *OpenOffice* », le logiciel de création graphique et de retouche d'images « *The Gimp* », le gestionnaire de base de données « *MySQL* »... ainsi que de nombreux autres logiciels de traitement de texte, de gestion de bases de données ou autres².... A partir de ce jour, Linux n'était plus le seul logiciel libre. Certaines licences à vocation plus mercantile sont également apparues telles que « *l'Apple Public Source License* », mettant en jeu des marques et des brevets. Le domaine littéraire fut aussi visé par le mouvement du libre avec la « *Licence Open Content* ». Dès lors, la licence libre s'est adaptée largement à l'ère des technologies issues du numérique.

674. Les logiciels libres se sont développés et ont pris du galon dans les années quatre-vingt-dix, dans le sens où leur concept a connu un succès retentissant auprès du plus grand nombre, y compris l'industrie de l'informatique et les médias.³ C'est sans compter le développement de l'Internet qui a facilité les échanges en la matière⁴, et qui a fait connaître plus rapidement les logiciels libres ainsi que leur philosophie, et surtout, sans entraîner de grandes dépenses. Les logiciels libres ne connurent alors plus de frontières et ont bénéficié du soutien et de la contribution d'une grande communauté d'utilisateurs qui ont corrigé les erreurs rencontrées sur le logiciel. Car, comme le cite Eric Raymond, l'un des responsables de la société *Debian* : « *Avec suffisamment d'yeux, tous les bogues disparaissent. C'est la Loi de Linus* ».⁵ Internet a alors bouleversé le

¹ *Livre blanc organisations et logiciels libres*, version 1.0, Diane Revillard, précité, p. 18.

² A titre d'exemple, citons le logiciel français de développement et de gestion des sites web qui a connu un vif succès, « *SPIP* » (Système de Publication pour un Internet Partagé) créé en 2001 par « *minirézo* », un collectif défendant le web indépendant et la liberté d'expression sur Internet. Il est actuellement utilisé par des milliers de sites tous aussi divers les uns que les autres. Les valeurs de *SPIP* sont le fonctionnement collectif, le multilinguisme et la facilité d'emploi. Ce logiciel libre est distribué sous la licence GNU/GPL et peut être utilisé pour tout site Internet, peu importe sa nature, associatif ou institutionnel, personnel ou commercial.

³ D'ailleurs, lorsque la société VA-Linux fait son entrée en bourse au Nasdaq le 9 décembre 1999, elle connaît une hausse record de 698% en une journée.

⁴ *L'industrie du logiciel à la croisée des chemins? L'économie du libre*, J.-P. Archambault, Médialog, n° 42, janvier 2002, p. 52.

⁵ En anglais : « *Given enough eyeballs, all bugs are shallow. I dub this Linus's Law* », in *The Cathedral and the Bazaar* (en français : *La cathédrale et le bazar*), essai d'Eric Steven Raymond et de Bob Young, O'Reilly & Associates, 2001, 208 p. ISBN 9780596001087. E. Raymond est le co-créateur du terme « *Open-Source* » dont il défend la qualité, ce qui le distingue de Richard Stallman, créateur du mouvement du logiciel libre. Cet essai traite notamment du développement du système d'exploitation Linux et de ses différences avec d'autres logiciels libres. Il décrit le modèle de développement de Linus Torvalds en le comparant à un bazar : cette manière de développer des logiciels, par la coopération de nombreux informaticiens, se caractérise par une adaptabilité et une flexibilité dite hiérarchie « *bazar* », impossible dans une structure organisée dans la hiérarchie dite de « *statut* ». A l'inverse, une organisation hiérarchique basée sur le statut est nécessaire à l'élaboration d'un code fermé pour construire un logiciel

monde de la création et, au-delà, la diffusion de l'information et le monde de la communication et des médias. En effet, des personnes géographiquement éloignées peuvent développer un logiciel en commun, ce qui donne lieu à des collaborations intéressantes, et qui remet en cause la création telle qu'elle existe dans le monde analogique où les programmeurs qui travaillent sur un projet particulier se connaissent généralement.

675. Le mouvement des logiciels libres ne s'est pas arrêté là, puisque de nombreuses associations ont vu le jour, telles que l'AFUL en France (Association Francophone des Utilisateurs de Linux et des logiciels libres) qui définit le logiciel libre comme « *le logiciel disponible sous forme de code source, c'est-à-dire un logiciel dont l'architecture interne est partagée et diffusée librement, toute personne pouvant participer à l'élaboration du produit en proposant ses propres améliorations.* » Un accord de partenariat a même été signé le 29 octobre 1998 entre l'AFUL et le Ministère de l'Education nationale : il porte sur le déploiement de l'informatique libre dans le système éducatif français. Aujourd'hui, il existe de nombreuses licences de logiciels libres accordant plus ou moins de droits aux utilisateurs.

676. Néanmoins, si le mouvement des logiciels libres est principalement le fruit du travail d'un seul homme, Richard Stallman, ses idées très arrêtées sur la question et très « politiques » en ont fait fuir plus d'un, un climat d'hostilité de la part des entreprises étant, par la même occasion, apparu. En effet, M. Stallman s'est toujours féroce-ment opposé à toute forme de commerce du logiciel libre et ne s'est jamais caché de son souhait de voir disparaître à terme tout logiciel propriétaire. Dès lors, il fut qualifié d'« anarchiste » par certains¹, ce qui a conduit à une scission en 1998 au sein du mouvement même du logiciel libre. C'est à partir de ce moment qu'est né le mouvement de « *l'open source* » (ou source ouverte), ainsi que l'association *Open Source Initiative* (OSI), créée par les responsables de la société *Debian*², Bruce Perens et Eric Raymond.

propriétaire, mais entraîne des inconvénients d'adaptabilité. L'auteur compare cette organisation à une structure de cathédrale.

¹ C'est le cas des auteurs Perline et T. Noisette, *La bataille du logiciel libre : dix clés pour comprendre*, précité, p. 12.

² « *Debian* » est un système d'exploitation exclusivement composé de logiciels libres dont GNU/Linux. A l'instar du projet GNU, Le projet « *Debian* » a fait l'objet d'un guide, le *Debian Free Software Guidelines* (ou *Les principes du logiciel libre selon Debian*). Parmi ces principes, est relevé celui de non-discrimination entre les utilisateurs du logiciel. Certaines règles sont posées comme celle de restrictions acceptables en matière de préservation du code source de l'auteur originel. De plus, Debian accepte que la distribution d'une forme modifiée d'un logiciel libre se fasse sous un autre nom que le logiciel original.

Cette association fait la promotion des logiciels open source et délivre une certification aux licences conformes à la définition qu'elle donne de l'open source, « *l'Open Source Definition* » (OSD), répondant à neuf critères techniques : la libre redistribution, l'accès au code source, la modification et la distribution des travaux dérivés, la distribution de la version originelle du code source, l'absence de discrimination entre les domaines d'application, la distribution de la licence, l'absence de spécificité de la licence par rapport à un produit, et l'absence de contamination des autres logiciels par la licence.

677. La principale différence entre les deux mouvements de logiciel libre est que la conception de l'OSI met en avant les qualités du logiciel, tandis que la FSF s'appuie davantage sur la liberté.¹ De plus, si les logiciels libres tels que le GNU sont soumis aux licences copyleft, les logiciels open source sont soumis à des licences permissives, non copyleft. Concrètement, les licences copyleft ont pour objectif premier d'assurer la liberté de façon pérenne : sont autorisées les modifications, les reproductions, les distributions, mais à condition que les logiciels dérivés du logiciel initial soient toujours soumis à licence GPL, et que le logiciel ne devienne pas propriétaire. Une telle licence est donc restrictive. A l'inverse, les licences non copyleft sont permissives car, si autorisent les modifications du logiciel libre, les duplications, les diffusions... elles autorisent également toute personne à rendre le logiciel libre ainsi modifié, propriétaire, et à en garder le contrôle : un tel logiciel peut donc naître à partir de composants libres. La licence *Berkeley Software Distribution* (BSD de l'Université de Berkeley), la licence *Apache*, ou encore la licence *Zope Public Licence* (ZPL), en sont quelques illustrations. Dès lors, les licences copyleft demeurent plus contraignantes que les licences non copyleft. Enfin, sur un autre terrain, la promotion de l'un ou de l'autre type de logiciel se fait différemment. A l'instar du mouvement du GNU, l'open source a eu un succès fulgurant.

678. Pour lutter contre les idées reçues, il faut préciser que les logiciels libres n'excluent pas l'application du droit d'auteur. Au contraire, ils s'appuient dessus, mais en remettant en cause certains de ses principes² pour permettre, par le biais de licences

Voir son site : <http://www.debian.org/>

¹ Pour en savoir plus sur les différences entre le mouvement « *free software* » et celui de l'« *open source software* », voir le site du projet GNU de la *Free Software Foundation*: <http://www.gnu.org>

² *Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français*, Ch. Caron, D. 2003, chron. p. 1556.

particulières, un mode d'exploitation favorisant le partage et l'échange.¹ C'est ce qui fait l'originalité du phénomène : s'il revendique la protection du droit d'auteur, c'est pour mieux protéger et promouvoir un mode de distribution et de diffusion qui relèvera d'une approche novatrice.²

679. Il existe une multitude de licences dites libres dans le monde : aussi, la présente étude se limitera à celle de la GNU/GPL, Version 2, la dernière version -la troisième³- n'ayant pas eu le succès escompté. La difficulté avec les licences de droit étranger telles que la GPL est que celles-ci comportent parfois des dispositions non conformes au droit français, voire illicites.⁴ De plus, outre les entreprises et les administrations⁵, le monde de la recherche scientifique utilise de plus en plus les logiciels libres et nécessite des licences appropriées. Cependant, la diffusion de ces logiciels sous de telles licences n'est pas toujours satisfaisante et n'est pas sans poser quelques difficultés, notamment sur le plan juridique. A cela, s'ajoutent des incertitudes pouvant dissuader les universitaires ainsi que certains organismes de recherche à utiliser ou à contribuer au développement des logiciels libres, sachant que de telles inquiétudes s'étendent aussi aux acteurs de la vie économique tels que les entreprises et, de façon générale, à toute entité ou individu souhaitant diffuser ses travaux sous licence de logiciel libre, tout en bénéficiant d'une sécurité juridique.

Pour remédier à une telle situation, une licence française définissant les règles d'usage et de diffusion des logiciels libres a vu le jour, non pas pour concurrencer la GPL, mais principalement pour respecter le droit français, en particulier le droit d'auteur, tout en y étant compatible et en conservant sa philosophie. Il s'agit de la licence CeCILL⁶, soumise au droit français⁷, et rédigée en 2004 conformément à la loi Toubon¹, par le

¹ *Les licences libres et le droit français*, C. Rojinsky et V. Grynbaum, Propriétés Intellectuelles, juillet 2002, n° 4, p. 28.

² *Le logiciel libre : une nouvelle approche de la propriété intellectuelle*, N. Jullien et J.-B. Zimmermann, précité.

³ La troisième version de la GNU GPL, datant du 29 juin 2007, n'a pas connu le succès attendu : *La licence GNU/GPL (V3) a presque deux ans : un bilan mitigé*, L. Schurr, Gaz. Pal. 2009, 1, doct., p. 1203.

⁴ *Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français*, Ch. Caron, précité.

⁵ *L'Etat veut diminuer ses dépenses informatiques grâce aux logiciels libres*, N. Brafman et S. Foucart, *Le Monde*, 21 juin 2004. *L'Etat se tourne vers le logiciel libre*, E. Jarry et J.-B. Vey, *Libération*, 18 juin 2004. *Les logiciels libres réalisent une percée face à Microsoft dans les administrations*, C. Jay et F. Puyrabeay, *La Tribune*, 22 juillet 2004.

⁶ La dénomination « CeCILL » reprend les acronymes de chacun des organismes qui ont participé à sa rédaction : le « Ce » pour le CEA, le « C » pour le CNRS, le « I » pour INRIA et les « LL » pour logiciel libre. Un site lui est dédié : <http://www.cecill.info/licences.fr.html>

⁷ Son texte est disponible sur le site suivant : <http://www.cecill.info/licences>

Commissariat à l'Énergie Atomique (CEA), le Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) et l'Institut National de Recherche en Informatique et en Automatique (INRIA), organismes chargés d'une mission de service public. Elle a pour intérêt de faire prévaloir la licence GPL en cas de conflit de licences, c'est-à-dire lorsqu'un logiciel diffusé sous GPL intègre ou est intégré à un logiciel diffusé sous CeCILL. Une telle solution peut surprendre, compte tenu de la tradition du droit français selon laquelle, dès lors qu'un élément se rattache au droit français, c'est celui-ci qui doit l'emporter.

Le concept de logiciel libre étant à l'origine d'inspiration américaine, la licence CeCILL a pour objectif de l'adapter au droit français, de manière à favoriser son développement et son utilisation dans un environnement juridique sécurisé, et surtout, organisé. Ainsi, elle désigne le droit français comme étant le droit applicable car, d'une part, il est conforme au droit européen et, d'autre part, celui-ci s'applique aux vingt-sept États membres de l'Union Européenne.² Elle désigne aussi les juridictions françaises comme étant les juridictions compétentes, précise l'étendue des droits concédés, les garanties et les responsabilités des concédants conformément au droit français et européen, et indique que les deux versions de la licence, française et anglaise, valent, sachant que la première s'impose aux acteurs français concernés, tels que les organismes de recherche et les établissements publics. Par toutes ces mesures, la CeCILL met en place une sécurité juridique et s'adapte parfaitement aux projets internationaux.

Quoi qu'il en soit, elle reste proche de la GPL avec toutefois quelques différences qui seront étudiées plus loin. Elle aura un succès inattendu, puisque générera la création d'autres licences cohérentes et compatibles entre elles, qui présenteront le même régime juridique : la CeCILL-B³ et la CeCILL-C⁴ dont l'objectif est de contrôler la réutilisation

¹ Article 5 de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, dite « *Loi Toubon* », J.O.R.F. n° 180 du 5 août 1994, p. 11392. Cette loi impose en effet, sous peine de sanctions, la rédaction des contrats en français, lorsqu'est concernée une personne physique ou une personne morale de droit public ou de droit privé, notamment chargée d'une mission de service public.

² Notons que la désignation d'un droit applicable ne porte pas atteinte au caractère international d'un contrat.

³ CeCILL-B s'inspire de la licence BSD et de ses variantes (licences Apache, X11, W3C...). Elle exige le respect d'une obligation de citation dans tout logiciel incorporant un logiciel sous CeCILL-B, ainsi qu'à travers un site Web placé dans ce cas, en contrepartie de quoi l'auteur autorisera la réutilisation de son logiciel sans aucune autre contrainte.

⁴ CeCILL-C est une licence adaptée à la distribution de bibliothèques et plus généralement de composants logiciels. Tout distributeur d'une application incorporant des logiciels régis par CeCILL-C

de logiciels libres par les tiers. Couvrant les besoins de nombreux acteurs, elles apparaissent comme des outils efficaces et originaux. De plus, en autorisant la réutilisation de composants sous de telles licences, dans un logiciel distribué sous une autre licence, elles encouragent une plus large diffusion de ces composants.

680. La présente analyse portera principalement sur la comparaison entre la licence GPL et la première licence libre française. La GPL étant une licence de droit américain et, de surcroît copyleft, remettant en cause le droit d'auteur français, l'étude s'avèrera plus intéressante que celle mettant en cause une licence non copyleft. Le fait que la GPL soit la licence de logiciel libre la plus populaire et dont la validité a été admise par la jurisprudence¹, justifie encore l'intérêt d'une telle analyse. Par ailleurs, ne seront pas ici distingués logiciel libre et logiciel open source, la principale différence entre les deux se situant plutôt sur le terrain de la promotion commerciale que sur le terrain juridique. L'objectif est d'expliquer en quoi les logiciels libres et leurs licences constituent respectivement un antidote aux logiciels propriétaires et à leurs licences (Section 1). Si le régime des licences libres est peu contraignant et présente de nombreux avantages, il est nécessaire de nuancer dans la mesure où le droit y a toute sa place (Section 2).

Section 1 : Les licences de logiciels libres, remèdes aux licences de logiciels propriétaires

Il faut partir du postulat que les logiciels libres sont souvent considérés comme revêtant plusieurs aspects : la liberté, la gratuité, l'égalité et le partage et, qu'à ce titre, leurs licences constituent un remède aux licences de logiciels « classiques » (A). Or, croire que toutes ces valeurs positives sont inhérentes au logiciel libre constitue un préjugé qu'il faut absolument combattre, lesdites valeurs n'étant pas toujours vérifiées (B). En effet, les logiciels libres présentent d'autres caractères et obéissent à des règles particulières, ce qui constitue leur originalité. Par conséquent, si la liberté, la gratuité, l'égalité, et le partage sont les fondements de ce remède, il faut nuancer.

doit mettre à disposition de la communauté et soumettre à cette licence les modifications apportées à leur code source. Toutefois, il pourra librement choisir une autre licence pour le reste de son application.

¹ CA Paris, pôle 5, 10^{ème} ch., 16 septembre 2009, n° 04/24298, SA *EDU4 c/Association AFPA*, Legalis.net, 2009/4, p. 16 ; Gaz. Pal. 2010, 5 février, obs. L. Tellier-Loniewski et F. Revel de Lambert.

A) Des valeurs positives engendrées par les logiciels libres : la liberté, la gratuité, l'égalité et le partage

La liberté est au cœur des logiciels libres ainsi que des licences qui y sont attachées, liberté impliquant une disponibilité à toute épreuve (1). Il en est de même pour la gratuité (2), ainsi que pour l'égalité et le partage (3), notions qui évoquent la devise de Richard Stallman concernant le concept du logiciel libre : « *Liberté, égalité et fraternité* ». Certains auteurs considèrent d'ailleurs que le mouvement des logiciels libres est « *à la fois libertaire, égalitaire et solidaire* », tout en soulignant les « *contradictions et les utopies* » observées.¹

1) La liberté

681. Les logiciels libres ont été créés pour protéger toute forme de liberté en matière informatique. Cette liberté devant être entendue au sens large car, faisant référence à celle d'utiliser, de comprendre, de modifier, de diffuser, de reproduire, et d'exploiter un logiciel, autrement dit, à la liberté d'expression, liberté fondamentale de la personne. Cela évoque les quatre libertés piliers de la définition du logiciel libre, posées par la *Free Software Foundation* de Richard Stallman : la liberté d'exécuter le programme, pour tous les usages (liberté 0) ; la liberté d'étudier le fonctionnement du programme et de l'adapter aux besoins de l'utilisateur, avec pour condition, l'accès au code source (liberté 1) ; la liberté de redistribuer à tous des copies, avec ou sans modification ou amélioration, ce qui implique une liberté de vendre (liberté 2) ; et enfin, la liberté d'améliorer le programme et de publier les améliorations, pour en faire profiter tout le monde (liberté 3). Un logiciel ne sera qualifié de libre que s'il implique ces libertés, ces dernières étant inconcevables pour un logiciel classique car, contrevenant au droit d'auteur. Néanmoins, de telles libertés feront l'objet d'un encadrement strict.

682. Pour que ces libertés soient réelles, elles doivent être irrévocables car, leur simple proclamation demeure insuffisante : leurs bénéficiaires doivent les mériter. Tant qu'ils ne commettent aucun acte délictueux sur le logiciel libre visé et qu'ils respectent les termes de la licence, leur situation sera stable et sécurisée : les droits accordés ne

¹ *Logiciels libres dans la société de l'information numérique : enjeux juridiques, économiques et sociaux*, T. Fuentes Camacho et B. de Padirac, in *Le droit de l'informatique au tournant du millénaire*, Actes de l'IFCLA-AFDIT (International Federation of Computer Law Associations – Association Française du Droit de l'Informatique et de la Télécommunication), sous la direction de X. Linant de Bellefonds, 2001, p. 169.

pourront être repris. Dans le cas contraire, ils perdront leurs droits sur l'œuvre logicielle. Toutefois, la différence majeure avec une licence de logiciel propriétaire est que le concédant peut décider de révoquer les droits du licencié, sans motif, et cela, peu importe que celui-ci ait commis ou non une faute dans l'exploitation du logiciel.

Si être libre implique le droit de faire tout ce que l'on veut, cela doit s'entendre dans la limite de ce qui est interdit par la loi et par le droit d'auteur. C'est en tout cas ce que prévoient les licences GPL et CeCILL. Par ailleurs, si l'on s'arrête sur la définition du mot « liberté », il implique l'idée qu'il est possible de faire certaines choses, sans contrainte, en toute indépendance, sans avoir à demander une quelconque autorisation ou permission à autrui. Il implique également, dans une autre perspective, d'agir de façon hardie, sans respect des autres. S'agissant du logiciel libre, cela signifie concrètement que les modifications, les évolutions ou les versions améliorées du logiciel réalisées et diffusées, pourront faire l'objet d'une utilisation personnelle, dans n'importe quel domaine d'activités, pour tout type de tâche, et dans le cadre de tout système informatique. De plus, une telle liberté induit que la distribution des programmes n'autorise pas le diffuseur à y ajouter des restrictions car, aboutirait à retirer des libertés fondamentales au public, ce qui n'est pas le but recherché par le mouvement du libre. Au contraire : la liberté doit primer quelles que soient les circonstances, ce qui inclut les libertés fondamentales de l'homme.

683. La liberté permet également de créer des œuvres dérivées à partir du logiciel libre, peu importe qu'elles y soient intégrées ou non. Cela n'est pas contraire au principe de respect de l'intégrité du code source du logiciel, les licences libres autorisant toutes modifications. De même, si le donneur de licence n'interdit pas ces dernières, il en encadre néanmoins les modalités de diffusion, par exemple, en imposant la redistribution du code source modifié sous forme de fichiers « patch ».¹ Tout cela s'inspire de la théorie de M. Stallman dont l'objectif premier était de démocratiser au maximum l'informatique, à moindre coût, puis de profiter de cette démocratisation pour accentuer la liberté dans le cadre de l'utilisation des logiciels. Car, l'informatique est depuis longtemps un outil essentiel à l'organisation et au développement de nos sociétés auquel il n'est désormais plus possible d'échapper.

¹ Un « patch » est une section de code que l'on ajoute à un logiciel pour y apporter des modifications mineures, souvent à des fins de stabilité.

684. Toutefois, la liberté proclamée en matière de logiciels libres ne doit pas partir dans tous les sens, sinon susciter ordre et cohérence, afin de contrecarrer à terme le développement et le marché des logiciels propriétaires. C'est ce que souhaitent farouchement les défenseurs les plus ardents du logiciel libre, en voyant dans les logiciels propriétaires le même danger que celui qui pourrait exister si un seul moyen de communication, un seul média, ou un seul outil de création était autorisé. Outre le fait que cela contribuerait à la mise en place d'une certaine « censure », les choix des individus en matière informatique seraient limités alors qu'ils doivent demeurer libres et multiples. Dès lors, la liberté n'est pas toujours facile à préserver, les logiciels propriétaires faisant le jeu d'importantes sociétés éditrices que l'on ne présente plus,¹ et qui imposent leurs produits sur le marché, au détriment des logiciels libres, souvent méconnus du grand public.

685. Le logiciel libre mérite donc que l'on s'y intéresse, pour le bien commun. Cette idée est encore renforcée par la théorie de l'ethno-sociologue, Philippe Labbé, qui associe le libre à une mission de service public.² En effet, pour lui, le logiciel libre est le reflet de certaines valeurs : la division coopérative des tâches, la mission de service public, et l'éthique. De plus, ses acteurs contribuent à « *façonner le logiciel dont ils se servent* », objet non imposé par une seule personne telle une multinationale de l'informatique.³ Et le logiciel libre étant utilisé par de nombreuses administrations, il participe à une mission de service public (infra n° 662 s.). Ce qui n'est pas sans rappeler la devise républicaine dans laquelle cette dernière s'inscrit : « *Liberté, Égalité, Fraternité* », devise également reprise par Richard Stallman pour définir les logiciels libres et qui affirme : « *qu'un programme non libre est une atteinte à votre liberté : son but est de garder les utilisateurs divisés et dépendants, « verrouillés »* ». ⁴ D'ailleurs, il considère que la liberté implique celle de « *faire des copies, de diffuser des copies aux autres, aux copains, aux gens qui travaillent avec vous, aux inconnus. La liberté de faire des changements pour que le logiciel serve vos besoins. La liberté de publier des versions améliorées pour que la société entière en reçoive les bienfaits. (...)* *Fraternité : avec le logiciel libre, nous encourageons le monde à coopérer, à aider les*

¹ Par exemple, IBM ou Microsoft.

² *Esquisse des représentations des usages du logiciel libre*, Philippe Labbé, in *Terminal, Logiciels libres : de l'utopie au marché*, édition L'Harmattan, automne/hiver 1999, n^{os} 80 et 81, p. 71-75.

³ Philippe Labbé fait ici référence à la société Microsoft, leader dans le marché des logiciels propriétaires.

⁴ Annexe 1, GNU/Linux : *Richard Stallman répond à Bill Gates*, par Richard Stallman, spécial pour ZDNet UK, 10 mai 2002, disponible sur : <http://news.zdnet.fr/story/0,,t118-s2109752.00.html>

uns les autres. (...) Egalité : tout le monde possède les mêmes libertés en utilisant le logiciel, il n'y a pas de situation ordinaire où le patron est tout puissant sur ce logiciel et tout le reste du monde complètement impuissant, tout à fait limité dans son utilisation (...) »¹, ce qui nécessite la mise en place d'une communauté du libre importante.

La liberté est donc de rigueur dans les logiciels libres : elle doit guider chaque action de leurs utilisateurs, leur permettre d'accéder sans difficulté aux codes sources des programmes. Quant à l'égalité, elle se manifeste par le fait que chacun a les mêmes droits sur le logiciel et qu'aucun ne peut s'en réserver. Autrement dit, peu importe que les contributions individuelles au développement du logiciel ne soient pas équivalentes et se fassent à des niveaux différents, chacun est logé à la même enseigne que les autres et n'a pas plus de droits. Enfin, la fraternité fait référence à l'idée d'une communauté - communauté solidaire- d'échange et de partage, constituée par l'ensemble des utilisateurs de logiciels libres. L'ensemble des actions volontaires et bénévoles contribueront à renforcer davantage la liberté en tant qu'élément central des logiciels libres, au cœur du mouvement du libre. Ainsi, le terme « libre » dans l'expression « logiciel libre » fait référence à la liberté en elle-même et non au prix, ou plutôt à l'absence de prix à verser, pour pouvoir l'utiliser. Le fait de le qualifier de « logiciel ouvert » accentue encore cette idée² car, le programme modifié reste ouvert et peut faire l'objet de nouvelles modifications, et ainsi de suite. Cela suppose que son code source soit mis à la disposition de tous, sans condition, pour y accéder, le modifier, l'adapter aux besoins spécifiques des utilisateurs, et le redistribuer. Par conséquent, une modification peut et doit même en amener d'autres : chaque utilisateur devenant programmeur occasionnel et collaborant au perfectionnement du logiciel, afin qu'il reste toujours performant, à la pointe de la technologie. La liberté octroyée permet ainsi de lutter contre l'obsolescence inévitable de tout « produit » informatique et, *a fortiori*, logiciel.

686. Des licences dites copyleft telles que la GPL sont alors l'expression pure et dure d'une liberté pérenne et continue, dans la mesure où chaque nouvelle version du logiciel libre ne peut faire l'objet d'une appropriation, ni conduire à un logiciel propriétaire,

¹ *L'économie du logiciel libre, un point de vue d'utilisateur*, Jean-Paul Smets, Le Micro Bulletin, 1998, n° 75 (<http://www.smets.com/>)

² Certains préfèrent en effet la qualification de logiciel « ouvert » à celle de logiciel « libre » : *Contrats informatiques et électroniques*, Ph. Le Tourneau, Dalloz 2010/2011, 6^{ème} édition, n° 4.8.1., p. 170.

contrairement aux licences non copyleft, plus permissives. A cela, s'ajoute le fait qu'il est interdit pour les nouvelles versions de prévoir des restrictions qui, par définition, sont incompatibles avec toute idée de liberté. En d'autres termes, elles ne sauraient enlever des libertés aux utilisateurs et donc, les léser par rapport aux précédents, sans quoi l'égalité qui doit régner entre eux serait mise en péril. Les libertés octroyées sont donc protégées, garanties par les licences, de même que la disponibilité des codes sources qui ne pourront être verrouillés, et cela, en toutes circonstances, afin que lesdites libertés soient transmises automatiquement et successivement dans le temps aux utilisateurs futurs. Si cela n'était pas mis en œuvre, le logiciel en cause serait propriétaire et non libre. L'intérêt du libre accès est de permettre à tous d'utiliser le logiciel et de le développer, dans l'intérêt commun.

687. Les conditions d'utilisation des logiciels libres prévues par les licences telles que la GPL ou la CeCILL iront dans cette direction, étant nettement favorables aux utilisateurs, et leur accordant de nombreux droits. Le fait que le licencié puisse utiliser le logiciel sur autant de postes qu'il souhaite en est une illustration, ainsi que l'expression d'une certaine liberté. Toutefois, malgré la liberté affichée, certaines contraintes existent, freinant dès lors, l'utilisation des logiciels libres (supra n° 717 s.).

2) La gratuité

688. Pour l'opinion publique, un logiciel libre est forcément gratuit, en raison de l'expression même de « logiciel libre » qui, en anglais, se traduit par « *free software* ». Or, la réalité est autre. En effet, si un logiciel est parfois « gratuit », c'est parce qu'il ne génère pas de frais pour sa diffusion, ou très peu, notamment lorsqu'elle est effectuée par le biais d'Internet et des réseaux numériques, offrant facilité, rapidité, ainsi qu'une relative gratuité, tant pour les informaticiens que pour les éditeurs de logiciels. Dès lors, un support matériel tel qu'un CD-ROM renfermant l'œuvre logicielle devient inutile. C'est sans compter les frais de fabrication des emballages et des boîtes contenant ces supports, les frais de conditionnement, d'impression de documentations, de notices et autres modes d'emploi afférents aux logiciels, les frais liés aux opérations marketing, de promotion, de distribution commerciale... Ne pas avoir à supporter de telles dépenses engendre des économies non superflues pour les personnes concernées et ne les laissent pas indifférentes. C'est pourquoi, la fabrication et la distribution des logiciels libres sont simplifiées et quasiment gratuites. Attention toutefois à ne pas faire d'amalgame : ce

n'est pas parce qu'un logiciel est « gratuit » que sa qualité en est affectée : certains logiciels libres sont considérés comme stables, à l'inverse de certains logiciels propriétaires payants.

689. De plus, si la gratuité caractérise certains logiciels libres, c'est pour s'inscrire dans la logique du mouvement du libre qui prône l'accès au plus grand nombre, ainsi que la liberté (infra n° 681 s.), l'égalité, et le partage (supra n° 691 s). A cela, s'ajoute la volonté de voir perpétuellement enrichie l'œuvre logicielle par les contributions des multiples utilisateurs, et d'exclure toute motivation mercantile et vénale, incompatible avec le concept même de logiciel libre. Or, le développement de ce dernier ne serait pas possible si des frais importants étaient engagés.

690. Enfin, si la gratuité paraît un atout, pour certains il en est autrement car, porte atteinte au créateur d'une œuvre logicielle et donc, à ses droits d'auteur.¹ C'est pourquoi, ils s'opposent à cette gratuité d'accès aux œuvres. D'autres, en revanche, estiment que le droit de la propriété intellectuelle est trop rigide et qu'il « étouffe » la création logicielle et la création en général. Le mouvement du libre est donc une bonne chose, de même que la gratuité : celle-ci permet de concilier le droit d'accéder aux créations pour tous et le droit au respect de l'œuvre. A cet effet, notons que la gratuité n'a rien d'étonnant dans le cadre des œuvres de l'esprit, l'art. L. 122-7-1 CPI disposant que : « *L'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers.* » Le logiciel libre étant l'œuvre du seul donneur de licence, il ne risque pas de nuire aux droits de coauteurs.

Tout cela s'inscrit dans le cadre d'une tendance opposée à l'idée même de propriété des logiciels, et pas seulement de propriété intellectuelle. Toutefois, au sein même des logiciels libres et de leurs licences, les tendances sont très diverses.

¹ Une phrase de M. R.-P. Lepaulle résume tout : « *Il faudrait, en d'autres termes, que le public fut tout, l'auteur rien.* », *Les droits de l'auteur sur son œuvre*, Dalloz 1927, p. 10.

3) L'égalité et le partage

691. Un logiciel libre est un programme faisant l'objet d'apports perpétuels de la part de ses utilisateurs regroupés en une grande communauté, tant au niveau technique, scientifique, qu'informatique. Cela a pour effet de contribuer au développement sans fin du logiciel et, de façon générale, à l'avancée du monde numérique. En mettant leur talent à la disposition de tous, non seulement ces utilisateurs améliorent le logiciel, mais autorisent également un libre et égal accès à tous, par une diffusion anarchique du savoir. Dès lors, l'information est de libre parcours et circule sans la moindre entrave.

Un tel système s'avère intéressant et pragmatique car, il n'est pas aisé de développer seul un programme informatique et qu'un travail d'équipe est toujours préférable, même si les membres de cette équipe ne se connaissent pas et sont localisés dans des endroits différents. Leur travail sera facilité par les réseaux tels que l'Internet, permettant des échanges rapides et démultipliés. Une personne peut donc être seule à l'origine d'un projet de modification de logiciel libre, mais aidée par une communauté d'informaticiens qui viendra à sa rescousse et qui effectuera des tests et des corrections toujours plus nombreux, dans la mesure où chacun d'eux y trouve un intérêt personnel, s'ajoutant à l'intérêt collectif.

Ainsi, un travail qui semblait fastidieux au départ devient plus facilement et rapidement réalisable, et surtout, moins onéreux, puisqu'il n'est alors pas nécessaire de mobiliser d'importantes équipes techniques et de les rémunérer. La liberté de diffuser a donc des conséquences positives, s'agissant du développement des logiciels. Si au début de l'ère du libre, les échanges étaient nombreux, ils n'étaient pas aussi simplifiés car, ne bénéficiaient pas de l'atout de poids constitué par le canal de distribution qu'est Internet, facilitant la communication d'informations, d'améliorations, et des dernières versions.¹ Internet a entraîné une explosion des échanges et un intérêt sans précédent pour les logiciels libres, ce qui renforce d'autant la crédibilité de ces programmes, à l'instar des logiciels propriétaires.

692. L'égalité et le partage sont donc les maîtres-mots guidant les actions des membres de la famille du libre. Ils s'ajoutent à la liberté et à la gratuité déjà abordées

¹ *Quelques éléments d'économie du logiciel libre*, J. Crémer et A. Gaudoul, Réseaux 2004, n° 124, p. 111 s.

(infra n° 681 s. et 688 s.). La jurisprudence française reconnaît d'ailleurs aux logiciels libres cette vocation de partage, affirmant que « *le principe de la licence libre ne peut être compatible avec la notion d'exclusivité puisque ce type de licences repose sur le partage de connaissances.* »¹ Toutefois, pour que la logique du libre demeure et que la chaîne ne soit pas brisée, chacun doit pouvoir utiliser le logiciel et intervenir sur son code source, à la condition que sa rediffusion soit également libre et égalitaire.²

693. Qui dit égalité au sein des logiciels libres dit aussi partage et échange de connaissances. En effet, le concept du logiciel libre, contrairement à celui du logiciel propriétaire, est fondé sur une idée de communauté d'utilisateurs, tous considérés pareillement et bénéficiant des mêmes avantages. A titre d'exemple, tous jouiront des modifications apportées au logiciel et ne se verront pas exclure des améliorations et des adaptations apportées, et cela, quelle que soit la nature de leurs contributions respectives, ou même, en l'absence de toute contribution. La collectivité profitera alors des investissements et des apports intellectuels des uns et des autres sur les logiciels : son enrichissement sur le plan de la connaissance et du savoir seront alors certains. C'est pourquoi, le partage et l'égalité sont la clé de voûte des logiciels libres, à côté de la liberté et de la gratuité. Certains vont même jusqu'à dire que le logiciel libre suit une logique mutualiste et communautaire³, à l'inverse des logiciels spécifiques qui, eux, suivent une logique propriétaire. Quant à la licence GPL, elle joue le rôle de catalyseur de talents : en faisant partager à tous le code source, l'innovation se développe et rentre dans tous les foyers utilisant les logiciels libres.

694. Le partage et l'égalité interdiront toute forme de discrimination entre les utilisateurs, ainsi que toute limitation de l'usage du logiciel dans certains domaines d'activités. De même, tout accord de non-divulgence sera prohibé. Cela va de soi dans la mesure où le principe même des logiciels libres est de permettre la diffusion au plus grand nombre. Les licences GPL et CeCILL s'inscrivent totalement dans cette logique de libre partage, tout en ne rejetant pas l'application du droit d'auteur. Ainsi, tout ce qui relève de l'utilisation du logiciel et donc des informations qui y sont

¹ TGI Chambéry, *Société Espaces et Réseaux Numériques (ERN) c/Conseil Général de Savoie et Université de Savoie*, 15 novembre 2007. Voir site : <http://www.bernardlamon.fr/la-licence-gpl-est-valable-en-droit-francais-premier-arret-de-cour-dappel>

² *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, C. Féral-Schuhl, Dalloz, 5^{ème} édition, 2009/2010, n° 79.12 et s., p. 512.

³ Des auteurs utilisent en effet le terme de « *cybercommunisme* » : *The californian ideology*, R. Barbrook, disponible sur le site : www.hrc.wmin.ac.uk

contenues est partageable, mais aucune modification, ni aucune évolution, ne peut être appropriée, l'objectif poursuivi étant un partage complet de l'information. De nombreux avantages en découlent : une évolution rapide des programmes, une correction des bogues et autres erreurs logicielles en temps réel, ainsi qu'une large diffusion des correctifs auprès des licenciés. Cela donne également au logiciel une valeur sociale et pédagogique, fait progresser la science, et c'est notamment pour cela que le logiciel libre doit rester ouvert et transparent, « *sans verrou, ni partie secrète* ». ¹ Pour maintenir l'idée d'un développement coopératif, de nombreuses licences libres telles que la GPL interdiront d'ailleurs de rediffuser le logiciel par le biais de sous-licences. L'intérêt général doit être recherché, ce qui n'est pas le cas du droit d'auteur ou copyright, des brevets, du savoir-faire et autres secrets de fabrication, qui veillent plutôt à protéger les intérêts des éditeurs et des distributeurs, et qui créent « *une rareté artificielle freinant la propagation des connaissances* », pour citer Richard Stallman. ²

695. Par ailleurs, le partage se veut créatif car, le but premier du mouvement du libre n'est pas simplement de promouvoir une œuvre logicielle et de faciliter la diffusion d'un savoir au plus grand nombre : il a aussi pour vocation d'inciter à la création et à la développer. En matière logicielle, la création consistera à modifier encore et encore les codes sources pour à chaque fois enrichir l'œuvre, la transformer, sachant que cet enrichissement résultera de l'effort commun. S'il s'agit d'une création au sens strict du terme, c'est parce que l'œuvre modifiée est le résultat de divers efforts et emprunts intellectuels, le fruit de plusieurs personnes, chacune ayant une personnalité, un profil et un parcours différents... ce qui lui donne une originalité certaine. Chacun ayant une façon particulière de programmer, le logiciel sera le croisement de toutes ces figures et, à chaque nouvelle modification, l'œuvre en résultant remplacera la précédente. Au final, le logiciel libre appartiendra à tous et en même temps à personne ; de même son enrichissement sera l'affaire de tous. Entendons par là, le fait que nul ne tirera bénéfice personnel d'une modification apportée : la contribution au développement du logiciel est un but louable et altruiste qui doit impérativement être poursuivi par tous, de manière égale. Aucun licencié ne saurait être placé dans une situation plus favorable qu'un autre, à moins que le donneur de licence n'en décide autrement, en insérant au contrat une disposition dans ce sens. C'est ce qui fait la spécificité du logiciel libre et qui démontre qu'égalité et partage caractérisent cette œuvre.

¹ *Vive le logiciel libre*, Y. Eudes, Le Monde informatique, 18 mars 1996.

² Voir le site : <http://www.gnu.org/>

696. Une telle approche n'est pas concevable dans le monde analogique où chaque œuvre relève d'une seule et même identité. A titre d'exemple, un tableau ou une sculpture, une fois achevés, représentent chacun une œuvre particulière propre à un auteur car, sont le reflet de son style, en un mot de son art. Les formes, les couleurs, les sujets qu'il a coutume d'utiliser sont la marque de sa personnalité et l'identifient facilement. Par conséquent, son empreinte est présente et indélébile. Cela n'est pas le cas pour un logiciel libre qui est appelé à évoluer et à être modifié de façon récurrente par des utilisateurs aux personnalités et aux compétences différentes.

De même, une telle approche n'est pas envisageable en matière de logiciel spécifique ou standard, s'agissant des œuvres de collaboration ou des œuvres collectives réalisées par plusieurs personnes. Car, bien qu'elles soient le fruit d'un travail commun, les acteurs poursuivent un unique objectif et tiennent compte des directives, ainsi que d'une ligne de conduite qui n'a rien à voir avec celle que l'on retrouve dans le cadre d'une licence libre. En effet, les utilisateurs d'un logiciel libre le modifient au gré de leurs envies, dans un souci d'amélioration, de perfectionnement, sans que l'auteur n'en dise quoi que ce soit, pourvu que son droit moral soit respecté et qu'il ne soit pas porté atteinte à sa réputation ou à son honneur.¹ De plus, dans le cadre des œuvres de collaboration ou des œuvres collectives, la participation des uns est telle qu'elle se confond avec celle des autres et qu'il est impossible de dire quelle est la part de chacun dans leur réalisation. Dès lors, le logiciel créé a une seule personnalité et une seule identité. Ce qui n'est pas le cas pour un logiciel libre, reflet de multiples facettes et individualités.

697. De ce fait, l'égalité et le partage vont de paire avec une collaboration créative, ce qui renvoie à l'une des obligations du licencié. A titre d'exemple, le système des « *Creative Commons Licences* » vise à faciliter le partage et l'enrichissement des créations, les « *Commons* », prévoyant un droit de reproduction, de représentation et de modification au profit de l'utilisateur qui accepte les termes de la licence. Pour cela, il propose des contrats-type d'offre de mise à disposition d'œuvres en ligne ou hors-ligne qui, inspirés par des licences telles que la GPL, aideront à l'utilisation et à la réutilisation d'œuvres quelle que soit leur nature (textuelle, photographique, musicale, multimédia telles qu'un site web...). L'œuvre sera réalisée par différentes personnes,

¹ Annexe n° 11: « *Préambule* » : « *Si un tiers le (le logiciel) modifie puis le redistribue, tous ceux qui en recevront une copie doivent savoir qu'il ne s'agit pas de l'original afin qu'une copie défectueuse n'entâche pas la réputation de l'auteur du logiciel.* », *Licence Publique Générale GNU/GPL, Free Software Foundation Inc.*, Version 2, Juin 1991, p. 2.

toutes coauteurs, peu importe le lieu où elles se situent, les réseaux numériques leur permettant d'échanger et de créer simultanément une œuvre, de la modifier, de l'enrichir... Une telle collaboration a créé des émules car, il est incité à appliquer les principes du logiciel libre aux œuvres audiovisuelles. Ainsi, est encouragée la diffusion sur Internet de liens permettant de télécharger librement des fichiers vidéo. D'autres initiatives ont permis à tous d'accéder à des effets sonores ou visuels pour les exploiter librement, c'est-à-dire à du matériel collectif destiné à enrichir les créations artistiques, et pour lesquelles s'appliqueront des règles similaires à celles applicables en matière de logiciels libres.¹

Au lieu de soumettre l'exploitation de l'œuvre à l'autorisation préalable des titulaires de droits, comme cela se produit habituellement en matière de droit d'auteur, les licences Creative Commons permettent à l'auteur d'autoriser à l'avance certaines utilisations selon des conditions qu'il aura prédéfinies, et d'en faire part à tous. La participation de tous est préconisée, ce qui favorisera l'évolution de l'œuvre visée. Par conséquent, la logique proposée par de telles licences et, de façon générale, par les licences libres, se veut novatrice.

698. Cependant, l'égalité entre les licenciés n'est pas totale. Car, si le logiciel libre est le résultat de la participation de plusieurs personnes, celle-ci demeure inégale en raison de leur degré de compétences distinctes, de la différence de moyens utilisés, de l'étendue du temps consacré aux modifications et aux améliorations apportées... D'où, les efforts et les contributions fournis par les uns s'avèreront plus importants que ceux des autres, sachant que tous seront tenus de communiquer leurs travaux, autrement dit, le code source modifié, ce qui peut créer un sentiment de frustration pour certains.

De plus, le licencié devra renoncer à la réservation des droits, en particulier des droits d'auteur, sur les modifications qu'il a effectuées et qui sont intégrées au logiciel initial, sauf si le donneur de licence prévoit le contraire. Il s'agit des modifications « *non dissociables* ». Cela signifie que bien qu'ayant contribué à l'amélioration du programme, il ne pourra « profiter » des retombées de son travail, ni revendiquer une quelconque propriété ou de quelconques droits d'auteur sur lesdites améliorations. Car,

¹ Ainsi, à titre d'exemple, une application Internet a été créée par l'association « *Creative Commons* » pour permettre aux moteurs de recherche d'identifier automatiquement les œuvres du domaine public : <http://www.creativecommons.org>

en tant qu'utilisateur d'un logiciel libre et ayant adhéré à sa licence, il en accepte la politique et l'esprit, basés sur le partage, l'échange, l'égalité et la gratuité. Autrement dit, il est considéré pareillement aux autres utilisateurs et le sens de la communauté doit guider chacun d'entre eux au détriment d'un esprit individualiste. A défaut, chacun risquerait d'être en compétition avec les autres, ce qui irait à l'encontre de la philosophie du mouvement du libre. Par conséquent, si le logiciel initial est soumis à GPL, il en sera de même pour les modifications apportées et donc, pour le « nouveau » logiciel en résultant.

Tout le monde doit profiter des modifications individuelles réalisées sur le logiciel libre. D'ailleurs, ces changements ne sont pas automatiquement « intégrés » au logiciel, sinon font l'objet de l'aval du donneur de licence initiale.

699. D'un point de vue juridique et économique, les conséquences sont la coexistence des logiciels libres avec les logiciels propriétaires, et la formation de deux marchés distincts, n'obéissant pas aux mêmes règles. En effet, dans le cas des logiciels libres, la diffusion a pour principe la libre circulation, et cela, à moindre coût, ce qui est inconcevable pour les logiciels propriétaires commandés par la logique du droit d'auteur plus contraignante, mais aussi plus sécurisante. Dès lors, pour les logiciels libres où le système du copyleft domine, la réservation privative de l'œuvre ne sera pas autorisée, de même que la « transformation » du logiciel libre en logiciel propriétaire. Une seule personne ne pourra s'approprier toutes les améliorations et évolutions effectuées, puisque le partage et l'égalité sont de rigueur. La « *propriétarisation* »¹ ne sera possible que si le logiciel n'est pas rediffusé. A cela, s'ajoute le fait que non seulement les licences libres ne sont pas compatibles avec les licences propriétaires -ce qui semble logique puisque les codes sources des logiciels propriétaires ne sont pas mis à disposition des utilisateurs- mais toutes les licences libres ne sont pas non plus compatibles entre elles.

¹ Il s'agit d'un néologisme utilisé en matière de logiciels libres. Par opposition à la licence GPL ou LGPL, certaines licences peuvent faire l'objet d'une propriété partielle : la « *Mozilla Public Licence* » ou la « *Netscape Public Licence* ». En effet, les modifications apportées ne seront pas systématiquement mises à la disposition des utilisateurs. Quant aux licences « *BSD* », « *Artistic* », « *MIT* », « *Apache* » ou « *Zope* », elles permettent la propriété d'une version améliorée du logiciel, et cela, quelle que soit l'importance de l'amélioration. Il faut vérifier le critère de propriété et de compatibilité des licences entre elles au cours des développements des logiciels libres concernés. Il sera souvent nécessaire de faire appel à un prestataire de services qui prendra en charge l'intégration des logiciels, et de négocier une clause de responsabilités et de garantie, sans oublier une clause d'assurances pour couvrir les risques liés à l'utilisation des logiciels libres.

700. Il existe bien un titulaire originel des droits, le donneur de licence, qui a renoncé à ses droits patrimoniaux sur l'œuvre et non à ses droits moraux, ceux-ci étant inaliénables (art. L. 111-1 CPI). Toutefois, il ne saurait s'approprier le travail d'autrui, son souhait étant que celui-ci profite à tous. A défaut, l'évolution toute entière de l'œuvre serait compromise. Chaque licencié peut néanmoins développer de façon indépendante son propre logiciel libre, à condition qu'il ne soit pas dérivé de celui soumis à la licence visée. Car, il ne s'agit pas de « *s'approprier ou de contester ses droits sur un travail entièrement réalisé* »¹, en toute autonomie. Sinon, en dehors de ce cas, tout travail dérivé ou collectif basé sur le logiciel libre d'origine doit demeurer commun et soumis à la même licence libre. Une telle protection n'est pas sans rappeler celle octroyée aux logiciels propriétaires pouvant être qualifiés d'œuvres collectives ou de collaboration, et pour lesquels un encadrement légal strict s'applique.

701. De manière générale, si dans le cas des logiciels libres, le partage est le principe à respecter, dans le cas des logiciels propriétaires, une seule personne est considérée comme auteur du logiciel et, par conséquent, titulaire des droits et prérogatives y afférents. Aucun partage en tant que tel n'est prévu : seuls des droits dont la portée variera du plus restrictif au plus large seront accordés à des personnes, les licenciés, expressément désignés. C'est pourquoi, le dispositif mis en place par les logiciels libres apparaît inédit.

B) Le revers de la médaille : une liberté et une gratuité relatives

La liberté est loin d'être totale en matière de logiciel libre : des contraintes sont également présentes (1). Il en est de même pour la gratuité qui n'est pas toujours observée, contrairement à l'opinion majoritaire (2).

1) Quand liberté rime aussi avec contrainte

702. Au préalable, dans le cadre des licences libres, la liberté n'est pas toujours présente, et cela, dès l'engagement du licencié, le contrat étant d'adhésion, c'est-à-dire sans possibilité de négociation. Par conséquent, il ne dispose que de deux alternatives : soit adhérer en bloc à l'ensemble des dispositions de la licence, soit les refuser, sachant qu'aucune solution intermédiaire n'est possible. Dire que les licences de logiciels libres

¹ Annexe n° 11 : Article 2 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3.

sont l'expression même de la liberté la plus absolue est donc inexact. Certes, la liberté est bien présente dans une certaine mesure, et constitue l'un des traits de caractères les plus marquants de ces contrats ; toutefois, elle n'exclut pas la présence de contraintes avec lesquelles elle n'est pas incompatible. C'est pourquoi, les propos selon lesquels la liberté est le propre des licences libres doivent être nuancés.

703. En premier lieu, les licences de logiciels libres sont des contrats d'adhésion¹ au même titre que la plupart des licences de logiciels propriétaires. Dès lors, les candidats aux licences sont tenus d'accepter toutes leurs dispositions s'ils souhaitent y adhérer, sans possibilité de négociation², ce qui leur laisse une faible marge de manœuvre. De même, pour pouvoir utiliser les logiciels libres qui en sont l'objet, il faut en accepter les termes, de façon tacite.³ (supra n° 764 s.). La licence apparaissant donc comme un contrat-type à exécution successive -ce qui renvoie au caractère évolutif de son objet- auquel il n'est pas possible de déroger, et au sein duquel le donneur de licence énumère les droits accordés. Les licenciés qui en sont destinataires ne peuvent que l'accepter, chose faite dès lors qu'ils modifient ou distribuent le programme. Par un tel contrat, l'auteur du logiciel libre standardise l'utilisation de son œuvre, ce qui constitue une contrainte, même si sa finalité première est de garantir les libertés et les prérogatives accordées.

704. En second lieu, dans le cadre d'une licence libre, les licenciés ont le droit d'utiliser et de modifier le logiciel visé comme ils l'entendent. Or, il n'est pas toujours aisé de le faire, encore moins d'incorporer au logiciel initial certaines modifications : il est alors nécessaire d'avoir certaines compétences et d'être une personne avertie en matière informatique, entendons par cela, un informaticien ou une personne expérimentée. En effet, bien que le code source du logiciel libre soit mis à la disposition

¹ *Les licences libres et le droit français*, C. Rojinsky et V. Grynbaum, Propriétés intellectuelles, juillet 2002, n° 4, p. 28. *Les licences open source : la fin des redevances ?* I. Renard, Petites Affiches, 13 octobre 2000, n° 205, p. 17. *Actualité des technologies avancées*, dir. P. Fernandez, Petites Affiches, 27 janvier 2003, n° 19, p. 10 s.

² En effet, la licence de logiciel libre correspond parfaitement à la définition du contrat d'adhésion : « *dénomination doctrinale générique qui englobe tous les contrats dans la formation desquels le consentement de l'une des parties (par exemple, le licencié) consiste à se décider à saisir une proposition qui est à prendre ou à laisser sans discussion, adhérant ainsi aux conditions établies unilatéralement à l'avance par l'autre partie (par exemple, le donneur de licence).* » in *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, G. Cornu, éd. PUF, Coll. Quadrige dicos poche, 2011.

³ Annexe n° 11 : Article 5 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 4, et Annexe n° 12 : Article 3 : « *Acceptation* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, CEA, CNRS et INRIA, Version 2, 5 septembre 2006, p. 3.

de tous, dans la pratique, tout le monde ne pourra y accéder et, encore moins, l'utiliser, le remanier, le modifier... s'il ne dispose pas de certaines connaissances. Dès lors, cette liberté octroyée ne lui sera d'aucune utilité, et il faudra compter sur la communauté des utilisateurs pour enrichir les logiciels en nouveaux éléments. D'où, la dépendance relative de certains licenciés envers d'autres, ce qui constitue une certaine contrainte.

Un paradoxe caractérise donc le logiciel libre : s'il s'adresse à tous et est librement accessible, il n'est pas « tout public ». D'ailleurs, les logiciels distribués sous GPL sont pour la plupart des produits à destination d'informaticiens et non de simples consommateurs. Certes, l'avantage est que les modifications apportées profitent à tous, sans distinction, peu importe le degré de participation au développement du logiciel. Toutefois, le fait que les utilisateurs du logiciel libre soient désintéressés financièrement de leur travail d'enrichissement peut en démotiver plus d'un qui considèrera que c'est une perte de temps que d'adhérer à un tel mouvement. En même temps, c'est ce qui constitue l'esprit du mouvement du libre qu'il doit accepter dès le départ, lors de l'adhésion à la licence.

705. En troisième lieu, ce n'est pas parce que ces programmes sont appelés logiciels libres qu'ils sont pour autant libres de droit, d'où l'ambiguïté de l'expression. S'ils ne font pas partie du domaine public et sont protégés par le droit d'auteur, leurs modifications sont effectuées sous le respect de certaines conditions précisées par le donneur de licence ou l'auteur. Cependant, ils font également l'objet d'un droit de propriété au même titre que les logiciels propriétaires. La liberté n'est donc pas totale, sinon relative. De plus, l'utilisation, la reproduction et la diffusion du logiciel ne se font pas sans contraintes : la GPL exige l'apposition d'un copyright sur chaque copie, ainsi que la mention de l'absence de garanties, afin d'informer les licenciés, dans un souci de transparence. Toute copie du logiciel devra être accompagnée d'un exemplaire de la licence et aucune modification des mentions faisant référence à la licence ne sera tolérée, ce qui paraît logique.¹ Une autre obligation consiste à soumettre à la licence GPL les copies distribuées, et il sera impossible de réduire l'étendue des droits transmis aux utilisateurs successifs.

¹ Annexe n° 11 : « Préambule », p. 2 et Article 2 du Chapitre : « Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3.

706. La licence de droit français comporte également des restrictions similaires au niveau des droits d'utilisation du logiciel, puisque pour en distribuer les copies, le licencié devra fournir un exemplaire de la licence et faire mention des limitations de garantie et de responsabilité du concédant.¹ En outre, le licencié s'engagera à ne pas supprimer ou modifier les mentions de propriété intellectuelle apposées sur le logiciel et « à reproduire à l'identique lesdites mentions sur les copies du logiciel modifié ou non ».² S'agissant de la diffusion elle-même, le code source sera transmis « sous une forme lisible par un ordinateur et sur un support habituellement utilisé pour l'échange de données » ou « le destinataire devra être informé de l'endroit où il peut être obtenu ».³

S'il est plus aisé de modifier un logiciel libre qu'un logiciel propriétaire, cela ne saurait se faire sans le respect de certaines règles prévues par la licence. Seront notamment indiqués les éléments du logiciel effectivement modifiés, l'identité de la personne qui a procédé à de tels changements, ainsi que leur date⁴, afin de suivre la chronologie des événements affectant le logiciel, peu importe que ceux-ci soient « positifs » ou « négatifs ». Tout ne sera pas autorisé, les aménagements devant répondre à certains critères : il s'agira de corrections de dysfonctionnements, d'adaptations à un environnement spécifique, d'interfaçages, de mises en oeuvre de nouvelles fonctionnalités, de traductions... en un mot, toute opération visant à améliorer le logiciel dans son fonctionnement et à lui permettre une évolution technique en adéquation avec les progrès de l'informatique, notamment pour lutter contre l'obsolescence inévitable. Ce qui englobe, au final, de nombreuses possibilités.

707. Certaines licences comme la GPL exigent également l'autorisation du donneur de licence pour toute intégration de tout ou partie du logiciel libre dans tout ou partie d'un autre logiciel libre soumis à licence distincte. En d'autres termes, un licencié ne peut pas faire tout ce qu'il veut, même si ses intentions sont louables et s'il poursuit un

¹ Annexe n° 12 : Article 5.3.1. : « Distribution du logiciel sans modification » et Article 5.3.2. : « Distribution du logiciel modifié », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 5.

² Annexe n° 12 : Article 6.4 : « Dispositions communes », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 6.

³ Annexe n° 11 : Article 3 al. 1^{er} du Chapitre : « Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3 et 4.

⁴ Annexe n° 11 : Article 1 du Chapitre : « Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 2 et 3.

but d'amélioration du logiciel.¹ La même solution est relevée si le logiciel libre est intégré dans un logiciel propriétaire. Ici, les rédacteurs de la GPL affirment clairement leur position : « *préserver la liberté (du logiciel) ou de ses dérivés et promouvoir le partage et la réutilisation du logiciel en général.* »²

708. Par ailleurs, les nouvelles versions d'un logiciel libre font en général l'objet de mécanismes complexes et contraignants, causant au final davantage de problèmes qu'un dysfonctionnement. Aussi, une amélioration peut s'avérer lourde de conséquences et inintéressante sur le plan pratique ; il est alors recommandé de rester à l'ancienne version du logiciel. Si toutefois, il y a souhait de mettre en œuvre de telles modifications, il est impératif que les tests qui y sont rattachés soient centralisés au niveau d'une seule personne pour éviter les problèmes par la suite. Dès lors, une entreprise qui utiliserait des logiciels libres s'exposera à des difficultés autres que celles qui surviendraient en cas d'utilisation de logiciels propriétaires, solution finalement plus sécurisante. Cela s'observera d'autant si l'entreprise en question n'est pas capable d'assurer sa fonction informatique et qu'elle externalise son système (voir Première Partie, Titre II, Chapitre II). Il est alors nécessaire qu'elle anticipe les moindres risques liés à l'utilisation des logiciels libres, risques qui, au demeurant, ne sont pas pris en charge par le donneur de licence dans le cadre du contrat. En cas de préjudice, son seul recours serait d'engager la responsabilité civile du prestataire de l'externalisation ou de l'éditeur visé, sur le fondement du manquement à ses devoirs de conseil, d'information et de mise en garde.

709. Ainsi, si chacun a le droit d'apporter des modifications aux logiciels libres, tout le monde ne peut s'y aventurer, ni prétendre pouvoir les effectuer, s'il ne dispose pas des compétences appropriées. En outre, une telle liberté n'induit pas pour autant une égalité de traitement des logiciels, dans la mesure où tous ne font pas l'objet d'évolutions de la part des licenciés : certains bénéficieront de modifications conséquentes, par rapport à d'autres, ne suscitant que peu d'intérêt.

¹ Annexe n° 11 : Article 10 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 6.

² Annexe n° 11 : Article 10 *in fine*, *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 6.

Derrière une liberté clairement affichée par les licences libres, il existe en réalité des contraintes non négligeables auxquelles doivent adhérer tout licencié, sans possibilité de négociation.

2) Quand liberté ne rime pas avec gratuité

710. Affirmer que les logiciels libres se caractérisent par la gratuité n'est pas totalement vrai. En effet, la gratuité n'est pas automatique et n'est pas le propre de tous les logiciels libres. La faute tient au terme « libre » qui évoque la gratuité, mais surtout au fait que l'expression même de logiciel libre se traduit en anglais par « *free software* », portant alors à confusion (infra n° 688 s.). En effet, « *free* » signifie libre ou gratuit selon les cas. Dès lors, le terme de « logiciel libre » devient ambigu et certains peuvent penser, à tort, que les logiciels libres sont à la fois gratuits et libres de droits, vu qu'ils associent le logiciel libre à la gratuité, c'est-à-dire aux logiciels qualifiés de « *freeware* ».

711. Or, la réalité est parfois autre, tous les logiciels libres n'étant pas gratuits¹, même si beaucoup le sont. En effet, certaines licences libres autorisent l'exploitation commerciale du logiciel visé par les licenciés, ce qui génère le paiement d'un prix.² A titre d'exemple, des licences telles que la GPL³ ou la CeCILL⁴ autorisent la diffusion de copies du logiciel à titre onéreux, même si ce prix (supra n° 771 s.) demeure en général symbolique et résulte davantage d'un « usage commercial », afin de ne pas faire obstacle à la libre diffusion du logiciel qui doit demeurer en la matière. Sur ce point, la GPL est davantage restrictive que la CeCILL car, limite les cas d'opérations onéreuses aux distributions des exemplaires physiques du logiciel, et aux fournitures de garanties sur ledit logiciel.

¹ *Le logiciel libre devient payant*, J-B. Su, *l'Expansion*, 18 mars 2004. De plus, selon le mouvement du logiciel libre anglo-saxon, pour expliquer le sens de logiciel libre, « *Free Software* » : « *Free as in Freedom, not as in Beer* », ce qui signifie libre dans le sens de la liberté d'expression, pas comme dans bière, sous entendu gratuite.

² *Linux, logiciels libres et licences*, T. Keelaghan, CCE, février 2002, chron. n° 6, spéc. p. 18. *Les logiciels libres : plus de démocratie ou d'argent dans la société de l'information*, T. Fuentes Camacho et B. de Padirac, *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1998, n° 4, p. 21.

³ Annexe n° 11 : Article 1 al. 2 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3.

⁴ Annexe n° 12 : Article 5.3 : « *Droit de distribution* » : « *Le droit de distribution comporte notamment le droit de diffuser, de transmettre et de communiquer le Logiciel au public sur tout support et par tout moyen ainsi que le droit de mettre sur le marché à titre onéreux ou gratuit, un ou des exemplaires du Logiciel par tout procédé.* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 4.

Des garanties et des services associés (supra n° 795 s.) au logiciel libre, tels que ceux de maintenance ou d'assistance technique peuvent également être proposés par les licenciés, moyennant rétribution financière¹, ces prestations étant en général exclues de toute licence libre. Ne seront pas non plus gratuits les logiciels libres diffusés par des sociétés² qui facturent leurs services en échange d'une réelle garantie sur leur utilisation, ce qui procure une certaine sécurité juridique. De même, certains logiciels libres sont distribués moyennant paiement, en raison des adaptations spécifiques aux besoins de certains utilisateurs, et installées sur leurs ordinateurs : de nombreuses licences l'autorisent. Un logiciel libre peut même être créé à partir d'un autre logiciel et faire l'objet d'une distribution individuelle et onéreuse. D'où, une gratuité au final relative.

712. Toutefois, le paiement d'un prix, même minime, contredit l'esprit du logiciel libre pour les plus puristes, ce qui a pour effet de générer quelques enjeux financiers. C'est sans compter la position de Richard Stallman, fondateur des logiciels libres, qui considère que : « *Nous encourageons ceux qui distribuent des logiciels libres à les faire payer le prix qu'ils veulent ou peuvent* ». ³ Cela s'explique notamment par le fait que l'auteur d'un logiciel libre et ses utilisateurs souhaitent bénéficier d'une certaine reconnaissance pour les contributions apportées au monde de l'informatique. Or, dès lors qu'un travail est effectué, un intéressement pécuniaire en résulte la plupart du temps, ce qui remet en cause l'idée de gratuité des logiciels libres. La gratuité n'est donc pas la règle en la matière⁴, l'utilisation des logiciels étant parfois payante.

713. Autour du logiciel libre, peut donc naître toute une économie induite par les revenus directs générés par sa diffusion, la réalisation de prestations connexes et nécessaires à son utilisation, souvent difficile pour un public non averti. Parmi ces prestations, il y a celle d'installation, d'intégration, de développements correspondant à des besoins particuliers, de maintenance, de formation, y compris du personnel, si l'utilisateur est une entreprise... A côté de cela, des revenus indirects peuvent résulter, lorsque l'utilisation des logiciels a pour effet d'accroître la productivité de l'entreprise concernée. Or, de telles observations sont valables en matière de logiciels propriétaires.

¹ Annexe n° 12 : Article 7 : « *Services associés* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 6 et 7.

² C'est le cas des sociétés américaines *Debian* ou *Redhat*.

³ Lire les propos de Richard Stallman sur le site officiel du projet GNU: <http://www.gnu.org>

⁴ *Le logiciel libre devient payant*, J.-B. Su, *L'Expansion*, 18 mars 2004.

714. A l'inverse, certains logiciels propriétaires peuvent faire l'objet d'une distribution gratuite, même si cela reste rare dans la pratique : il s'agit des logiciels « tests », « d'essai », appelés à « s'auto-détruire », à se détériorer, c'est-à-dire à ne plus pouvoir être utilisés au bout d'un certain temps précisé dans la licence, le but étant d'inciter l'utilisateur à l'acquérir par la suite. (Première Partie, Titre I, Chapitre I). A cela, s'ajoute le fait que le Code de la propriété intellectuelle autorise l'attribution de certaines prérogatives du droit d'auteur à titre gratuit. En effet, son art. L. 122-7 al. 1^{er} dispose que : « *le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux* ». Seul l'auteur d'une œuvre de l'esprit, quelle que soit sa nature, logicielle ou autre, peut décider de son utilisation gratuite ou payante. Quant à la jurisprudence, elle relève qu'il a toujours existé des cessions gratuites de droits, des donations et des autorisations gracieuses.¹ C'est pourquoi, affirmer que les logiciels libres détiennent le monopole de la gratuité s'agissant de l'exploitation de leurs droits d'auteur est inexact. La gratuité n'est pas une condition de leur existence.

715. Enfin, si certains logiciels libres sont gratuits, cela n'est pas sans conséquence. En effet, leur développement, leur entretien, et leur maintenance peuvent s'avérer plus coûteux que d'autres logiciels, payants dès le départ, en particulier pour des utilisateurs non avertis. C'est pourquoi, l'expression de « logiciel libre » apparaît trompeuse et idéologique, voire utopique. Pour éviter les confusions, le terme de « copyleft » paraît plus approprié : il caractérise d'ailleurs certaines licences telles que la GPL, pionnière en la matière. De plus, de l'analyse approfondie du logiciel libre, il en résulte que l'important est la liberté qu'il suppose, son caractère évolutif et dynamique, plutôt que la gratuité, non relevée la plupart du temps. Dès lors, la liberté prend le pas sur la gratuité.

716. Comparées aux licences de logiciels propriétaires, les licences libres apparaissent plus souples et offrent une certaine liberté aux licenciés quant à l'utilisation du logiciel qui en est l'objet. Néanmoins, cela reste dans l'obligation de respecter strictement ses termes ainsi que le droit, notamment le droit de la propriété intellectuelle. Si la liberté est très présente et semble caractériser le logiciel libre, elle n'est pas totale, sinon encadrée (Section 2).

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001, CCE avril 2001, comm. n° 34.

Section 2 : Une liberté surveillée ou l'encadrement des logiciels libres par le droit d'auteur et par le droit des licences

De façon générale, les règles du droit d'auteur ne sont pas totalement respectées par les licences de logiciels libres. Les développements qui vont suivre ne feront qu'appuyer cette théorie (sous-section 1). Quant aux licences elles-mêmes, si la liberté constitue leur fer de lance, il n'en demeure pas moins des contraintes auxquelles le licencié doit faire face et auxquelles il ne peut échapper. En effet, le logiciel libre n'est pas libre de droits : chaque licencié qui contribue à son développement ne peut revendiquer la qualité d'auteur (sous-section 2).

Sous-section 1 : L'articulation adroite entre le droit d'auteur et la liberté ou la difficile compatibilité entre les deux notions

Les licences libres ne peuvent totalement ignorer le droit de la propriété intellectuelle et, de façon générale, le droit, dans la mesure où comme tout contrat, elles s'inscrivent dans un environnement juridique donné et doivent respecter les contraintes légales qui s'imposent. En d'autres termes, elles ne sont pas bâties en rupture avec l'environnement juridique pré-existant (A). La confrontation entre copyleft et copyright ou droit d'auteur devient alors nécessaire (B).

A) L'encadrement du logiciel libre par le droit de la propriété intellectuelle ou la question du formalisme légal de la cession

717. Il faut partir du postulat que les licences de logiciels libres représentent une création originale et inédite du droit des contrats, compte tenu des conséquences juridiques qui en découlent. Cela est sans doute dû au fait que leur objet, les logiciels libres, est particulier, et que toute personne qui souhaite diffuser son œuvre sans un encadrement strict -à l'instar de celui qui existe pour les logiciels propriétaires- peut y recourir facilement. Pour cela, il suffit d'adhérer à l'une des licences libres qui existent, telle que la GPL -pour ne citer que la plus célèbre- et qui a pour spécificité de pouvoir être appliquée à la plupart des logiciels libres. L'œuvre diffusée sera alors accompagnée d'une licence dite d'utilisation, contrat-type à exécution successive énumérant les droits accordés aux destinataires, et que ceux-ci acceptent dès lors qu'ils utilisent le logiciel en question. Un tel procédé permet à l'auteur de standardiser l'utilisation de son œuvre et d'encadrer son usage. En effet, la licence s'appliquera à tous les licenciés, quels qu'ils soient et, de manière homogène. Elle apparaît alors comme le moyen d'aménager le

droit d'auteur applicable à une œuvre, et autorise une utilisation de celle-ci plus permissive. L'auteur renonçant à l'exclusivité de la plupart des droits de propriété intellectuelle qui lui sont conférés en vertu de sa qualité, hormis le droit moral (supra n° 818 s.).

Il faut néanmoins préciser qu'en mettant à la disposition de tous le code source de son programme, l'auteur ne renonce pas pour autant à sa propriété et n'a pas l'intention de mettre son œuvre dans le domaine public qui recouvre une autre situation : sa propriété n'est pas transférée¹ -ce qui exclut la qualification de la licence libre en contrat de vente²- même s'il autorise l'exercice de certaines prérogatives sur son œuvre (exercice du droit de reproduction : art. L. 122-3 CPI ; exercice du droit de représentation : art. L. 122-2 CPI ; exercice du droit d'adaptation, de traduction...). Il ne fait que rendre son œuvre libre, pour lui permettre d'évoluer, ce qui n'implique pas une intention totalement libérale de sa part. Son œuvre demeure protégée par le droit et l'auteur ou donneur de licence conserve certains de ses droits sur le logiciel. Dès lors, aucune cession de droits en tant que telle ne se produit.

718. Remarquons qu'une véritable cession ne serait pas possible dans l'hypothèse d'un logiciel libre, le Code de la propriété intellectuelle imposant un formalisme particulier (art. L. 131-3 al. 1^{er}) auquel ledit logiciel n'adhère pas. Ce formalisme consiste à faire en sorte 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* », sachant que les droits patrimoniaux peuvent être cédés ensemble ou séparément.

Si un tel formalisme était possible dans le cas d'un logiciel libre, la durée ferait logiquement référence à la durée légale de protection de l'œuvre (soit la vie de l'auteur à laquelle s'ajoutent soixante-dix ans après sa mort) et le lieu du domaine d'exploitation serait le monde entier (art. 2 CeCILL : « *Le Contrat a pour objet la concession par le Concédant au Licencié d'une licence non exclusive, cessible et mondiale du Logiciel (...) pour toute la durée de protection des droits portant sur ce Logiciel.*»). Quant à la destination des droits cédés, elle se manifesterait dans l'intention de l'auteur de créer

¹ *De la propriété comme modèle*, J.-M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, in Mélanges offerts d'André Colomer, Paris, Litec, 1993.

² Cass. com., 9 novembre 1993, Bull. civ. IV, n° 395.

une communauté de personnes qui utiliserait librement et gratuitement le logiciel en question, dont les droits seraient cessibles, mais non exclusifs. Ce qui semble être le cas dans les licences libres. Il faudrait également préciser avec exactitude la nature des droits concédés, ce que la licence libre CeCILL fait dans son article 5¹ (sont visés les droits d'utilisation, de distribution, de diffusion, d'apporter des contributions), contrairement à la licence GPL. Cependant, la détermination des droits concédés est trop généraliste pour qu'une véritable cession soit envisagée. A ce sujet, la jurisprudence n'admet pas la validité des cessions comprenant des clauses trop générales ou imprécises², la sanction étant la nullité.

719. Toutefois, les principales licences libres ne prévoient pas dans leurs dispositions le mécanisme de la cession, contrairement aux licences de logiciels propriétaires, alors que la jurisprudence considère que l'art. L. 131-3 CPI peut s'appliquer aux logiciels³, sans distinction, aux licences, et même aux actes gratuits.⁴ Cela s'explique par le fait que tout le monde peut utiliser un logiciel libre, de quelque manière que ce soit et pour tout usage, en tout lieu et de façon continue, à la condition de ne pas porter atteinte à l'honneur et à la réputation de l'auteur (cf. : Préambule de la licence GPL). Un tel formalisme serait inutile et alourdirait la licence. L'art. L. 131-3 CPI étant d'ordre public, une licence telle que la GPL serait en infraction avec ce texte, en particulier si l'on considère qu'elle rentre dans la catégorie des actes gratuits, ce qui aurait de lourdes conséquences dans la pratique.

De plus, le formalisme de la cession de droits de propriété littéraire et artistique, tel que prévu par la loi, ne serait pas applicable ici car, pour qu'une véritable cession de droits s'opère, il faudrait que l'auteur de l'œuvre en question cède ses droits. Or, dans le cas d'une licence de logiciel libre, c'est un système « en étoile »⁵ qui est institué, le donneur de licence cédant ses droits patrimoniaux sur l'œuvre originale à de nombreux licenciés qui, à leur tour, cèdent les droits obtenus sur l'œuvre modifiée. Si le donneur de licence conserve sa place, ses partenaires changent, ainsi que l'objet du contrat qui devient au

¹ Annexe n° 12 : Article 5 : « *Etendue des droits concédés* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, CEA, CNRS et INRIA, Version 2, 5 septembre 2006, p. 4 et 5.

² Cass. civ. 1^{ère}, 9 octobre 1991, D. 1993, somm. p. 92, obs. Colombet.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1999, *Société Nordivet et Ysoft Informatique c/Actiel*, CCE mai 2000, comm., n° 23, obs. J.-C. Galloux.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001, *Editions du cercle du Cercle d'art c/Pierrel et Ruiz-Picasso*, CCE, avril 2001, comm. Ch. Caron, n° 34, p. 13.

⁵ *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, M. Vivant, Ch. Le Stanc, Lamy 2003, n° 3073, p. 1765.

fil du temps « *le logiciel après évolution* ». ¹ En effet, un logiciel libre est le résultat des contributions perpétuelles des utilisateurs, contributions qui, cumulées dans le temps, aboutissent à un programme différent de celui donné en licence initialement, en un mot, à une nouvelle version. Par conséquent, il faut analyser la licence libre de façon particulière : pour partie, il y aura cession des droits concernant l'œuvre originelle, et pour autre partie, il y aura cession des droits concernant les contributions effectuées par les divers utilisateurs. Une telle situation est loin d'apporter une sécurité juridique. Or, la jurisprudence limite le champ d'application de l'art. L. 131-3 CPI aux cessions conclues entre l'auteur et le premier cessionnaire. ² D'où, les licences libres semblent échapper à cet article.

720. Par ailleurs, si l'on applique strictement le formalisme posé par l'art. L. 131-3 CPI, il risque de se produire quelques difficultés, dans la mesure où le licencié qui souhaiterait modifier un logiciel déjà modifié devrait demander l'autorisation à toutes les personnes qui sont précédemment intervenues dessus. ³ Dans la pratique, cela serait impossible, compte tenu de leur localisation géographique diverse, la licence libre pouvant s'appliquer à toute personne située à n'importe quel endroit dans le monde, et surtout, compte tenu de leur nombre important. En d'autres termes, le licencié ne pourra se contenter de la seule autorisation du donneur de licence portant uniquement sur la version originale du logiciel, puisque celui-ci ne se sera pas fait céder les droits sur les versions postérieures modifiées. Pour que la cession soit valable, il lui manquerait les autorisations des autres licenciés. Or, si l'on applique l'adage : « *Nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même* » ⁴, on en déduit que le donneur de licence ne peut octroyer qu'une autorisation d'adaptation incomplète. Par conséquent, une véritable cession au sens de la loi n'est pas envisageable dans ce cas de figure. Si elle l'était, elle remettrait en cause le dispositif même de la licence libre, qui autorise les interventions de tout licencié, sans distinction, sur un logiciel préalablement modifié, et cela, à tout moment. Au demeurant, les licences libres ne font pas référence au mécanisme légal de la cession, même si elles prévoient la cession des droits d'utilisation et de modification. A ce sujet, la licence sera avare de détails. Cette façon de rédiger les

¹ *Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français*, Ch. Caron, D. 2003, chron. p. 1556.

² Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, *Perrier*, D. 1994, Jur. p. 166, note P.-Y. Gautier et somm. p. 280, obs. T. Hassler.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 1959, D. 1960, Jur. p. 129, note H. Desbois : il s'agit ici d'un exemple d'une application classique de cette règle dans le domaine de la propriété littéraire et artistique.

⁴ « *Nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet* », *Adages du droit français*, H. Roland et L. Boyer, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 259.

clauses est en totale contradiction avec le formalisme posé par l'art. L. 131-3 CPI qui sanctionne par la nullité les clauses de cession trop générales, alors que sont exigées des mentions précises. L'objectif poursuivi par la loi étant de protéger l'auteur et non le licencié désireux de céder ses droits par la suite. D'où, la sévérité des règles de cession.

Cela étant, le fait que les licences de logiciels libres n'obéissent pas à un tel procédé ne signifie pas que le donneur de licence ne bénéficie d'aucune protection, ni que son œuvre soit « jetée en pâture » aux nombreux licenciés. Il demeure protégé, notamment par le droit d'auteur.

Si les licences de logiciels libres devaient suivre strictement le formalisme légal de la cession, le donneur de licence ou auteur pourrait à tout moment invoquer leur nullité, ce qui serait dangereux à terme, en plus d'être source d'instabilité juridique. Car, cela remettrait en cause le concept même du logiciel libre pour lequel les fondateurs ne souhaitent pas s'encombrer de telles considérations. A cela, s'ajouteraient trop de contraintes qui pâtiraient à son développement.

721. Enfin, la cession est par nature antinomique à la philosophie du mouvement du libre, puisqu'a pour objet de transférer des droits patrimoniaux, la plupart du temps à titre exclusif, et moyennant paiement de redevances pour permettre à l'auteur de « faire vivre son œuvre » et, par la même occasion, de vivre de son œuvre, en obtenant une contrepartie de ses efforts intellectuels réalisés. Car, une œuvre non exploitée devient inutile en plus de devenir rapidement obsolète, s'agissant en particulier d'une œuvre informatique ou logicielle. Or, le logiciel libre ayant vocation au partage, à l'égalité, à l'échange, et cela, à moindre frais, une telle analyse n'y a pas sa place, et cela, peu importe qu'en parlant de cession, le Code de propriété intellectuelle vise à la fois la cession au sens strict, cession à titre exclusif du droit d'usage, ou la simple « concession » ou la « licence », lorsque la cession se déroule à titre non exclusif. ¹

¹ *Propriété littéraire et artistique*, P. Sirinelli, Mémento Dalloz, 2^{ème} édition, 2003, p. 112.

B) Une protection des logiciels libres par le droit d'auteur : le copyleft, entre copyright et droit d'auteur ?

Le système du copyleft, présent dans des licences telles que la GPL, s'avère moins restrictif qu'il y paraît (1). En effet, il ne remet pas en cause la liberté, caractérisant les logiciels libres (2).

1) Des droits accordés par le copyleft

722. Par le biais de la licence, l'auteur protège « *ses biens intellectuels* ». ¹ Une licence libre telle que la GPL ne poursuit pas un autre but : la seule différence est que plutôt que d'utiliser son monopole pour restreindre l'accès aux composants du programme, l'auteur d'un logiciel diffusé sous GPL cède ses principales prérogatives patrimoniales pour en permettre la libre utilisation, adaptation, modification et redistribution du logiciel modifié. Il sera exigé de placer le logiciel modifié sous le régime de la même licence que celle initiale, de mentionner l'origine des modifications, ainsi que leur date ², d'apposer la mention d'un copyright et de prévenir de l'absence de garantie et de responsabilité. C'est ce qu'avait décidé Richard Stallman : « *Pour placer un logiciel sous « gauche d'auteur », nous le soumettons d'abord au droit d'auteur ; puis nous ajoutons des conditions de distribution, qui sont les instruments légaux permettant à quiconque d'user, modifier et redistribuer le code source du logiciel ou de n'importe quel logiciel en dérivant, mais seulement si les conditions de distribution sont restées inchangées. Ainsi, le code source et la liberté deviennent légalement inséparables.* » ³

Le donneur de licence comme les divers contributeurs au développement du logiciel ont alors une approche désintéressée en matière de droit d'auteur, en particulier au niveau des droits patrimoniaux sur le logiciel car, savent qu'ils ne tireront que peu ou pas de fruits de leur participation à son évolution. Le copyleft et les licences copyleft permettent ainsi « d'offrir » un logiciel à la communauté des utilisateurs, afin d'éviter

¹ *Droits d'auteurs et droits voisins*, X. Linant de Bellefonds, Dalloz, 2002, n° 1, p. 1.

² Annexe n° 11 : Article 2 du Chapitre « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, Free Software Foundation Inc., Version 2, Juin 1991, p. 3.

³ C'est la traduction du discours de Richard Stallman, *The GNU Project* : « *To copyleft a program, first we copyright it ; then we add distribution terms, which are a legal instrument that gives everyone the rights to use, modify, and redistribute the program's code or any program derived from it but only if the distribution terms are unchanged. Thus, the code and the freedom become legally inseparable.* »

<http://gnucvs.vlsm.org/copyleft/copyleft.last>

que l'œuvre d'origine ne soit détournée par une personne qui la modifiera et qui commercialisera ensuite l'œuvre qui en sera dérivée, sans transmettre aux utilisateurs les prérogatives offertes par l'auteur initial.

723. L'esprit du mouvement du libre est aux antipodes de cela : en recourant au copyright ou droit d'auteur et en proposant une licence d'utilisation originale, la licence copyleft, l'auteur d'un logiciel le protège et lui donne un encadrement pour lutter contre toute dérive éventuelle. Cependant, il ne pourra pas se prévaloir de ses droits, contrairement à un auteur de logiciel propriétaire. La liberté devra être transmise et garantie d'utilisateur à utilisateur, de licencié à tiers, englobant liberté de copier et de modifier. Cela reste valable, que le logiciel redistribué soit modifié ou non. Pour que le logiciel demeure libre, il ne devra pas être intégré dans un logiciel qui ne garantit pas ces mêmes libertés. Le terme « *left* » dans « *copyleft* » signifiant en anglais « laissé » pour « laissé libre », résume cette idée. Le code source modifié doit donc être à son tour placé sous licence libre pour éviter que le programme visé ne devienne un jour un programme propriétaire. Le concept de copyleft recourt alors au droit d'auteur uniquement pour imposer, protéger et garantir toutes ces libertés au moyen de licences plus ou moins contraignantes. En aucun cas, il ne renie le droit d'auteur. La liberté offerte par le copyleft s'accompagne donc de contraintes, puisque l'auteur de la modification s'engage à ce que celle-ci soit elle-même libre de droits. C'est le prix à payer pour pouvoir accéder librement au code source et pour permettre la libre circulation des logiciels. Au final, ce n'est pas le logiciel qui est libre, mais le contrat de licence qui le régit.

724. Un rapprochement peut être fait entre les logiciels libres et les logiciels propriétaires sur le terrain de la propriété intellectuelle, la redistribution d'une version non modifiée du logiciel libre s'apparentant à une sous-licence, tandis que la redistribution d'une version modifiée du logiciel libre s'apparentant à une œuvre composite (cf. : art. L. 113-4 CPI), à condition de respecter les droits de l'auteur de l'œuvre préexistante. D'où, les licences libres respectent non seulement le droit d'auteur, mais aussi le droit des contrats, en particulier le principe de la liberté contractuelle autorisant les parties à restreindre l'exercice de leurs droits dans les limites prévues par la loi. L'intérêt des licences libres est donc de définir les règles de dévolution des droits patrimoniaux et moraux, souvent dérogoires au droit commun.

S'agissant du mécanisme de la cession et de ce qui s'observe en matière de logiciels propriétaires, leur régime est différent de celui des logiciels libres. A cela, s'ajoute le fait que les licences libres ont pour intérêt d'offrir un équilibre entre les parties et une durée quasi indéterminée, dans la mesure où le logiciel évoluant de façon perpétuelle, un licencié peut y rester soumis tant qu'il l'utilise. Dans le cas d'un logiciel propriétaire, cela ne serait pas possible, puisque pour bénéficier de nouvelles versions, il faudrait adhérer à une nouvelle licence et, par conséquent, payer un nouveau prix. Or, adhérer à une licence de logiciel libre est souvent gratuit, même si certains frais peuvent en résulter, frais au demeurant minimales (infra n° 688 s.). D'où, les économies d'argent et de temps, la licence étant déjà « prête à l'emploi ».¹

725. Le conflit, si l'on peut dire, entre les deux types de logiciels, a principalement lieu sur le plan juridique, en particulier sur celui du droit d'auteur. Car, comme tout logiciel, le logiciel libre bénéficie de la protection du droit d'auteur et ne peut y échapper, le Code de la propriété intellectuelle, en son art. L. 112-2, 13°, ne faisant pas de distinction entre les logiciels propriétaires et les logiciels libres, puisque se contentant d'utiliser le mot « *logiciel* », sans aucune précision : « *Sont considérées comme œuvres de l'esprit (...) les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire* ». La seule condition exigée pour bénéficier d'une telle protection est l'originalité de l'œuvre, et pour prétendre à la qualité d'auteur, il suffit d'avoir divulgué le logiciel, l'auteur étant présumé être celui sous le nom duquel l'œuvre est diffusée (art. L. 113-1 CPI).

Par conséquent, les logiciels libres ne seront pas soumis à un régime particulier ou dérogatoire quelconque : leurs auteurs auront les mêmes prérogatives que celles octroyées à n'importe quel auteur, ni plus, ni moins. Et c'est une bonne chose, dans la mesure où bien que le droit d'auteur apparaisse comme un droit contraignant, il présente également des avantages, protégeant le logiciel libre contre le piratage et autres pratiques illicites telles que le parasitisme ou la concurrence déloyale, comme il le fait déjà pour les logiciels propriétaires. Il est évident qu'en bénéficiant du droit d'auteur, une situation paradoxale se produit, les règles lourdes et obligatoires du droit d'auteur allant à l'encontre de l'esprit de liberté et d'absence de propriété qui sont censés régner au sein des logiciels libres.

¹ Pour cette dernière hypothèse, on rapprochera la licence libre d'une licence click-wrap ou shrink-wrap, ne faisant l'objet d'aucune négociation.

726. Toutefois, la difficulté sera de savoir de quelle manière le droit d'auteur s'appliquera et comment il appréhendera cette œuvre particulière. Car, si avant tout, un logiciel libre est un logiciel, il ne peut se concevoir pareillement à un logiciel propriétaire, d'autant qu'il obéit à une logique inverse de celle du droit d'auteur selon laquelle tout ce qui n'est pas expressément cédé est réservé. Autrement dit, l'instauration d'un droit privatif permet de prohiber tout acte non autorisé par l'auteur. Or, en matière de logiciel libre, le licencié peut faire tout acte qui n'est pas expressément interdit par le donneur de licence. Ce qui lui laisse une large marge de manœuvre, la licence étant rédigée de façon à offrir de grandes possibilités, même si celles-ci comportent quelques restrictions nécessaires. L'auteur accepte toute reproduction, représentation, modification ou diffusion de son œuvre sans véritable contrepartie, et s'il y en a une, elle est vraiment modique (infra n° 688 s. et supra n° 771 s.). Le problème consiste alors à définir le régime du logiciel libre et à savoir s'il est spécifique et s'il échappe complètement au droit.

727. En outre, comme les logiciels propriétaires, les logiciels libres sont des œuvres particulières car, peuvent être reproduits à l'infini, à l'identique, à moindre frais, et sans trop d'effort. Cela s'explique par le fait qu'il s'agit de biens immatériels chargés et dupliqués facilement sur un ordinateur. Pour lutter contre tout risque de contrefaçon et de développement d'un marché parallèle de copies de logiciels, le législateur a restreint le champ d'application de la copie privée (art. L. 122-5-2° CPI) à la copie de sauvegarde (art. L. 122-6-1 II CPI). Si de telles dispositions s'appliquent aux logiciels classiques, elles ne sauraient s'appliquer aux logiciels libres qui obéissent à une logique différente. En effet, de tels logiciels ont pour finalité de circuler librement au sein d'une communauté d'utilisateurs et font l'objet de modifications, de copies et de distributions selon des règles moins strictes que celles prévues par le droit d'auteur, à savoir les règles souples posées par les licences. Ils s'insèrent alors dans un « *système mondial de création et de diffusion de progiciels en libre copie, aussi vieux que l'informatique et dont l'avenir repose sur la généralisation des réseaux en ligne* ». ¹ Des personnes qui ne sont pas auteurs du logiciel ont donc le droit de le modifier facilement, ayant accès à son code source.

¹ *Freeware, shareware, cryppleware : Présentation et classification des logiciels en libre copie*, G. A. Guilleux, Gaz. Pal. 15 avril 1997, 1, doctr., p. 630 ; Droit de l'informatique et des télécoms, 1997/1, p. 12. Au début de l'ère des logiciels libres, leurs copies ont circulé de la main à la main, puis via des serveurs privés, les « *Bulletin Board Service* » (BBS). Aujourd'hui, l'Internet facilite leur communication au-delà de toute espérance.

728. C'est sans compter le fait que, contrairement aux logiciels propriétaires, les logiciels libres ne sont pas disponibles en magasin sous forme de produits édités : leurs auteurs n'ont recours, ni à un contrat d'édition (art. L. 132-1 s. CPI), ni à une licence de commercialisation pour les distribuer.¹ Au contraire : ils passent directement entre les mains des utilisateurs en encourageant la reproduction et la distribution de copies à titre gratuit. De plus, outre le fait que l'auteur d'un logiciel libre dispose d'une autonomie qu'il n'aurait pas s'il avait un éditeur, ainsi que d'une grande liberté s'agissant du régime juridique qu'il souhaite appliquer à son logiciel, il réalise des économies en frais de production de supports matériels, de documentation, d'emballage, de distribution (frais de marketing, de publicité, rémunération des intermédiaires éventuels)... Un tel dispositif ne serait pas possible dans le monde analogique, par exemple, s'agissant de la vente de livres qui doivent en premier lieu être édités, même si leur commercialisation est possible en ligne et sous la forme de livres électroniques. Dans cette hypothèse, la protection des droits d'auteur est encadrée différemment et de façon plus stricte. En revanche, dans le cas des logiciels libres, leur mode de distribution apparaît inédit et original, et repose sur une divulgation de l'œuvre (art. L. 121-2 al. 1^{er} CPI) directement sur les réseaux, et différente de ce qui se produit en matière de logiciels propriétaires. La mise à disposition du logiciel se fait donc de façon quasi immédiate et pour un coût très faible, puisqu'il suffit d'avoir une connexion Internet pour pouvoir télécharger le logiciel. S'agissant du droit de reproduction (art. L. 122-3 al. 1^{er} CPI), il fera l'objet d'un traitement particulier (supra n° 787 s.). .

2) La liberté, déterminante du régime juridique du logiciel libre

729. Le cheval de bataille des logiciels libres est la liberté au sens large, incluant la liberté d'utiliser le logiciel, de le modifier, de l'adapter, de le redistribuer... Or, leur protection par le droit d'auteur est un obstacle à cette liberté. C'est pourquoi, affirmer qu'un logiciel libre accorde une totale liberté à ses licenciés constitue une vision très naïve de la réalité. Il faut plutôt considérer que les licences de logiciels libres encadrent la liberté octroyée, afin d'éviter leur appropriation par une personne en particulier. Car, ces programmes doivent rester ouverts², quelles que soient les circonstances. Cela n'autorise pas pour autant le non-respect de la loi : liberté et respect de la loi sont compatibles et il est nécessaire de concilier liberté et réservation.

¹ *Droit de l'informatique et des télécommunications*, J. Huet et H. Maisl, Litec 1989, n° 456, p. 444.

² Dossier spécial logiciels libres et ouverts : *Une liberté sous contrainte*, De Roquefeuil B., L'Informatique Professionnelle n° 206, août-septembre 2002, p. 4.

730. Pour y parvenir, il fallait trouver un compromis entre le droit d'auteur qui encadre strictement les œuvres de l'esprit et la liberté souhaitée par les partisans du mouvement du logiciel libre. La licence libre représente justement ce compromis car, autorise les utilisateurs à exécuter, copier, distribuer et modifier librement le logiciel visé, alors qu'habituellement, un auteur recourt au droit pour interdire ou limiter de telles prérogatives et pour avoir la garantie que personne n'interviendra sur son œuvre sans son autorisation, en raison du monopole d'exploitation qu'il détient en vertu de l'art. L. 111-1 CPI, « *du seul fait de sa création* ». Au demeurant, la licence libre s'insère parfaitement dans la définition du logiciel libre donnée par certains : « *un logiciel libre est un logiciel soumis à une licence qui autorise à l'utiliser, l'étudier, le modifier, puis le redistribuer.* »¹

En organisant notamment les droits de reproduction, de modification et de diffusion, la licence libre met de l'ordre dans les prérogatives accordées aux licenciés et montre l'application d'une sorte de droit de propriété intellectuelle « ouvert », leur offrant de nombreux avantages et moins de sévérité que le droit d'auteur. Elle permet à un auteur d'adapter selon ses besoins la protection qu'il souhaite bénéficier pour son œuvre, avec pour conséquences, une circulation facilitée, un partage et un échange de connaissances entre les licenciés... comme cela est prévu par les licences GPL et CeCILL. L'intérêt de ces dernières est également de pouvoir s'appliquer à différents types de programmes libres, leurs dispositions n'étant pas spécifiques de tels ou tels logiciels, comme cela est le cas pour les licences de logiciels propriétaires. En d'autres termes, les logiciels libres ne sont pas liés à la licence qui les « accompagne » : ils peuvent en être dissociés et être distribués en toute indépendance. A ce titre, la fameuse licence GPL est la plus utilisée dans le monde, en raison de la possibilité de l'appliquer à tous les logiciels libres qui, par nature, respectent tous les formats standards, et donc l'interopérabilité entre les programmes d'ordinateur.

731. Mais, d'autres licences existent et divergent selon la conception plus ou moins extensive de la liberté accordée. S'agissant de la GPL, elle empêche l'appropriation du code source et de ses modifications par quiconque, et incarne alors les valeurs du mouvement fondateur des logiciels libres : c'est l'effet « *copyleft* » ou « *gauche d'auteur* » pour faire front au « *copyright* » ou « *droite d'auteur* ». Le terme « *copyleft* » apparaît alors comme un jeu de mots anglais faisant référence à la notion de copyright

¹ *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, C. Bernault et J.-P. Clavier, Ellipses, 2008, p. 251.

(« *right* » en anglais signifie à la fois le droit, c'est-à-dire la règle juridique, et la droite, qui marque une direction) que l'on peut transposer en français en parlant de « *gauche d'auteur* », par opposition au droit d'auteur. L'idée est que toute forme d'appropriation du logiciel est prohibée, et que les logiciels libres défient le droit d'auteur, notamment quant aux conditions de leur distribution. Le copyleft est donc une « forme » de copyright permettant de protéger le logiciel, et les licences copyleft ont pour objet d'organiser la liberté octroyée aux licenciés, sans qu'il soit possible à quiconque de s'approprier le logiciel. La licence GPL, qui en est un exemple, consacre dès lors la liberté avec un grand « L » et est emprunte de la personnalité et des idées de son fondateur charismatique, Richard Stallman. Il en est de même pour d'autres licences-types.

732. Toutefois, le copyleft n'est pas l'antithèse du copyright, s'appuyant même sur certaines de ses règles, et les deux notions définissant et encadrant les droits des licenciés de façon plus ou moins contraignante. Si le mécanisme est identique, les objectifs diffèrent : le copyright garantit exclusivement les droits de l'auteur, tandis que le copyleft s'intéresse particulièrement aux droits des utilisateurs, et vise à préserver la liberté d'utiliser, d'étudier, de modifier et de diffuser le logiciel et ses versions dérivées. La difficulté a alors été de faire en sorte que le droit de la propriété intellectuelle ne constitue pas un frein à la créativité : « *La propriété collective librement choisie (...) suppose l'existence préalable, disponible, garantie par la loi, de la propriété intellectuelle. Seule l'inscription dans le droit de la propriété privée permet l'exercice de la liberté et de la responsabilité individuelle et par exemple, le renoncement à la propriété intellectuelle.* »¹

733. Or, le logiciel libre a nécessairement un auteur à son origine, qui ne peut être ignoré. De plus, il reste un logiciel et, par conséquent, une œuvre de l'esprit protégeable par le droit de la propriété intellectuelle, du fait de sa création et de l'originalité de son code source (la nouveauté, un apport et un effort intellectuels individualisés² seront retenus pour définir l'originalité, sachant que dans le cas d'un logiciel libre, les différents apports ultérieurs n'auront pas besoin d'être originaux). De ce fait, cet auteur est naturellement investi de droits moraux et patrimoniaux sur son œuvre, sachant qu'il

¹ *L'anneau d'or*, P. Levy, Multitudes, mai 2001.

² *Logiciel, originalité et activité créative dans la loi de 1985*, Ch. Le Stanc, Expertises, 1986, n° 81, p. 32.

est possible de renoncer uniquement aux seconds, les premiers demeurant « *perpétuels, inaliénables et imprescriptibles* » (art. L. 121-1 CPI¹ ; supra n° 818 s.). Plus précisément, l'auteur renonce seulement à l'exclusivité de certains droits conférés par le droit d'auteur, mais pas à la totalité.

En matière de logiciels libres, l'application du droit d'auteur posera problème, faute d'auteurs identifiés, et surtout, en raison du grand nombre de licenciés devenant à leur tour auteurs après modification desdits logiciels. La situation est alors loin de ressembler à celle que l'on retrouve en matière de logiciels propriétaires. L'application du droit d'auteur posera encore quelques difficultés, s'agissant de l'une des prérogatives accordées aux licenciés, le droit de reproduction. En effet, si chaque licencié peut copier et modifier le logiciel donné en licence, sans restriction, il est conseillé de ne pas le reproduire à des fins commerciales, d'une part, parce que cela contreviendrait à l'esprit du mouvement du libre axé sur l'égalité et le partage et, d'autre part, parce que les conditions d'application du droit d'auteur peuvent se retrouver réunies de façon exceptionnelle.² Dès lors, une telle reproduction pourrait être qualifiée de délit de contrefaçon.

734. Enfin, si les licences libres telles que la GPL n'écartent pas totalement le droit d'auteur, elles comportent néanmoins des insuffisances en la matière. A cela, s'ajoute le fait qu'elles sont souvent incomplètes et peu claires, avec pour risques un manque de compréhension et des problèmes d'interprétation. C'est sans compter la présence parfois de dispositions ambiguës, contradictoires, imprécises, et avare de détails, en particulier dans un domaine aussi essentiel que le droit de la propriété intellectuelle. Par conséquent, le formalisme et l'organisation des dispositions de ces licences n'est pas toujours acceptable, par rapport à celui des licences de logiciels propriétaires. Malgré cela, les tribunaux ont reconnu la validité de la licence GPL par rapport au droit français, ainsi que son application et son opposabilité.³ Cela devenait nécessaire,

¹ Si l'auteur souhaite « renoncer » à ses droits moraux, il pourra toujours divulguer son œuvre de façon anonyme.

² *Les licences de logiciels dits libres à l'épreuve du droit d'auteur français*, Ch. Caron, D. 2003, p. 1556. *Licence de logiciels libres et risques juridiques*, P. Gaudillère, CCE, n° 4, avril 2005, étude n° 16, p. 22-23. *La nécessaire interprétation des licences relatives aux logiciels libres*, B. Egret et Y. Kaplun, RLDI 2006/12, p. 51.

³ TGI Paris, 3^{ème} ch., 1^{ère} section, 28 mars 2007, *Educaffix c/CNRS, Université Joseph Fourier et autres*, <http://www.caprioli-avocats.com/pages/publications/edocs/management-juridique-de-l-innovation/edocs-management-juridique-de-l-innovation-premiere-jurisprudence-francaise-relative-a-une-licence-GNU-GPL.htm>

notamment lorsqu'un logiciel propriétaire devait être associé à un logiciel libre pour pouvoir fonctionner, et que ce dernier était soumis à GPL. Le caractère contaminant de la GPL est également reconnu : les œuvres dérivées d'un logiciel sous GPL doivent être diffusées sous cette même licence, sous peine, pour la personne concernée, de perdre ses droits sur le logiciel.¹

Sous-section 2 : L'encadrement des logiciels libres par les licences

Il est nécessaire de poser les « règles du jeu » qui gouvernent les licences de logiciels libres (A), puis d'expliquer en quoi consiste la liberté, proclamée dès la formation de ces contrats (B) et tout au long de leur exécution (C). L'objectif étant de permettre le libre accès de tous aux œuvres, dans un esprit d'égalité, d'échange et de partage. Car, si de telles licences s'inscrivent dans un environnement juridique et doivent en respecter les réserves légales, chaque auteur de logiciel peut choisir, voire composer sa propre licence. Quant aux tiers, ils subissent également les effets de la licence, ce qui est inédit par rapport aux situations contractuelles habituelles (D).

A) Présentation sommaire de la situation

735. Les licences libres, par définition non exclusives, et par conséquent, n'accordant aucun monopole d'utilisation aux licenciés, sont des contrats-types qui leur octroient des droits sur le logiciel qui en est l'objet, tout en en précisant les conditions d'utilisation. De droit américain, la licence GPL présente des caractéristiques différentes de celles des licences de droit français telles que la CeCILL. En effet, dans

Les juridictions américaines ont également consacré la validité de licences libres telles que la GPL : District Court of Massachusetts, *Progress Software Corp. vs My SQL AB*, 28 février 2002 : en l'espèce, la reconnaissance de la validité de la GPL n'est pas claire et a été affirmée de façon implicite dans la phrase : « *with respect to the general public license* ». A l'inverse, la validité de la GPL a été clairement reconnue dans une décision *Jacobsen vs Katzer*, en date du 13 août 2008, rendue par un tribunal fédéral américain. Cette décision est importante car, clarifie la situation du logiciel libre aux Etats-Unis. Les juges ont affirmé que la licence GPL était valide et que ses dispositions étaient applicables. Le respect des termes de la licence est présenté comme une condition obligatoire de la concession de licence du logiciel : « *the rights to copy, modify, and distribute are granted provided that the conditions are met.* » Un pas de plus a été franchi avec l'affaire *Drew Technologies Inc. vs Society of Automotive Engineers* en 2005, qui a abouti à une transaction entre les parties sans que le juge n'invalide la licence : www.groklaw.net/article.php?story=20050225223848129

En outre, la validité de la licence GPL est explicitement affirmée par les juridictions allemandes : District Court of Munich I, 19 novembre 2004, *Harald Welte c/Sitcom*. Et : Tribunal Régional de Munich, 2 avril 2004, *Harald Welte c/Sitcom*, in *Logiciels Opensource : une réalité juridique au sein des entreprises*, Y. Dietrich, RLDI 2005/4, n° 199, p. 28 s.

¹ TGI Chambéry, *Société Espaces et Réseaux Numériques (ERN) c/Conseil Général de Savoie et Université de Savoie*, 15 novembre 2007. Voir site : <http://www.bernardlamon.fr/la-licence-gpl-est-valable-en-droit-francais-premier-arret-de-cour-dappel>

les pays anglo-saxons de Common Law, pays de droit coutumier, à l'inverse des Etats européens, pays de droit écrit imprégné des « traditions », la rédaction des licences est différente, de par « l'esprit » qui s'y dégage. De plus, que les licences soient françaises ou étrangères, elles présentent une originalité expliquée par le fait qu'elles ne sont pas le fruit de juristes, sinon d'informaticiens regroupés en organisations de promotion des logiciels visés, connaissant parfaitement ces derniers, mais aucunement, ou de façon très approximative, l'environnement juridique qui les entoure.

De tels techniciens ne sont donc pas suffisamment dotés pour assurer la meilleure rédaction d'un texte censé apporter protection et stabilité au mode de distribution que constitue la licence de logiciel. Si les compétences techniques sont acquises, la rédaction juridique en elle-même laisse souvent à désirer. Dès lors, en adaptant le droit au réel¹, on s'aventure parfois sur des terrains glissants, même si au demeurant, une telle adaptation semble naturelle. A cela, s'ajoute le fait que pour certains, le logiciel libre serait « libéré » du droit des contrats², c'est-à-dire de l'application de la théorie générale des contrats. Or, cela peut paraître étrange que les logiciels libres obéissent aux règles du droit d'auteur, et qu'en même temps, ils échappent au droit des contrats, les deux devant s'appliquer logiquement et de façon complémentaire. En effet, le droit d'auteur concerne le sort des prérogatives accordées à l'auteur et au licencié sur une œuvre, par exemple logicielle, tandis que le droit des contrats pose les règles de base, le « tronc commun » applicable à tout contrat à des fins d'organisation et de cohérence.

736. De plus, si aucune règle de base ne s'applique aux licences de logiciel libre, il y a risque de création d'une zone de non-droit, d'une véritable « anarchie », ouvrant la voie à de nombreux régimes juridiques ne correspondant pas toujours à la finalité des logiciels libres, et encore moins cohérents ou en adéquation avec les attentes des parties. C'est pourquoi, la licence se doit d'être claire et précise. Contrairement à ce que l'on a coutume de voir en droit des contrats, c'est la licence qui donnera sa spécificité au logiciel et non l'inverse, alors qu'habituellement c'est l'objet du contrat qui détermine la rédaction de ses dispositions. La manière dont sera rédigée la licence conditionnera donc le sort du logiciel qui lui sera soumis et lui confèrera des caractères particuliers. L'intérêt des licences libres est qu'elles peuvent s'appliquer à tout type de logiciels,

¹ *Le mythe de l'adaptation du droit au réel*, Atias et Linotte, Dalloz, 1977, n° 251.

² *Droit des créations immatérielles : logiciels, bases de données, autres œuvres sur le web 2.0*, Hubert Bitan, édition Lamy, coll. Lamy Axe Droit, 2010, n° 339, p. 211.

alors que les logiciels propriétaires prennent le pas sur la rédaction de la licence. Ainsi, d'une certaine façon, les logiciels libres s'adaptent aux licences, ce qui est inédit en matière de contrats informatiques, orientés selon la spécificité de leur objet, c'est-à-dire sa nature, sa fonction, les besoins et les spécificités attendues...

737. Toutefois, affirmer que les règles de la théorie générale du droit des contrats ne trouvent aucune application en matière de logiciel libre est inexact, dans la mesure où le principe essentiel de liberté contractuelle est au cœur des licences libres. En effet, le donneur de licence ou auteur du logiciel définit seul et librement ses conditions d'utilisation et d'exploitation, ainsi que les libertés qui l'entourent et qu'il accorde aux utilisateurs. De son seul choix de licence dépendra tout le reste, à savoir la manière dont sera traitée son œuvre par les licenciés.

738. Par ailleurs, la licence libre reste un contrat, dans le sens où elle répond à sa définition posée par l'article 1101 Code civil : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». Il s'agit plus précisément d'un contrat synallagmatique, les obligations du donneur de licence et du licencié étant réciproques. Il en résulte que sa validité sera soumise au respect de l'article 1108 du Code civil imposant le respect de quatre conditions : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité à contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation. De plus, la licence peut être conclue à titre gratuit ou à titre onéreux (infra n° 688 s. et 710 s.), avec pour conséquence la possibilité de la qualifier de commodat ou de prêt à usage¹ lorsqu'elle est gratuite, ou de contrat de location² lorsqu'elle est payante. Elle ne pourrait être qualifiée de vente, aucun transfert de propriété n'étant réalisé (infra n° 717 s.). La qualification de la licence en contrat de prêt appelle quelques commentaires dans la mesure où, contrairement au prêt qui impose la

¹ En effet, l'art. 1874 du Code civil dispose : « *Il y a deux sortes de prêt : celui des choses dont on peut user sans les détruire ; et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait. La première espèce s'appelle prêt à usage, ou commodat ; la deuxième s'appelle prêt de consommation, ou simplement prêt.* »

² En effet, l'art. 1709 du Code civil dispose : « *Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.* »

restitution du bien prêté¹, le logiciel visé par une licence ne peut être restitué concrètement, étant un bien immatériel dépourvu de tout support la plupart du temps.

739. Si certains auteurs de logiciels rédigent eux-mêmes leurs licences, qu'elles soient copyleft (par exemple : GPL, LGPL, CeCILL...) ou non copyleft (par exemple : BSD, ZPL (Zope Public Licence), Apache, MySQL...), c'est-à-dire selon l'étendue de la liberté et de la permissivité qu'ils souhaitent accorder, d'autres opteront pour des licences existantes, de l'un ou l'autre type. Si les premières sont restrictives de droits, dans le sens où toutes les œuvres dérivées du logiciel libre ainsi que toutes ses versions améliorées diffusées relèveront uniquement du régime du logiciel libre, les secondes sont davantage permissives. Cela n'empêche pas que les licences copyleft garantissent une liberté d'utilisation du logiciel aux licenciés et assurent la pérennité du système du libre. Les licences non copyleft accorderont davantage de droits aux licenciés puisqu'autoriseront l'ajout de restrictions au logiciel, comme celle permettant à l'utilisateur qui le modifie de rendre propriétaire la version obtenue. Par la licence non copyleft, il est donc possible de passer du logiciel libre au logiciel propriétaire, ce qui n'est pas possible dans le cadre d'une licence copyleft telle que la GPL où l'esprit du libre doit demeurer. Mais, dans les deux cas, les besoins des auteurs, leurs attentes, et surtout la finalité et les usages qu'ils veulent donner à leur œuvre seront des facteurs déterminant leur choix en matière de licence.

740. Dans les développements qui vont suivre, les licences GPL et CeCILL seront confrontées l'une avec l'autre, ainsi qu'aux licences de logiciels propriétaires, et au droit français en général, à fin d'analyse exhaustive, de tels contrats *sui generis* méritant une approche particulière. Quant au terme d'« utilisateur », il sera utilisé indistinctement avec celui de « licencié ». La comparaison avec la GPL se justifie par le fait que c'est la première licence du genre et, qu'à ce titre, elle représente un modèle de référence, outre le fait qu'elle est la plus complète et la plus radicale à l'égard du droit de la propriété intellectuelle. Son objectif étant d'encadrer l'usage du logiciel libre, elle a ouvert la voie à de nombreuses licences qui s'en inspirent fortement.

¹ Art. 1875 C. civ. : « Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi. »

D'emblée, un constat s'impose : la GPL contredit de nombreuses dispositions du droit français et une grande liberté est accordée aux utilisateurs, ce qui rend inédite sa rédaction, par rapport aux licences « classiques ». De plus, les logiciels libres représentant une variante particulière du développement et de la diffusion des logiciels, leur analyse n'en sera que plus intéressante et révélera quelques particularités au regard du droit. En effet, pendant longtemps, il était inhabituel pour l'auteur d'une oeuvre d'accorder aux tiers des droits étendus. Or, dans l'hypothèse d'un logiciel libre, c'est le cas, puisque son auteur accorde à tous la liberté d'accéder à son code source, de le copier, de le modifier, en vue de son amélioration éventuelle, de le rediffuser... Par ailleurs, la diversité des fonctions des logiciels libres (logiciels d'application, logiciels d'exploitation, logiciels de navigation, logiciels de messagerie...) révèle l'utilité de ces programmes que l'on ne peut remettre en cause.

Les questions qui se posent sont alors de savoir pourquoi des droits si étendus et si nombreux sont accordés au plus grand nombre? Et surtout, quel est l'intérêt juridique d'un tel mécanisme et son impact au niveau du droit des contrats ?

B) La liberté proclamée dès la formation de la licence libre

Les éléments de cette liberté sont nombreux ; ils concernent chaque disposition du contrat, qu'il s'agisse de celle concernant les parties (1), le préambule (2), les définitions (3), l'objet (4), le consentement (5), la durée et la résiliation (6), le prix (7) ou la loi applicable et la juridiction compétente (8).

1) Les parties au contrat

741. Dans une licence libre, contrairement à une licence classique, une spécificité est à observer concernant le nom donné aux parties. Ainsi, les parties seront appelées « donneur de licence » et « licencié », contrairement aux autres licences où elles prennent le nom de « concédant » et de « licencié ». A titre d'exemple, dans l'hypothèse de la GPL, la licence est conclue entre le donneur de licence, la *Free Software Foundation* de Richard Stallman ou toute personne qui décide de l'adopter pour ses logiciels libres, et un licencié.

Il est entendu que le donneur de licence se définit comme celui qui autorise au licencié l'utilisation du logiciel libre visé : il est unique. En effet, seule cette personne va permettre que d'autres effectuent des actes qui auront pour objet, non seulement le programme initial tel qu'elle l'a créé, mais également le programme modifié successivement par les licenciés. Il ne s'agit pas cependant d'une chaîne de contrats entre le donneur de licence, le licencié, et les nombreux sous-licenciés, le logiciel étant à chaque fois enrichi par les apports et les modifications des uns et des autres, ce qui laisse penser à un système « en étoile »¹, contrairement à l'opinion de certains.² Le logiciel subissant de façon continue de nouvelles évolutions, il faut tenir compte de cette spécificité pour analyser les parties à la licence de façon différente de celle observée dans tout autre contrat. Par conséquent, les relations contractuelles ont lieu entre le donneur de licence et les licenciés, et non entre les différents licenciés qui se succèdent dans le temps.

742. Juridiquement, tout acteur des logiciels libres est indéniablement et uniquement lié au donneur de licence originel et, d'une certaine façon, le donneur de licence multiplie les partenaires. De plus, le contrat change d'objet à chaque fois qu'un licencié se présente : il s'agit du logiciel après modification (supra n° 755 s.). Un tel montage contractuel peut surprendre, d'une part, parce que les parties en cause sont « inhabituelles » par rapport à celles que l'on trouve dans des contrats plus classiques et, d'autre part, parce qu'elles n'entretiennent pas les mêmes rapports que ceux observés dans des contrats comme ceux du monde analogique, tels que par exemple la vente, ou un contrat touchant aux technologies issues du numérique, comme une licence de logiciel ou de progiciel. Les effets des licences libres n'ont rien à voir avec ce que le droit connaît. C'est sans compter la remise en cause du droit de la propriété intellectuelle, ou plutôt la tentative de remise en cause.

S'agissant du licencié, la seule exigence est qu'il ait la capacité juridique. A défaut, il ne pourrait contracter et donc, ne pourrait pas adhérer à la licence. C'est ce que prévoit l'article 1123 du Code civil : « *Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ». Dès lors, les mineurs non émancipés et les majeurs protégés ne peuvent conclure de licence (art. 1124 C. civ.). La licence CeCILL étant

¹ *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, M. Vivant, Ch. Le Stanc, Lamy 2003, n° 3073, p. 1765.

² *Les licences libres et le droit français*, C. Rojinsky et V. Grynbaum, Propriétés intellectuelles, juillet 2002, n° 4, p. 28.

rédigée conformément au droit français, elle n'échappe pas à une telle règle. Si « tout le monde » peut adhérer librement à une licence, cette liberté est limitée par les exclusions dues à l'incapacité juridique.

Une question reste en suspend : la licence libre est-elle un contrat conclu *intuitus personae* ? Si l'on considère que la licence libre s'analyse comme un contrat de louage de choses, dans ce cas, le contrat est dépourvu d'*intuitus personae*, l'article 1717 C. civ. disposant que « le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite ». De telles prérogatives faisant fi d'exigences tenant à la personne du cocontractant. La GPL et la CeCILL n'étant pas des licences exclusives, et ayant pour but la diffusion libre et aisée du logiciel, elles ne sont pas conclues *intuitus personae*. En revanche, si l'on considère que la licence libre s'analyse comme un contrat de prêt, l'*intuitus personae* a son importance car, un prêteur ne mettra une chose à la disposition d'un tiers que s'il est digne de confiance. Toutefois, une telle attitude irait à l'encontre de l'esprit de la GPL ou même de la CeCILL puisque, d'une part, le donneur de licence n'est jamais destitué du logiciel initial et que, d'autre part, la confiance doit régner entre la communauté d'utilisateurs. En effet, seules des copies du logiciel amélioré ou modifié seront communiquées, et cela, en toute confiance et liberté. C'est pourquoi, l'analyse de la licence libre en prêt paraît difficilement envisageable.

Quant au donneur de licence, qu'il soit qualifié de loueur ou de prêteur, il doit avoir la capacité juridique, notamment d'administrer. A défaut, il ne pourrait effectuer aucun acte sur le logiciel libre. Il doit également disposer d'un droit réel sur le logiciel, c'est-à-dire de droits patrimoniaux dessus.

743. Par ailleurs, l'un des problèmes suscité par l'analyse du logiciel libre est celui de savoir s'il représente une œuvre collective ou une œuvre de collaboration. S'il s'agit d'une œuvre de collaboration telle une œuvre salariée, cela sous-entendrait qu'une ou plusieurs personnes ont créé un logiciel sous l'autorité et selon les instructions d'une autre, l'employeur, avec les moyens et les ressources mis à leur disposition, la définition de l'œuvre de collaboration étant la suivante : « Est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques » (art. L. 113-2 al. 1^{er} CPI). Dès lors, les droits patrimoniaux sur ces logiciels et leur documentation, créés par les salariés dans « l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur

employeur » seraient dévolus à celui-ci, « *seul habilité à les exercer* » (art. L. 113-9 CPI). Or, une telle hypothèse n'est pas transposable aux logiciels libres qui, si au départ, sont le fruit du travail d'une ou de plusieurs personnes, par la suite, après diffusion, font l'objet de modifications de la part de personnes agissant en toute indépendance et sans lien juridique entre elles : les utilisateurs. De plus, ces derniers ne reçoivent d'instructions de personne, pas même du donneur de licence, sinon agissent en toute liberté. Si chaque licencié ayant participé au développement du logiciel a fourni un effort intellectuel susceptible d'être dissocié, il ne s'agit pas d'un travail concerté, mené conjointement comme cela se produit dans le cas d'une œuvre de collaboration, ce qui exclut sa qualification en tant que telle. Au surplus, les utilisateurs d'un logiciel libre ne sauraient être considérés comme coauteurs au sens de la loi, comme cela est le cas pour ceux qui réalisent une œuvre de collaboration, et cela, même s'ils contribuent chacun à son évolution, par des apports personnels.

744. Enfin, un logiciel libre ne pourrait pas être qualifié d'œuvre de collaboration car, celle-ci nécessite une certaine « maîtrise » par une personne qui l'encadre, par exemple, un employeur, tel que cela est exigé par la directive du 14 mai 1991¹. Or, si l'on considère que le donneur de licence initial a effectivement cette maîtrise, pour ce qui est des autres caractères de l'œuvre de collaboration, ils sont loin d'être remplis. Qualifier la licence de logiciel libre d'œuvre de collaboration impliquerait que les divers utilisateurs ne pourraient exploiter ledit logiciel, c'est-à-dire ni le diffuser, ni le reproduire, encore moins le modifier, sans l'autorisation du donneur de licence, ce qui irait à l'encontre de l'esprit des logiciels libres, pour lesquels la circulation doit être facilitée, ainsi que la distribution, la copie... De telles libertés semblent compromises si une seule personne peut effectuer ces actes et les autoriser. Par conséquent, si la liberté n'est pas présente dès le départ, il ne peut s'agir d'une licence libre et il sera alors difficile de la revendiquer par la suite.

S'agissant de l'œuvre collective, définie comme « *l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* » (art. L.

¹ Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, J.O.C.E. n° L 122 du 17 mai 1991, p. 42-46.

113-2 al. 3 CPI)¹, *a priori*, elle semble correspondre au logiciel libre. En effet, ce dernier est créé sur l'initiative d'une seule personne, physique ou morale, le donneur de licence (par exemple, la *Free Software Foundation*), qui va le faire connaître auprès de tous. Chaque utilisateur saura que le donneur de licence en est l'auteur, son nom figurant dans l'œuvre et dans la licence qui l'accompagne.

S'agissant de la participation des licenciés au développement du logiciel, elle poursuit un objectif commun : l'améliorer et l'enrichir. Dès lors, à moins qu'une œuvre totalement indépendante et dissociable ne résulte du logiciel initial, que l'on appelle aussi œuvre dérivée ou « *composite* » (art. L. 113-2 al. 2 CPI ; supra n° 840 s.), les apports de la communauté n'appartiendront à personne et ne seront pas individualisés : nul ne pourra les revendiquer et s'approprier les droits de propriété intellectuels dessus, encore moins s'auto-proclamer auteur et/ou donneur de licence. Autrement dit, les contributions de chacun se fondent dans la masse des contributions et ne peuvent être distinguées les unes des autres. Tous les éléments définissant l'œuvre collective sont donc ici réunis, ce qui permet de considérer le logiciel libre comme telle.

745. Toutefois, cela impliquerait que les droits sur le logiciel, en particulier les droits d'auteur, soient détenus par une seule personne (art. L. 113-5 CPI), le « coordinateur de l'œuvre », c'est-à-dire la personne grâce à l'initiative de laquelle l'œuvre, existe et qui a joué un rôle moteur dans son élaboration.² Dans le cas d'un logiciel libre, cette personne serait le donneur de licence qui déciderait de le diffuser ou non sous licence libre telle que la GPL ou la CeCILL. Or, le donneur de licence ne détient pas l'intégralité des droits sur le logiciel libre, puisqu'en concède une bonne partie aux licenciés et que ceux-ci peuvent prétendre à une utilisation libre et partagée. C'est sans compter le fait que chaque contribution des licenciés devrait tomber sous le contrôle de ce coordinateur unique, qui délivrerait des instructions et des directives à leur égard, ce qui n'est pas le cas dans la réalité, le donneur de licence ne contrôlant pas les améliorations et laissant l'œuvre évoluer au gré de ses utilisateurs. De plus, l'art. L. 113-2 al. 3 CPI vise la fabrication matérielle de plusieurs exemplaires de l'œuvre, implicitement dans une logique de distribution commerciale, ce qui n'est pas faisable pour un logiciel libre.

¹ Pour une application de la notion au logiciel : Cass. civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, n° 4, obs. M. Vivant et Ch. Le Stanc, *Petites Affiches*, 13 décembre 1996, n° 150, p. 6, obs. Daverat ; JCP G, 1997, I, n° 657. Cass. civ. 1^{ère}, 13 janvier 1998, n° 95-21.529, *Lamyline*.

² CA Paris, 4^{ème} ch., 11 juillet 1991, *Juris-Data* n° 024039 ; RDPI, décembre 1991, n° 38, p. 78. Dans cet arrêt, est mise en évidence la notion de « *direction et de prééminence de l'un sur les autres qu'implique l'œuvre collective.* »

Si le logiciel libre est considéré comme une œuvre collective, cela signifierait également que les droits visés seraient organisés en indivision, avec une unanimité requise pour les actes importants tels ceux de disposition, comme par exemple, l'octroi d'une licence (art. 815-3 al. 3 du Code civil¹). Or, cela n'est pas envisageable dans la pratique, faisant état de multiples utilisateurs intervenant sur le logiciel libre, et révélant une impossibilité pour tous de donner leur accord pour chaque opération à réaliser. Par conséquent, qualifier d'œuvre collective une licence de logiciel libre est inexact.

746. Enfin, qu'il s'agisse d'une œuvre de collaboration ou d'une œuvre collective, dans le cas d'un logiciel libre, les contributions de chacun sont de nature et de portée différente : certains peuvent avoir simplement remanié le logiciel, tandis que d'autres peuvent l'avoir profondément modifié et en avoir créé une nouvelle version, totalement indépendante de l'œuvre initiale. Ces différences de position ne permettent pas de reconnaître à tous la qualité d'auteur, ce qui simplifie la donne et exclut la qualification d'œuvre collective ou d'œuvre de collaboration, en particulier lorsque les licenciés interviennent de façon superficielle sur le logiciel.

Ainsi, le logiciel libre n'est ni une œuvre de collaboration, ni une œuvre collective, même s'il est plus proche de la définition de la première, dans sa plus simple expression : « *Est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques* » (art. L. 113-2 al. 1^{er} CPI). Certains auteurs ont tenté de donner une définition juridique du logiciel libre qui consisterait en « *un ensemble créé, divulgué et exploité sous le nom de l'entrepreneur* » (ou coordinateur).² A ce jour, elle n'est pas retenue.

2) Le Préambule

747. Le préambule, premier élément de tout contrat, apparaît dans la GPL comme un avertissement indiquant au licencié qu'il dispose d'une grande liberté dans le cadre de l'utilisation du logiciel libre visé. Pour accentuer cette liberté, il va rappeler que les autres licences ne sont pas aussi « libertaires » dans le sens d'extensives, quant à la

¹ « *Toutefois, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition (...).* »

² Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, *Société Bézault*, JCP 1993, II, 22085, 1^{ère} espèce, note F. Greffe.

teneur de leurs dispositions. Il fait sans doute allusion aux licences de logiciels propriétaires qui restreignent ou suppriment toute liberté aux licenciés.

Pour montrer que la liberté est son fer de lance, le préambule de la GPL commence ainsi : « *Les licences d'utilisation de la plupart des programmes sont définies pour limiter ou supprimer toute liberté à l'utilisateur. A l'inverse, la Licence Publique Générale (General Public License) est destinée à vous garantir la liberté de partager et de modifier les logiciels libres, et de s'assurer que ces logiciels sont effectivement accessibles à tout utilisateur* »¹. La GPL mentionne également que son application est large, puisque concerne aussi bien les logiciels de la *Free Software Foundation* que ceux que leur auteur aura décidés de viser. Sa compatibilité est donc importante avec la plupart des logiciels libres, y compris ceux qui seraient créés ou modifiés par une personne isolée. La GPL illustre bien la volonté de son auteur, R. Stallman, de créer égalité et partage pour tous les utilisateurs de logiciels libres. Elle a été rédigée dans cette perspective.

748. Toutefois, liberté et égalité n'impliquent pas forcément une gratuité. A ce titre, le préambule rappelle que si la licence accorde la liberté de copier, de modifier, d'améliorer le logiciel... elle accorde également la liberté de distribuer, de diffuser les programmes, à titre gratuit ou onéreux. De plus, cette liberté reste entière, inaliénable, et s'applique de façon illimitée dans le temps : nul ne peut interdire à un utilisateur de jouir de tels droits ou lui demander d'y renoncer. Cela irait à l'encontre de la philosophie du logiciel libre. En contrepartie, le licencié se voit investi de certaines obligations, telles que celles de transmettre aux autres utilisateurs ses droits sur les logiciels qu'il aura modifiés ou distribués, ainsi que leur code source, et surtout, de leur transmettre le texte de la licence.

Un tel schéma se veut alors inédit par rapport à ce qui s'observe dans le cadre des licences traditionnelles. En effet, pour certains auteurs, il s'agit d'un système « *en étoile* »² avec à son sommet le donneur de licence initial, créateur du logiciel libre visé, et à ses extrémités, les multiples licenciés reliés eux-mêmes à d'autres licenciés ou

¹ Annexe n° 11: « *Préambule* », *Licence Publique Générale GNU/GPL, Free Software Foundation Inc.*, Version 2, Juin 1991, p. 1.

² *Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français*, Ch. Caron, D. 2003, chron. p. 1556. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, M. Vivant, Ch. Le Stanc, Lamy 2003, n° 3073, p. 1765.

plutôt sous-licenciés. Il s'agit d'une sorte de chaîne d'utilisateurs, mais aucunement d'une chaîne de contrats au sens juridique du terme¹. Le but étant que chacun bénéficie des améliorations apportées par l'autre, sans la moindre contrainte et en toute égalité. L'objet du contrat n'est jamais figé : il évolue dans le temps et c'est un logiciel évolué qui sera communiqué à chaque fois, autrement dit, un logiciel dans sa dernière version.

749. Dans le cadre d'une licence de logiciel propriétaire, la situation est différente puisque, même si les parties ne sont pas toujours identifiées (par exemple, dans l'hypothèse de la licence de progiciel, de la shrink-wrap licence...), le système reste « binaire » puisque ne concerne que deux acteurs, le concédant et le licencié. Surtout, il demeure figé, s'agissant de son objet, sauf si le concédant crée une nouvelle version du logiciel conformément à ce qui est prévu au contrat.² En revanche, dans les licences de logiciels libres, il y a l'impression d'une multiplicité de « parties », même si dans la réalité, il n'en est rien : d'un côté, est présent le donneur de licence, et de l'autre, les licenciés, intégrés dans un système en étoile. Les différents licenciés n'ont pas de « liens » entre eux, même si un licencié, en communiquant un logiciel modifié à un tiers, entre en relation juridique avec lui. Tous sont soumis aux mêmes obligations vis-à-vis du donneur de licence, bénéficient des mêmes droits sur le logiciel, et n'ont de compte à rendre au donneur de licence qu'en cas de manquement aux termes du contrat. Concrètement, le schéma est celui de licenciés qui adhèrent à une licence dont l'objet, le logiciel, a subi plusieurs modifications en chaîne.

750. Par ailleurs, le préambule rappelle que le licencié bénéficie d'une double protection : par le droit d'auteur et par la licence qui l'autorise à copier, modifier, distribuer le logiciel... en un mot, à l'exploiter. Mais, il précise également qu'aucune garantie³ n'est accordée aux licenciés, ce qui semble contradictoire avec une telle protection. Cela s'explique par le fait que ce n'est jamais le logiciel original qui est distribué, sinon à chaque fois, une version modifiée par un utilisateur, elle-même modifiée par un autre utilisateur, et ainsi de suite... Le but étant qu'aucune copie n'affecte la réputation de l'auteur du logiciel.⁴ Ce serait le cas si des copies altérées ou

¹ Certains auteurs pensent qu'il s'agit d'une chaîne de contrats : *Les licences libres et le droit français*, C. Rojinsky et V. Grynbaum, Propriétés intellectuelles, juillet 2002, n° 4, p. 33.

² Mais, parfois, pour bénéficier de la dernière version d'un logiciel, il faut adhérer à une nouvelle licence, et par conséquent, s'acquitter d'un nouveau prix.

³ Annexe n° 11: Article 11 : « *Limitation de garantie* », *Licence Publique Générale GNU/GPL, Free Software Foundation Inc.*, Version 2, Juin 1991, p. 6.

⁴ Annexe n° 11: « *Préambule* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 2.

présentant des vices cachés étaient distribuées successivement sous l'appellation de « *copie conforme à l'original* » ou même de « *logiciel original* ». Les utilisateurs doivent donc savoir que le logiciel qui leur est communiqué n'est pas l'original. L'intérêt n'est pas non plus de les tromper sur l'objet du contrat : transparence et honnêteté sont les maîtres-mots qui doivent guider la rédaction d'une licence de logiciel libre. En revanche, dans le cadre d'une licence de logiciel propriétaire, des garanties sont octroyées au licencié, notamment la garantie d'éviction, la garantie de conformité, la garantie contre les vices cachés, la garantie de bon fonctionnement de logiciel... (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I).

751. Enfin, le préambule pose également des règles en matière de brevets. Si aux Etats-Unis et dans d'autres pays tels que le Japon, les logiciels peuvent être brevetés, cela n'est pas le cas pour la France, sauf dans des conditions très strictes (voir Introduction, Première Partie, Titre I, Partie I). Dans le cadre de la licence GPL, les brevets ne sont pas recommandés, mais ne sont pas non plus interdits, s'ils accordent à tout utilisateur le libre usage du logiciel concerné. Il ne sera pas ici question d'étudier la brevetabilité des logiciels, qui demeure en France sujet à des débats sans fin auxquels n'a découlé rien de concret.

Par comparaison, le préambule d'une licence de logiciel propriétaire donnera plus de précisions sur la nature et les caractéristiques du logiciel, ainsi que sur les circonstances entourant son développement. En outre, il donnera des informations sur la personne du concédant, en indiquant notamment s'il est l'auteur ou non de l'œuvre concédée. Car, selon les cas, la donne sera modifiée.

Quant au préambule de la licence CeCILL, comme pour la GPL, il insiste sur la liberté octroyée aux utilisateurs du logiciel libre visé, ainsi que sur les devoirs leur incombant du fait de l'accès à un tel logiciel. De leur respect dépend le maintien du « statut » d'utilisateur de logiciel libre, le préambule disposant : « *L'exercice de ces libertés est assorti de certains devoirs à la charge des utilisateurs afin de préserver ce statut au cours des redistributions ultérieures* ». ¹

¹ Annexe n° 12 : « *Préambule* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, CEA, CNRS et INRIA, Version 2, 5 septembre 2006, p. 1.

752. Un autre point commun avec la licence GPL est souligné par la présence de garanties et de responsabilités limitées de l'auteur et des concédants et, par conséquent, de risques pouvant survenir lors de l'utilisation du logiciel, de sa reproduction, de son développement, de sa modification... en particulier par un public non averti. Il est ainsi expliqué que le logiciel libre est un produit complexe, qu'il faut des compétences particulières pour l'utiliser, et qu'il ne correspond pas aux besoins de tout le monde. Dès lors, des mesures de sécurité doivent être prises pour éviter de perdre ses données personnelles. Tout cela est mis en avant dès le préambule pour éviter toute confusion dans l'esprit des licenciés, et afin qu'ils comprennent que le logiciel communiqué est probablement la copie d'une copie qui est elle-même la copie d'une autre... avec tous les risques que cela implique.

753. A la manière de la GPL, le préambule de la CeCILL termine en expliquant que ses dispositions sont compatibles avec tout logiciel libre, mais que seul le droit français est applicable. Il insistera sur le fait que toutes les branches du droit sont visées, notamment le droit de la responsabilité et celui de la propriété intellectuelle.

3) Les définitions

754. Si la licence CeCILL comporte un article consacré aux définitions¹, à l'instar de certaines licences de logiciels propriétaires, la GPL en comporte un, à « *l'article 0* », ²assez succinct et qui se contentera de définir le terme « *Programme* ». L'intérêt étant d'éviter toute confusion dans l'esprit des lecteurs pour une utilisation des plus sereines du logiciel libre. En particulier, certains termes comme « *Logiciel* », « *Logiciel initial* » ou « *Logiciel modifié* » seront définis pour montrer les différents états des logiciels à un moment donné.

Ainsi, le « *Logiciel initial* » désignera celui conçu par l'auteur originel, lors de sa première diffusion, tandis que le « *Logiciel* » désignera celui existant au moment de l'adhésion au contrat par le licencié. Quant au « *Logiciel modifié* », il fera référence au système « en étoile » déjà abordé lors de développements précédents, et qui désigne alors le logiciel à l'issue de l'une des modifications effectuées par l'un des utilisateurs

¹ Annexe n° 12 : Article 1 : « *Définitions* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, CEA, CNRS, INRIA, Version 2, 5 septembre 2006, p. 2.

² Annexe n° 11: Article 0 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 2.

appelés aussi « *Contributeur* ». Cela amène naturellement à se pencher sur l'emploi des termes désignant les différents acteurs des logiciels libres tels que « *Titulaire* », « *Licencié* », « *Contributeur* » ou « *Concédant* ». Le titulaire étant celui qui détient les droits patrimoniaux et moraux sur le logiciel, en principe l'auteur, mais pas toujours, en particulier s'il les a cédés. Et le concédant étant l'une des parties au contrat avec le licencié, pouvant être le titulaire des droits ou toute personne physique ou morale distribuant le logiciel dans le cadre de la licence.

4) L'objet du contrat

755. D'emblée, une remarque s'impose : la licence GPL ne contient pas d'article « *Objet* », non pas par paresse, mais pour éviter les redondances, les dispositions relatives à l'objet étant contenues dans le préambule : « *Notre Licence est conçue pour vous assurer la liberté de distribuer des copies des programmes, gratuitement ou non, de recevoir le code source ou de pouvoir l'obtenir, de modifier les programmes ou d'en utiliser des éléments dans de nouveaux programmes libres, en sachant que vous y êtes autorisé (...).* »¹

Autrement dit, un tel préambule annonce la couleur, celle de la liberté et de l'équilibre, ce qui rend inutile et superflu une clause relative à l'objet. Cela s'explique par le fait que les contrats de droit américain vont à l'essentiel et sont souvent rédigés très simplement, et surtout plus simplement que ceux de droit français ou européen.

756. Dans le cadre d'une analyse complète et exacte de la licence de logiciel libre, il est nécessaire de distinguer deux types d'objet, à savoir l'objet de l'obligation et l'objet du contrat. Le premier étant le logiciel libre lui-même, c'est-à-dire le programme informatique et ses accessoires, tandis que le second étant la licence, c'est-à-dire l'objectif des parties, ce qu'elles cherchent à réaliser en s'engageant juridiquement dans le cadre d'un contrat. Le mot « licence » faisant alors référence à une autorisation de faire quelque chose prenant alors tout son sens. Ici, il s'agira de définir en quoi consiste précisément cette autorisation et ce qu'elle implique concrètement pour les licenciés dits aussi utilisateurs. Car, le Code civil lui-même fait référence à ces deux types d'objet

¹ Annexe n° 11 : « *Préambule* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 1.

dans ses dispositions, les articles 1126 à 1128 étant relatifs à l'objet du contrat, tandis que les articles 1129 et 1130 concernant l'objet de l'obligation.¹

757. En premier lieu, il est nécessaire de préciser que la spécificité de la licence libre tient au fait de l'originalité de son objet -le logiciel- qui évolue sans cesse, qui est mouvant, jamais fixé, et que plusieurs acteurs, aux degrés de compétences et de connaissances informatiques différents, interviennent dans un but commun : contribuer à son développement et à son enrichissement technique et scientifique. Cela peut se résumer dans la phrase suivante : l'objet de la licence libre est de « *rendre le logiciel libre en créant un fonds commun auquel chacun peut ajouter, mais duquel personne ne peut retrancher.* »² Il est donc légitime d'affirmer que le logiciel libre est une œuvre sujette à évolution perpétuelle et dynamique. En réalité, c'est la licence entière qui revêt ce caractère évolutif, associé à celui de liberté.

758. En outre, contrairement au logiciel propriétaire, le logiciel libre est toujours destiné à évoluer de façon presque anarchique, c'est-à-dire sans suivre de règles établies. Seule la liberté doit guider sa progression. Toutefois, évoluant en permanence, il est difficile d'appréhender son objet mis à la disposition de tous. Concrètement, la situation du logiciel se présentera ainsi : de telle version du logiciel à un instant t, on passera à une nouvelle version à un autre instant, suite aux diverses contributions apportées. Mais, il ne s'agira réellement de nouvelle version que s'il y a remaniement profond et modifications importantes. Car, de simples corrections et améliorations ne suffisent pas. Il ne s'agit donc pas toujours de « nouvelles » et de véritables créations informatiques issues de l'œuvre initiale, ce qui peut poser problème quant à la diversité des apports.

Certes, il y aura toujours un tronc commun au logiciel initial, mais il sera vite occulté par les bouleversements opérés par les divers utilisateurs. La liberté apparaît alors comme le moteur du logiciel libre et, par conséquent, de l'objet de l'obligation de la licence qui s'avère, au final, complexe. Cet objet sera déterminé ou déterminable, donc très large, selon le moment considéré. S'il est déterminé lors de sa création, il est

¹ En effet, comme le dit justement le Doyen Jean Carbonnier : « *Le contrat a pour objet les obligations qu'il fait naître, et chacune de ces obligations, à son tour, a un objet.* » *Droit civil, Les obligations*, tome 4, Thémis Droit Privé, PUF 22^{ème} édition, 2000, n° 54, p. 116.

² C'est ce qu'affirme M. Eben Moglen, professeur de l'Université de Columbia et l'un des rédacteurs de la GPL. Voir le site : <http://www.emoglen.law.columbia.edu>

déterminable au cours de sa vie, c'est-à-dire lors des modifications subies. Par conséquent, l'objet de la licence est certain, comme tout objet de contrat et répond aux conditions exigées, à savoir sa possibilité, sa licéité (art. 1128 C. civ.), sa détermination (art. 1129 C. civ.) et son existence (art. 1130 C. civ.). Décrit ainsi, on en vient à se demander si le logiciel libre constitue une œuvre dérivée ou bien une œuvre inachevée, sachant que cela ne change rien à sa situation dans la mesure où, pour le Code de la propriété intellectuelle, une œuvre est réputée créée du seul fait de sa réalisation, même inachevée (art. L.111-2 CPI¹). Par ailleurs, dans le domaine informatique, si les logiciels sont modifiés ou améliorés en permanence, c'est par nécessité, notamment pour palier à leur obsolescence naturelle et rapide, et pour pouvoir être utilisés sans problème, ni bug. C'est sans compter les « patchs » et autres « plug-ins »² dont le but est de stabiliser les programmes sujets à défaillance technique, quelle que soit leur nature, leur fonction, et leur forme. Il est entendu que ces diverses interventions indispensables sur le logiciel ne signifient pas pour autant qu'il soit inachevé : il a juste besoin de quelques corrections. Mais, comme tout logiciel, le logiciel libre est une œuvre de l'esprit protégeable du seul fait de sa création (art. L. 111-1 al. 1^{er} CPI)³ et de son originalité, caractérisée par l'empreinte de son auteur, c'est-à-dire son effort personnalisé.⁴

759. En second lieu, il paraît simpliste d'affirmer que l'objet de la licence est de permettre une libre utilisation des logiciels, même si au demeurant, c'est le cas. Il consiste plus précisément dans le fait de mettre un logiciel à disposition du plus grand nombre, la communauté des utilisateurs, et surtout de permettre sa libre évolution. L'objet de la licence libre est donc la concession de droits, soumis aux règles spécifiques de la propriété littéraire et artistique, comme l'affirme expressément la première licence de droit français : « *Le Contrat a pour objet la concession par le Concédant au Licencié d'une licence non exclusive, cessible et mondiale du Logiciel telle que définie ci-après à l'article 5 pour toute la durée de protection des droits*

¹ « L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur »

² Un « plug-in » ou « plugin » est un logiciel qui complète un autre logiciel pour lui apporter de nouvelles fonctionnalités, notamment dans un but de correction. En général, il est élaboré par des personnes n'ayant pas de relation avec les auteurs du logiciel principal.

³ « 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. »

⁴ Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, *Société Babolat c/Pachot*, n° 83-10.477, Bull. Ass. Plén. 1986, n° 3, p. 5 ; JCP éd. E, 1986, II, n° 14713, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant ; D. 1986, p. 411, concl. Cabannes et note Edelman ; RD Propr. Intell. 1986, n° 3, 206, rapport Jonquères ; Droit Informatiques 1986, n° 2, 53, note Briat ; Dossiers Brevets 1986, I, 2.

portant sur ce Logiciel ». ¹ Sa rédaction se veut à la fois claire et concise, sans s'encombrer de détails inutiles. Surtout, l'objet tel qu'il est exprimé apparaît très large, puisque les expressions employées : « *non exclusive* », « *cessible* », « *mondiale* » et « *pour toute la durée de protection des droits* », renforcent cette idée.

760. L'absence d'exclusivité implique que l'utilisateur n'est pas l'unique licencié et qu'il peut lui-même céder sa licence à un tiers, voire sous-licencier, et cela, sans limitation de territoire et pour une durée relativement longue, à savoir pour une durée s'étalant encore soixante-dix ans après la mort de l'auteur. Un tel aspect extensif serait difficilement envisageable dans le cas des licences de logiciels propriétaires, souvent très cloisonnées et interdisant de ce fait les sous-licences et les cessions. De plus, celles-ci sont en général non exclusives et, au surplus, limitées dans le temps.

Notons encore que la manière dont est rédigé l'objet de la licence CeCILL laisse penser que le licencié a des droits très étendus et que sa position est loin d'être inégalitaire par rapport à celle du concédant : c'est le message que la licence veut faire passer, à nuancer toutefois. En effet, ses prérogatives doivent s'exercer dans le respect du droit français en général, et du droit de la propriété intellectuelle en particulier. Pour en savoir plus, il faut se référer à l'« *Avertissement* » mentionné en début de contrat et qui exprime cette idée. ² Dans tous les cas, le licencié d'une licence libre a davantage de droits qu'un licencié d'une licence de logiciel propriétaire. Même s'il s'agit d'un contrat d'adhésion, la licence libre se veut protectrice de ses intérêts, à un degré supérieur de celui des licences propriétaires.

761. Toutefois, aucun transfert de droit de propriété ne se produit ; il ne s'agit pas non plus de renoncer à son droit d'auteur. ³ Car, pour que le logiciel évolue librement, le donneur de licence doit conserver ses droits dessus. Cela n'empêche pas pour autant les licenciés d'effectuer de nombreux actes sur le logiciel visé : il n'existe pas

¹ Annexe n° 12 : Article 2 : « *Objet* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, CEA, CNRS et INRIA, Version 2, 5 septembre 2006, p. 3.

² Annexe n° 12 : « *Avertissement* » : « *Ce contrat est une licence de logiciel libre issue d'une concertation entre ses auteurs afin que le respect de deux grands principes préside à sa rédaction : (...) la désignation d'un droit applicable, le droit français, auquel elle est conforme, tant au regard du droit de la responsabilité civile que du droit de la propriété intellectuelle et de la protection qu'il offre aux auteurs et titulaires des droits patrimoniaux sur un logiciel.* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p.1.

³ *De la propriété comme modèle*, J.-M. Mousseron, J. Raynard, T. Revet, in *Mélanges offerts d'André Colomer*, Paris, Litec, 1993.

d'incompatibilités entre la conservation des droits par l'auteur et ceux qui sont accordés aux licenciés. C'est aussi ce qui fait la spécificité des logiciels libres et de leurs licences, spécificité qui sera abordée tout au long de ce chapitre. L'importance des droits octroyés aux licenciés ainsi que leur protection par la licence est d'ailleurs mise en avant très clairement dans la GPL, dès son préambule : « *Afin de garantir ces droits, nous avons dû introduire des restrictions interdisant à quiconque de vous les refuser ou de vous demander d'y renoncer (...).* » Une telle disposition ne serait pas envisageable dans une licence de logiciel propriétaire où le mot d'ordre est celui de la restriction. Si cette liberté étendue accordée se présente comme une valeur positive au premier abord, elle peut également être source d'instabilité qui ne doit pas être combattue. Car, il en résulte de la logique même du logiciel libre qui prône une évolution sans contrainte. Parler de liberté contractuelle dans le cas des licences libres doit donc être entendu ici comme celle qui permet à son objet d'évoluer, et d'envisager éventuellement un élargissement futur des prérogatives accordées, en d'autres termes, un élargissement des autorisations données. Dès lors, cela semble s'opposer aux exigences strictes du droit des obligations qui a vocation à instaurer une sécurité contractuelle et une stabilité à toute épreuve. L'enjeu est alors de vérifier la compatibilité de l'objet de la licence de logiciel libre avec le droit en vigueur, incluant le droit des contrats et le droit de la propriété intellectuelle.

762. Par ailleurs, le caractère évolutif de la licence s'illustre également par le fait que son texte n'est pas figé dans le marbre. Il est sujet à évolution : c'est ainsi que la GPL a fait l'objet de plusieurs versions, puisqu'à ce jour, la troisième version est en vigueur avec un succès mitigé. Cette évolution est marquée par son article 9 qui dispose que : « *La Free Software Foundation se réserve le droit de publier périodiquement des mises à jour ou de nouvelles versions de la Licence (...).* »¹ Les rédacteurs de la licence CeCILL suivent la même logique, puisque se réservent le droit de réviser le contenu de ses dispositions, afin de « *prendre en compte les nouvelles problématiques rencontrées par les logiciels libres.* »²

Si la possibilité de nombreuses versions du texte de la licence pourrait en effrayer plus d'un, en réalité, il en est autrement, puisque tout est fait pour offrir aux licenciés des

¹ Annexe n° 11: Article 9 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 5.

² Annexe n° 12 : Article 12 : « *Nouvelles versions du contrat* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 9.

avantages qu'ils ne trouveront pas dans le cadre des licences de logiciels propriétaires. Ainsi, dans le cas où le donneur de licence n'indiquerait aucun numéro de version du logiciel, le licencié pourrait choisir la version qui lui est la plus favorable (art. 9 al. 2 licence GPL), ce qui demeure une solution inhabituelle en droit des contrats.

Une autre conséquence positive est la création de tout un éventail de licences libres qui se sont inspirées de la licence pionnière, la GPL, et cela, dans des domaines très divers. Parmi les licences libres applicables en France, citons au passage la licence définissant les conditions d'utilisation des créations (« *IANG* »), des œuvres musicales (« *Licence Musique Libre* ») et multimédia (« *Licence Public Multimédia* »). C'est sans oublier la Licence Creative Commons, licence de logiciels libres applicable aux créations numériques, qu'elles soient musicales, textuelles, photographiques, de vidéo¹... En résumé, si le logiciel libre a vocation à être amélioré, il en est de même pour le contenu de sa licence.

763. En outre, les influences des licences libres sur le monde analogique demeurent importantes. En effet, certaines licences sont apparues à la suite de l'observation du monde du logiciel libre et de l'Internet, et leur domaine d'application ne se limite pas au numérique. C'est notamment le cas des « *Licences d'Art libre* »² (« *LAL* »), licences définissant les conditions d'utilisation des œuvres artistiques et révélant que des créations analogiques peuvent être mises sous forme libre, telles qu'une œuvre littéraire³ (roman, poème...), une peinture, une sculpture, un dessin, une musique⁴, un film⁵... Il est donc possible de transposer sur Internet des œuvres « traditionnelles », simplement en les numérisant : elles ne font que changer de support, ce qui leur offre de larges possibilités, contrairement aux logiciels, dépourvus de tout support la plupart du temps. De telles licences empruntent beaucoup à la GPL et ont pour objet de rendre ces œuvres libres et, plus précisément, leur contenu. Cela signifie que ce dernier est gratuit et distribuable, que des modifications, des reproductions, des distributions, des

¹ La *Licence Creative Commons* est créée à l'initiative de l'organisation américaine non gouvernementale, « *Creative Commons* » à but non lucratif, en 2002. Les règles du logiciel libre sont appliquées à ces créations. Le but est de les partager et d'enrichir le patrimoine commun, les « *Commons* ». Une telle licence définit les conditions de mise à disposition de ces œuvres en ligne et peut se décliner sous la forme de nombreux contrats-types. La *Licence Creative Commons* doit être adaptée au droit du pays sur lequel elle va s'appliquer.

² Voir le site : www.artlibre.org

³ Voir le site : http://www.kitetoa.com/les_livres/roman/sommaire_roman.html

⁴ Voir le site : <http://www.musique-libre.com>

⁵ Voir le site : <http://www.videontv.org/licence>

traductions... sont possibles, sans l'autorisation de l'auteur : la seule condition exigée est de les accompagner de l'œuvre originale et de la licence libre concernée. Pour toute modification, il sera mentionné dans l'œuvre dérivée les transformations et ajouts apportés à l'œuvre initiale, et s'agissant de ladite œuvre dérivée, elle sera soumise aux dispositions de la même licence libre que l'œuvre dont elle découle. Dès lors, le droit moral de l'œuvre et en particulier le droit à la paternité est respecté : en d'autres termes, le droit de la propriété intellectuelle n'est pas totalement écarté. Le licencié n'a pas tous les droits sur l'œuvre : quelques contraintes lui sont imposées, combinées avec une certaine liberté, comme l'exprime le préambule de la licence *Art libre* : « *Loin d'ignorer les droits de l'auteur, cette licence les reconnaît et les protège. Elle en reformule le principe en permettant au public de faire un usage créatif des œuvres d'art. Alors que l'usage fait du droit de la propriété littéraire et artistique conduit à restreindre l'accès du public à l'œuvre, la Licence Art Libre a pour but de le favoriser. L'intention est d'ouvrir l'accès et d'autoriser l'utilisation des ressources d'une œuvre par le plus grand nombre. En avoir jouissance pour en multiplier les réjouissances, créer de nouvelles conditions de création pour amplifier les possibilités de création. Dans le respect des auteurs avec la reconnaissance et la défense de leur droit moral (...).* »¹

Enfin, il résulte des précédents développements qu'à première vue, l'objet de la licence libre semble répondre aux exigences posées par la loi.

5) Le consentement ou l'acceptation

764. Licence CeCILL comme licence GPL contiennent un article intitulé « *Acceptation* ». Il s'agit pour le licencié d'accepter les termes du contrat pour pouvoir utiliser librement le logiciel. A défaut, tout usage pourrait être qualifié de délit de contrefaçon. L'acceptation se concrétise par le chargement du logiciel, son installation sur ordinateur, ou le premier exercice par le licencié d'un droit concédé, c'est-à-dire par des actes matériels.²

Quant à la licence GPL, elle présente une analyse similaire puisque stipule que pour pouvoir utiliser le logiciel libre, il faut en accepter les termes. Elle considère que tout acte effectué sur le logiciel, qu'il s'agisse d'une modification, d'une reproduction ou

¹ Il s'agit du Préambule de la *Licence Art libre*, disponible sur le site : www.artlibre.org

² Annexe n° 12 : Article 3.1 : « *Acceptation* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 3.

d'une distribution, implique une acceptation tacite de la licence. Son raisonnement est basé sur le fait que si aucune signature n'est nécessaire pour adhérer à la licence, il n'en demeure pas moins qu'il faut en accepter les dispositions pour pouvoir utiliser légitimement le logiciel qui en est l'objet.¹ Le consentement du licencié sera donc réputé acquis dès qu'il utilisera le logiciel. Ainsi, la GPL ne s'encombre pas de formalisme, contrairement au droit français, plus strict. Cela sous-entend une certaine « légèreté » de la part de ses rédacteurs, puisqu'il est possible d'adhérer à une licence sans l'avoir signé manuscritement, sinon virtuellement, comme par exemple le ferait le licencié d'un progiciel dans le cadre d'une click-wrap licence où il lui suffit de cliquer sur une icône figurant sur le site du donneur de licence pour marquer son engagement et pour télécharger le logiciel. Dans le cas d'une licence libre, le principe est le même, les logiciels diffusés sous GPL l'étant le plus fréquemment via Internet.

765. La souplesse du formalisme ou l'expression du consensualisme dans sa forme la plus simple telle qu'elle apparaît ici peut être encore rapprochée de l'hypothèse de la shrink-wrap licence où il suffit de déchirer l'emballage contenant le support du logiciel pour être considéré comme ayant adhéré à la licence et donné valablement son consentement.² Cela est conforme au droit français dans la mesure où l'expression des volontés peut s'effectuer sous une forme quelconque, par tous moyens, de diverses manières, et où le contrat est considéré comme valablement conclu dès lors qu'il y a échange de consentements, quelle que soit l'expression de ces derniers. C'est le principe de consensualisme du droit français. Ce qui importe est que l'offre d'adhérer au contrat soit précise, claire, ferme, non équivoque et que l'acceptation du destinataire soit simplement perceptible. En cas de litige porté devant les tribunaux, les juges apprécieront la situation au cas par cas.

Néanmoins, comme dans le cas des licences de logiciels propriétaires conclues sous le mode inédit des shrink-wrap, il n'est pas certain que les utilisateurs de logiciels libres aient adhéré à la licence en connaissance de cause, c'est-à-dire en ayant conscience des véritables enjeux juridiques. De plus, la licence libre étant un contrat d'adhésion comme les licences de progiciels, aucune possibilité de négocier n'est admise : dès lors, le

¹ Annexe n° 11 : Article 5 du Chapitre « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* » : « *Ne l'ayant pas signée, Vous n'êtes pas obligé d'accepter cette Licence (...).* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 4.

² *La validité des licences de logiciel sous plastique en droit français : les enseignements du droit comparé*, Cl. Girot, DIT 1998/01, p. 7-14.

candidat à la licence n'a pas d'autre choix que de l'accepter en bloc. Il ne saurait en être autrement, le licencié n'ayant aucune proximité avec le donneur de licence initial, souvent situé dans un pays différent. Tout ce qu'il peut espérer est que son cocontractant modifie un jour le texte de sa licence et que sa nouvelle version lui soit favorable (infra n° 755 s.). Mais, cette absence de proximité n'est pas dérangeante car, s'inscrit dans l'esprit d'une licence dominée par une idée forte de liberté.

766. Dans tous les cas, la validité de l'échange des consentements n'est pas remise en cause. Le contrat reste valablement formé et ses dispositions doivent s'appliquer à tous, sans distinction. En cas de litige, la seule option du licencié serait d'invoquer devant les tribunaux son défaut de consentement éclairé, marqué par le manque de clarté et de précision des dispositions de la licence à laquelle il a adhéré. Il soutiendrait alors qu'il n'a pas été en mesure de les étudier et encore moins d'en comprendre le sens et la portée. Il appartiendrait au juge, conformément à l'art. 12 al. 2 du Code de procédure civile¹, de requalifier le contrat, s'il l'estime nécessaire. Mais, là encore, les rédacteurs de licences telles que la CeCILL ont tout prévu : est mentionné qu'un exemplaire de la licence a été obligatoirement remis au licencié avant son adhésion et qu'il reconnaît en avoir pris connaissance.²

Par ailleurs, dans sa clause « *Acceptation* », la licence CeCILL rappelle également que les garanties offertes au licencié sont limitées, comme pour montrer qu'en acceptant la licence, il accepte aussi de tels inconvénients. Par conséquent, liberté et limitations peuvent aller de paire, contrairement à ce que l'on pourrait penser. Si des licences telles que la GPL ou la CeCILL sont l'expression d'une certaine liberté, il faut donc nuancer : elles ont un corollaire inattendu, à savoir des restrictions au niveau des garanties, ce qui peut freiner l'élan de certains utilisateurs de logiciels libres, peu enclins à prendre des risques en les utilisant.

Enfin, il est utile de préciser que dans les licences de logiciels propriétaires tels que les logiciels spécifiques, il n'existe pas de clause « *Acceptation* », sinon une clause recette avec laquelle un parallèle intéressant peut être effectué, sachant que la recette concerne

¹ « Il (le juge) doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. »

² Annexe n° 12 : Article 3.2 : « *Acceptation* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 3.

la réception et l'acceptation du logiciel lui-même et non les termes de la licence. (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I).

6) La durée et la résiliation

La durée (a) et la résiliation (b) seront successivement étudiées.

a) La durée

767. Dans la licence CeCILL, la clause relative à la durée est très brève, ne tenant que sur une phrase : « *La Contrat produira ses effets pendant toute la durée légale de protection des droits patrimoniaux portant sur le Logiciel* »¹, ce qui implique une durée déterminée courant à compter de sa divulgation au public et s'étalant soixante-dix ans après la mort du titulaire des droits, telle qu'elle est définie dans le Code de la propriété intellectuelle. Une telle stipulation se retrouve dans le cadre d'une licence de logiciel propriétaire, ou être plus courte. Tout dépend de l'intention de la partie forte au contrat, le concédant.

Quant la GPL, elle ne contient pas de disposition relative à la durée des droits accordés. Il est alors supposé, par application du droit commun, qu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée avec possibilité de résiliation unilatérale, à tout moment, moyennant éventuellement le respect d'un délai de préavis d'une durée raisonnable.

Dans tous les cas, les licences libres prévoient que les licenciés pourront jouir de droits sur le logiciel sur une durée étendue, et c'est cela qui importe. Une longue durée dans le cas d'un logiciel libre impliquant une liberté d'exercer des prérogatives plus longtemps, ce qui s'avère intéressant dans la pratique. Toutefois, les engagements perpétuels étant interdits par le droit², les licences de logiciels libres ne pourront être à durée indéterminée, quand bien même elles seraient qualifiées de contrats de location.³ Si les licenciés ont le droit d'utiliser le logiciel sur une période durable, celle-ci sera nécessairement limitée.

¹ Annexe n° 12 : Article 4.2. : « *Durée* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 3.

² Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, JO 16 novembre 1999, p. 16962.

³ Répertoire civil Dalloz Jurisp. Génér., V° *Louage*, *Du contrat de louage*, V. Tronplong, 3^{ème} édition, 2007, n° 4, p. 72 : « *La perpétuité répugne à nos idées ; elle est incompatible avec les principes de la liberté que nos lois modernes ont établis pour les choses comme pour les hommes* ».

768. Par ailleurs, en matière de logiciel libre, il n'est pas évident de savoir quand commence et quand se termine l'exécution du contrat. Car, son objet est sans cesse sujet à évolution, de nouvelles versions du logiciel étant susceptibles de voir le jour à tout moment. De même, le texte de la licence suit le même mouvement, pouvant accorder plus de droits aux licenciés ou les modifier dans leur contenu (infra n° 755 s.). Dès lors, il est judicieux de calculer la durée du contrat à compter de la modification la plus récente du logiciel, sachant qu'il n'est pas toujours facile de connaître à l'avance cette durée qui peut se confondre avec la « durée de vie » du logiciel, plus ou moins étendue selon les cas. Le terme du contrat devenant alors tributaire du succès du logiciel.

Or, dans le cas d'un logiciel libre, il est impossible de prévoir son avenir, et encore moins la nature et le nombre de contributions dont il bénéficiera, chacun des acteurs, licenciés et donneur de licence étant logés à la même enseigne, puisque devant participer au développement du logiciel pareillement. C'est sans compter l'obsolescence naturelle touchant les logiciels, qu'ils soient libres ou propriétaires. Il en résulte que les durées stipulées dans les licences, même longues, ne seront jamais concrètement respectées. Quand bien même elles le seront, elles concerneraient à chaque fois un « nouveau » logiciel, résultant d'efforts personnels de chaque acteur. A l'inverse, si l'on considère que toutes les nouvelles versions du logiciel, cumulées, constituent un seul et même logiciel, la durée de la licence sera entendue comme longue. Dans le cas contraire, elle sera plus courte et ne tiendra compte que de la dernière version du logiciel.

Quoi qu'il en soit, on est tenté d'affirmer que le mécanisme du logiciel libre répondant à une logique d'enrichissement libre et continue, laisse penser que la licence est à durée indéterminée. Cela s'inscrit dans l'esprit de la mouvance et du libre tel que l'a voulu Richard Stallman.

b) La résiliation

769. Dès lors qu'il a adhéré à une licence, le licencié doit en respecter les termes, sous peine de perdre ses droits et de subir la résiliation.¹ Si cette dernière se produit, il ne pourra plus utiliser, modifier ou distribuer le logiciel : il perdra toutes les

¹ TGI Paris, 28 mars 2007, *Educaffix c/CNRS*, précité. CA Paris, pôle 5, 10^{ème} ch., 16 septembre 2009, n° 04/24298, *Sté EDU4 c/Assoc. AFPA*, précité. *Le juge français et le logiciel libre*, S. Rambaud, RLDI 2009/54, n° 1781.

prérogatives acquises. Cependant, il ne saurait y avoir de résiliation en chaîne concernant les licences qu'il aurait concédées avant résiliation de sa propre licence, puisqu'il n'existe pas de liens entre tous ces contrats successivement conclus dans le temps : il ne s'agit pas d'une chaîne de contrats au sens juridique du terme. De plus, les contrats étant conclus entre le donneur de licence et le licencié, la résiliation de l'un ne saurait affecter les licences conclues avec d'autres licenciés (infra n° 741 s.). Pour qu'il soit mis un terme aux licences, un manquement aux obligations doit être observé. La licence CeCILL reprend une telle solution.¹

Quant à la licence GPL, elle contient des dispositions similaires car, stipule que le licencié ne peut effectuer des actes sur le logiciel « *d'une autre manière que l'autorise la Licence Publique Générale* », sous peine « *d'annulation immédiate de ses droits d'utilisation* » du logiciel.² Si cela se produit et que le licencié utilise, modifie ou distribue quand même le logiciel, il sera coupable du délit de contrefaçon à l'égard de son auteur.

La GPL ajoute également que si, à la suite d'une décision de justice, le licencié n'est plus en mesure de respecter ses stipulations, parce que sa condamnation lui impose des « *conditions incompatibles avec les termes de la Licence* », il ne pourra plus « *distribuer le programme* », ce qui impose sa résiliation.³ L'incompatibilité entre une disposition légale impérative et une disposition de la licence libre aboutit donc à limiter les prérogatives du licencié : il pourra continuer à utiliser le logiciel, mais sa distribution sera interdite. La GPL pose ici le principe du respect cumulatif des lois nationales et des dispositions conventionnelles : le respect des unes n'exclut pas celles des autres.

770. Dans tous les cas, même si cela n'est pas indiqué expressément dans les licences, la bonne foi du donneur de licence ou de l'auteur est exigée en cas de résiliation. A titre d'exemple, la licence *Creative Common* met en avant cette exigence de bonne foi,

¹ Annexe n° 12 : Article 10 : « Résiliation » : « *En cas de manquement par le Licencié aux obligations mises à sa charge par le Contrat, le Concédant pourra résilier de plein droit le Contrat trente (30) jours après notification adressée au Licencié et restée sans effet. Le Licencié dont le Contrat est résilié n'est plus autorisé à utiliser, modifier ou distribuer le Logiciel. Cependant, toutes les licences qu'il aura concédées antérieurement à la résiliation du Contrat resteront valides sous réserve qu'elles aient été effectuées en conformité avec le Contrat* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 8.

² Annexe n° 11 : Article 4 du Chapitre « Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification » : « *Ne l'ayant pas signée, Vous n'êtes pas obligé d'accepter cette Licence (...)* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 4.

³ Annexe n° 11 : Article 7 al. 1^{er} du Chapitre « Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 5.

puisque stipule que : « *L'auteur qui met fin au contrat Creative Commons devra respecter la bonne foi des personnes qui auront dans l'intervalle appliqué le contrat qu'il proposait.* »¹

7) Le prix

771. En matière de logiciel libre, ce qui importe c'est la liberté qui l'entoure et non son prix, puisqu'il peut être distribué à titre gratuit ou à titre onéreux. C'est d'ailleurs ce qu'a toujours revendiqué le fondateur des logiciels libres, Richard Stallman en affirmant : « *Nous encourageons ceux qui distribuent des logiciels libres à les faire payer le prix qu'ils veulent ou peuvent.* »² Cela implique néanmoins qu'en présence d'un prix, il ne doit pas être élevé : à défaut, il empêcherait la diffusion du logiciel au plus grand nombre, ce qui contredirait la philosophie du concept qui prône la liberté, l'égalité, et le partage. De plus, la liberté n'est pas forcément liée à la gratuité (infra n° 710 s.), même si le terme « *free* » en anglais signifie libre ou gratuit. Or, logiciel libre en anglais se dit « *free software* » ou « *freeware* », d'où les risques d'ambiguïtés. La présence d'un prix élevé entraînerait une situation contradictoire car, d'un côté, il faudrait payer pour avoir accès à un logiciel libre, et de l'autre, les licenciés contribueraient gratuitement au développement du logiciel, sans contrepartie financière, ce qui paraîtrait injuste. L'évolution future du logiciel en compatirait car, les améliorations spontanées seraient limitées.

772. Si dans une autre hypothèse, les licenciés tiraient un profit financier des modifications apportées, cela reviendrait à les rémunérer, ce qui n'aurait plus rien à voir avec le mouvement du libre selon lequel l'intérêt collectif de développement doit primer sur tout intérêt individuel pécunier. En effet, leur motivation ne serait pas fondée sur un esprit de partage, d'égalité, et de recherche de progrès informatique, sinon serait purement financière. Plus grave encore, le risque serait à terme de voir apparaître un surenchérissement grandissant de la valeur des logiciels libres, à des milliers de kilomètres de la pensée des pionniers du libre. Le logiciel libre perdrait alors ce qui fait sa spécificité et son essence même. C'est pourquoi, le prix d'une licence de logiciel libre ne peut être analysé pareillement à celui d'une licence de logiciel propriétaire (Voir *Le prix* in Section 3, Première Partie, Titre I, Chapitre I). Il sera nécessairement

¹ Voir le site français des *Licences Creative Commons* : <http://fr.creativecommons.org/>

² Lire les propos de Richard Stallman sur le site officiel du projet GNU: <http://www.gnu.org>

limité pour que les utilisateurs du logiciel puissent continuer à le modifier, à le perfectionner... en un mot, à l'enrichir. C'est d'ailleurs ce que prévoient la licence GPL : « Vous pouvez copier et distribuer le programme (...) à condition de respecter l'une des clauses suivantes : faire une offre écrite (...) pour un tarif n'excédant pas le coût de la copie (...) »¹ et la licence CeCILL : « (...) le coût additionnel d'acquisition du Code Source ne devra pas excéder le simple coût de transfert des données. »² Le prix apparaissant alors modique, voire symbolique, et rémunérant en réalité la mise à disposition elle-même du logiciel (incluant support et livraison), et non pas sa cession.

8) La loi applicable et la juridiction compétente ou la détermination du territoire sur lequel s'applique la licence libre

773. Comme tout logiciel, un logiciel libre peut être diffusé dans le cyberspace, c'est-à-dire un espace sans frontières, ce qui pose problème quant à la loi applicable. Dans la pratique, la licence est souvent assimilée à un contrat de droit international privé régi par la Convention de Rome du 19 juin 1980³ dont l'article 3⁴ pose le principe de l'autonomie de la volonté des parties : concrètement, cela signifie que le problème de la loi applicable sera « résolu comme pour n'importe quel contrat »⁵, sans contredire les règles du droit international privé. Cela implique que les parties ont le droit de choisir librement la loi qui s'appliquera. Mais, en réalité, seul le donneur de licence la choisira, la licence libre étant un contrat d'adhésion. Plus précisément, il pourrait ajouter ou modifier une clause à ces licences, qui rendrait la loi de son pays applicable. C'est le cas de l'*IBM Public Licence* optant pour la loi de l'Etat de New York, de la licence *Mozilla*

¹ Annexe n°11 : Article 3 b) du chapitre « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3 et 4.

² Annexe n° 12 : Article 5.3.1 al. 2 : « *Distribution du logiciel sans modification* » et article 5.3.2 al. 3 : « *Distribution du logiciel modifié* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 5.

³ Convention de Rome 80/934/CCE du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée en vigueur en France le 1^{er} avril 1991 (J.O.C.E. n° L 266 du 9 octobre 1980). Cette convention a permis d'unifier les règles de conflit au sein des Etats membres de l'Union Européenne et au-delà : elle s'applique sans condition de réciprocité, son article 2 disposant : « *La loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un Etat non contractant.* » Elle est remplacée par le règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 « *Rome I* » sur la loi applicable aux obligations contractuelles (J.O.C.E. n° L 177 du 4 juillet 2008), applicable aux contrats conclus à compter du 17 décembre 2009.

⁴ Article 3.1 de la Convention de Rome, précitée : « *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.* »

⁵ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, A. et H.-J. Lucas, Litec, 2^{ème} édition, 2001, n° 261. *Propriété littéraire et artistique*, P.-Y. Gautier, PUF, 4^{ème} édition, 2001, n° 170 s. *Les contrats d'exploitation du droit de la propriété littéraire et artistique*, M. Josselin-Gall, GLN/Joly, 1995, n° 305 et 358.

avec la loi de l'Etat de Californie, ou encore de la licence *QT* avec la loi norvégienne... La seule exigence est que le choix de la loi soit précis et non ambigu.¹

Contrairement aux licences de logiciels propriétaires qui prévoient que l'exploitation du logiciel est soumise à des conditions strictes et dans un territoire déterminé, la GPL ne contient aucune disposition en la matière. Il est donc possible d'utiliser le logiciel libre en tout lieu. Toutefois, le titulaire des droits d'auteur ou donneur de licence initiale a la faculté de limiter géographiquement la distribution de son logiciel dans des Etats qui restreignent la distribution et/ou l'utilisation du logiciel car, de tels Etats vont à l'encontre de l'esprit du logiciel libre qui incite à une liberté et un usage étendus. Il considère que de tels pays ne méritent pas de faire partie de la communauté des utilisateurs prônant des valeurs telles que l'égalité, le partage, et l'échange. L'article 8 de la licence GPL va dans ce sens puisque stipule : « *Si la distribution et/ou l'utilisation du Programme est limitée dans certains pays par des brevets et des droits sur des interfaces, le détenteur original des droits qui place le Programme sous la Licence Publique Générale peut ajouter explicitement une clause de limitation géographique excluant ces pays (...).* »²

Non seulement, une telle ouverture des logiciels libres sur le monde a pour conséquence de poser le problème de détermination de la loi applicable, mais aussi, du juge compétent en cas de litiges risquant de concerner des territoires aux régimes juridiques les plus divers.

774. S'agissant de la loi applicable, il est difficile de savoir laquelle doit s'appliquer, le dispositif du logiciel libre mettant en cause différents acteurs : l'auteur initial de l'œuvre et les multiples licenciés qui modifient chacun un « morceau » du logiciel. Il faut partir du postulat que les parties à un contrat peuvent librement et conjointement la déterminer, conformément au principe de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté (art. 1134 C. civ.). Tous les contrats sont concernés, sauf bien entendu, les contrats d'adhésion où l'une des parties, la partie faible, n'a pas la faculté de la déterminer : elle ne peut que subir le choix de son cocontractant, la partie forte. Si dans le cadre de la licence CeCILL, le droit français est seul applicable, cela étant d'ailleurs

¹ *Les licences libres et le droit français*, C. Rojinsky et V. Grynbaum, Propriétés intellectuelles, juillet 2002, n° 4, p. 28.

² Annexe n° 11 : Article 8 du chapitre « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 5.

stipulé avant même son préambule, dans l'« *Avertissement* »¹ ainsi que dans son article 13², la GPL ne comporte rien sur ce point : elle ne désigne expressément aucune loi applicable. Par conséquent, en cas de litige, il faudra se référer à la Convention de Rome de 1980 qui dispose que : « *Le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* ».³ Ce qui n'est pas toujours évident à déterminer dans la pratique. En effet, trouver un quelconque élément de rattachement peut s'avérer une tâche ardue. La difficulté est encore accentuée par le fait que la GPL soit rédigée en anglais, langue internationale des affaires, et qu'elle est régie par le copyright, terme également international, ce qui exclut toute référence à un droit national : autrement dit, l'anglais ne se rattache plus depuis longtemps à un seul pays. D'où, les indices qui pourraient définir ce lien étroit sont absents de la GPL. Au surplus, aucune disposition de la GPL ne mentionne que la licence est détachée de tout droit national. C'est pourquoi, il faut raisonner autrement.

S'il est fait application des principes de droit français à la GPL, la loi de forme applicable sera celle du lieu de conclusion de la licence. Or, non seulement, cette dernière a été conclue sans être signée -ce qui n'empêche pas sa validité⁴- mais de plus, elle l'a été à distance, ce qui ne nous aide pas beaucoup.⁵ Mais, la jurisprudence considère que la loi applicable à la forme d'un contrat est la même que celle applicable au fond, à condition que les parties l'aient expressément prévu.⁶ En dépit du fait que la GPL ne prévoit rien sur ce point, une telle solution sera retenue, sachant que la loi de fond sera celle du donneur de licence, à l'origine du logiciel libre. En d'autres termes, la loi applicable sera celle du lieu où « *la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion de la licence, sa résidence habituelle.* » (art. 4.2 de la Convention de Rome). Le contrat présentera les liens les plus étroits avec un tel Etat : si le licencié vit en France, la loi française sera retenue.⁷

¹ Annexe n° 12 : « *Avertissement* » : « *Ce contrat est une licence de logiciel libre issue d'une concertation entre ses auteurs afin que le respect de deux principes préside à sa rédaction : la désignation d'un droit applicable, le droit français, auquel elle est conforme (...).* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 1.

² Annexe n° 12 : Article 13.1 : « *Loi applicable et compétence territoriale* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité : « *Le Contrat est régi par la loi française (...).* », p. 9.

³ Article 4.1 de la Convention de Rome, précitée.

⁴ Annexe n° 11 : Article 5 du chapitre « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 4.

⁵ Pour en savoir plus sur les contrats conclus à distance: *Cybermonde: droit et droit des réseaux*, M. Vivant, JCP 1996, I, 3969.

⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mai 1963, arrêt dit « *Chaplin* », n° 59-12.292, JCP éd. G, 1963, III, 13347, note P. Malaurie ; D. 1963, jur., p. 677.

⁷ *Propriété littéraire et artistique*, P.-Y. Gautier, PUF, 4^{ème} édition, 2001, n° 171.

775. Toutefois, il existe une exception à cette règle : la présence de consommateurs, c'est-à-dire de particuliers faisant du logiciel libre un usage personnel et non professionnel. La Convention de Rome prévoit justement que si la licence libre comporte une clause désignant comme applicable telle loi étrangère, la loi française sera écartée, sauf si le contrat est conclu entre consommateurs ou avec des consommateurs, c'est-à-dire dans le cas qui nous intéresse, si la licence est concédée à un licencié consommateur ayant sa résidence habituelle en France et si la conclusion de ladite licence a été précédée en France « *d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité* » telle qu'une sollicitation électronique, et que « *le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat.* »

Les termes de l'art. 5.2 de la Convention de Rome sont suffisamment explicites : « *Le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle : si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat (...).* »¹

Une autre loi française protège les consommateurs : la loi Toubon² et sa circulaire d'application du 19 mars 1996³ disposant que sont visés par ladite loi : « *tous les documents destinés à informer l'utilisateur ou le consommateur, y compris en matière de logiciel* ». ⁴ Une des conséquences intéressantes de la désignation de la loi française est l'application des dispositions relatives aux clauses abusives très protectrices du consommateur.⁵ De même, en cas de contrefaçon réalisée sur le territoire français, la loi

¹ *Business to consumer : loi applicable et juge compétent*, M. Vivant, Legicom 2000, 1 et 2, n° 21 et 22, p. 95.

² Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, dite « *Loi Toubon* », J.O.R.F. n° 180 du 5 août 1994, p. 11392.

³ Circulaire du 19 mars 1996 concernant l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, J.O.R.F. n° 68 du 20 mars 1996, p. 4258.

⁴ CA Paris, 13^{ème} ch., section A, 27 janvier 1997, *Olivier Dewavrin et SA Surcouf c/Ministère public*, n° 96/03971, Gaz. Pal. 1997, 1, p. 229.

⁵ *Contrats informatiques et clauses abusives*, E. Caprioli, CCC, juin 1996, chron. n° 6 : est réalisé un commentaire de la recommandation n° 95-02 du 7 avril 1995 de la commission des clauses abusives relative aux contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou progiciels destinés à l'utilisation sur micro-ordinateurs, BOCCRF du 28 août 1995.

française sera applicable. Car, le droit moral bénéficie du statut de la loi de police rendant la loi française impérative.¹

Enfin, le problème de loi applicable pose également quelques interrogations sur la mise en œuvre de la loi Toubon², ainsi que sur les règles de formation des contrats en ligne.³ Ces interrogations sont d'autant plus pertinentes que les licences de logiciels libres sont susceptibles de concerner des licenciés situés en France. Au niveau civil, l'un des cocontractants pourrait invoquer la nullité de la licence si elle n'est pas rédigée en français, d'autant que les traductions de la GPL ne sont pas officielles, sinon officieuses.

776. Quant au juge compétent, la GPL ne prévoit rien encore sur ce point. Son manque de précision ou plutôt son silence sur de nombreuses questions s'explique sans doute par le fait que ses rédacteurs ont considéré un peu naïvement que dans une communauté d'utilisateurs guidée par un esprit d'égalité et de partage, il n'y aurait pas de litige. Ce qui n'est pas faux au demeurant, aucun litige n'ayant été relevé à ce jour, quant à l'application de la GPL, que ce soit en France ou aux Etats-Unis. Toutefois, il demeure qu'il est nécessaire de déterminer le juge compétent, ne serait-ce que pour se prémunir en cas de conflit. Aussi, sera compétent le juge du domicile du défendeur ou de son siège social, s'il s'agit d'une personne morale : c'est une règle de droit d'organisation judiciaire habituellement retenue par les Etats. Le droit français retient également le juge du lieu d'exécution du contrat. Et en cas de litiges mettant en cause deux Etats membres de l'Union Européenne, le juge compétent sera celui du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse.⁴ Ce qui complexifie la donne, les litiges pouvant

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, arrêt *Huston*, JCP 1991, II, 21731, note A. Françon ; JCP éd. E, II, 220, note P. Sirinelli et J. Ginsburg ; Revue crit. DIP 1991, p. 752, note P.-Y. Gautier ; D. 1993, Jur. p. 197, note J. Raynard : « *Les dispositions sur le droit moral de l'auteur sont des lois d'application impérative.* »

² *La loi Toubon confrontée aux nouvelles technologies de l'information*, M.-L. de Cordovez et S. Lipovetsky, CCE juin 2002, chron. n° 16, p. 19. *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet*, A. Lepage, Litec, 2002, n° 196 s.

³ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, dite « *Directive sur le commerce électronique* », J.O.C.E. n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1 à 16. L'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition des directives communautaires et adaptation du droit communautaire en matière de droit de la consommation (J.O.R.F. n° 196 du 25 août 2001, p. 13645, texte n° 6) transpose en droit français la directive communautaire n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (J.O.C.E. n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19-27).

⁴ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O.C.E. n° L 012 du 16

se multiplier dans de nombreux Etats, les utilisateurs se situant partout dans le monde. A l'inverse, la licence CeCILL simplifie les choses, puisque dispose dans son article 13.2 que la juridiction compétente sera celle de Paris. Au moins, cela a le mérite d'être clair et d'éviter d'interminables débats sur la juridiction compétente.

777. Dans le cadre des licences de logiciels propriétaires, c'est le concédant qui choisit la plupart du temps la loi applicable et le juge compétent, même s'il s'agit d'un logiciel spécifique, le licencié n'ayant que peu de poids dans la négociation du contrat. Il ne peut en être autrement lorsqu'un progiciel est concerné, le contrat étant obligatoirement d'adhésion. En effet, si le concédant a une « clientèle » internationale, il ne souhaite pas faire l'objet d'actions en justice en provenance de tous pays. Bien entendu, le cas le plus simple pour un concédant français serait celui où le licencié serait domicilié en France, rendant la loi française automatiquement applicable.

778. Enfin, malgré la reconnaissance de la validité de certaines licences de logiciels libres par les juges français, en cas de litiges, ceux-ci pourraient décider d'écarter certaines de leurs dispositions et de les déclarer non écrites, le reste des dispositions demeurant valable. La même solution serait observée si la GPL était en cause, même si sa validité est reconnue.¹

janvier 2001, p. 1 à 23. Son article 5 dispose que : « Une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite, dans un autre Etat membre : 1 a) en matière contractuelle, devant **le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.** »

Ce texte a fait naître une abondante jurisprudence concernant l'interprétation du lieu d'exécution, tel que l'arrêt dit « *Tessili* » rendu par la CJCE le 6 octobre 1976, affaire 12-76 (*Industrie Tessili Italiana Como c/Dunlop AG* : demande de décision préjudicielle, formée par l'Oberlandesgericht c/Francfort-sur-le-Main). Cette juridiction a décidé que lorsque les parties n'avaient pas désigné le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse, ce lieu devait être déterminé « conformément à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflit de la juridiction. »

¹ TGI Paris, 3^{ème} ch., 1^{ère} section, 28 mars 2007, *Educaffix c/CNRS, Université Joseph Fourier et autres*, <http://www.caprioli-avocats.com/pages/publications/edocs/management-juridique-de-l-innovation/edocs-management-juridique-de-l-innovation-premiere-jurisprudence-francaise-relative-a-une-licence-GNU-GPL.htm>

C) Une liberté permanente et continue dans le cadre des effets de la licence libre

Une analyse d'ensemble de la situation est nécessaire (1) afin d'appréhender au mieux les obligations des parties (2).

1) Vue panoramique de la situation

779. Au risque de nous répéter, il faut partir de l'idée que les logiciels libres ainsi que leurs licences consacrent la notion de liberté permanente. C'est d'ailleurs ce qui a motivé ses auteurs lors de leur création. Ainsi, si la GPL n'exclut pas l'application du droit d'auteur, elle empêche la limitation par toute personne du droit d'utiliser le logiciel, ainsi que toute restriction de son exploitation. Les obligations des parties ainsi que les garanties qu'elle prévoit illustrent justement cette situation.

780. A l'inverse, le droit de la propriété intellectuelle restreint la liberté pour consacrer la propriété pleine et entière d'une œuvre au profit de son auteur, dans le but d'en prohiber l'usage par toute personne autre que ledit auteur ou que les personnes titulaires d'une autorisation en la matière. A première vue, le mouvement du libre et les règles posées par le droit apparaissent antinomiques, la licence libre faisant surtout référence à la liberté dans son sens le plus large, puisque « martelant » les idées de liberté d'utiliser, de modifier et de redistribuer le logiciel. Il est néanmoins nécessaire de nuancer ces propos, la liberté n'autorisant pas tout. Si la licence libre apparaît globalement très permissive, elle comporte des restrictions qui pourraient surprendre (par exemple, les licences copyleft interdisent qu'un logiciel libre dérivé devienne propriétaire). Toutefois, de telles restrictions sont savamment et justement dosées de façon à pouvoir être combinées avec les règles du droit de la propriété intellectuelle.

2) Les obligations des parties

La licence de logiciel libre est un contrat synallagmatique (art. 1102 C. civ.) créant des obligations réciproques à la charge de chacune des parties, le donneur de licence (a) et le licencié (b). En effet, ce n'est pas parce que la licence est libre que ces derniers ne sont pas débiteurs d'obligations l'un à l'égard de l'autre. Les obligations varient d'une licence à l'autre, mais pour l'essentiel, demeurent similaires (c).

a) Les obligations du donneur de licence

781. Dans le cadre d'une licence de logiciel libre permettant au licencié d'acquérir de nombreux droits sur l'œuvre, on pourrait croire que le donneur de licence n'est soumis à aucune obligation. Or, il en est autrement. En effet, s'il conserve certains de ses droits - les droits moraux- afin de contrôler l'évolution de son oeuvre dans le sens du libre, il sacrifie aussi certaines de ses prérogatives -touchant à ses droits patrimoniaux- puisqu'y renonce justement pour offrir cette liberté. Le logiciel évoluant alors au gré des modifications effectuées par les licenciés.

C'est ainsi que le donneur de licence est tenu au respect de certaines obligations contraignantes comme remettre le logiciel au licencié (i) et lui permettre d'en jouir paisiblement et librement (ii). S'agissant des garanties (iii) et des responsabilités (iv) mises en œuvre, une analyse particulière s'impose.

i. L'obligation de remise

782. Elle consiste à mettre à disposition du licencié le logiciel, son code source et ses accessoires tels que sa documentation. La GPL¹ et la CeCILL² l'exigent dans leur préambule respectif, et même dans l'avertissement de cette dernière. En revanche, cela n'est pas le cas pour les licences de logiciels propriétaires, le code source n'étant remis que dans un but d'interopérabilité (Voir *in* l'obligation de jouissance et Première Partie, Titre I, Chapitre I, Section III). Une telle analyse s'explique par le fait que le code source n'est pas reconnu par la jurisprudence³ et une partie de la doctrine⁴ comme un accessoire du logiciel devant l'accompagner, lors de sa délivrance : autrement dit, il est inutile. Or, habituellement, la délivrance de la chose doit s'accompagner des accessoires qui sont nécessaires à sa jouissance : cela est valable pour les contrats du monde

¹ Annexe n° 11 : « Préambule » : « Notre licence est conçue pour vous assurer la liberté de distribuer des copies des programmes, gratuitement ou non, **de recevoir le code source ou de pouvoir l'obtenir**, de modifier les programmes ou d'en utiliser des éléments dans de nouveaux programmes libres, en sachant que vous y êtes autorisé. », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 1.

² Annexe n° 12 : « Préambule » : « **L'accessibilité au code source** et les droits de copie, de modification et de redistribution qui en découlent ont pour contrepartie de n'offrir aux utilisateurs qu'une garantie limitée (...). », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 1.

³ CA Paris, 11 janvier 1984, *Juris-Data* n° 20003 : le code source n'est pas un accessoire devant accompagner la chose objet du contrat, lors de sa délivrance : il n'est pas nécessaire à sa jouissance.

⁴ D'autres auteurs sont contre une telle analyse, considérant que le code source est un accessoire du logiciel, qu'il soit libre ou propriétaire : *Le droit des contrats de l'informatique*, A. Viricel, éd. Le Moniteur, 1984, n° 264.

analogique tels que la vente¹ ou le bail.² Nous ne reviendrons pas sur la définition du logiciel, largement décrite dans les développements consacrés aux licences d'utilisation de logiciels propriétaires (voir Première Partie I, Titre I, Chapitre I). Quant au code source, il consistera uniquement dans le programme source lui-même, sans les indications nécessaires à sa compréhension et sans la description des structures de programmation... Cela implique qu'il soit remis de façon « brute » à une communauté d'utilisateurs qui, par définition, ne sont pas novices en la matière et que, dès lors, toute documentation jointe est inutile.³ Dans l'hypothèse du logiciel libre, remettre le code source au licencié est fondamental : à défaut, c'est tout le concept qui risque d'être ébranlé, ainsi que la théorie de Richard Stallman qui préconise le libre accès aux sources afin de contribuer au perfectionnement du logiciel et à son succès perpétuel.

783. Or, si cela était interdit, on ne pourrait plus parler de logiciel libre et leurs licences n'auraient plus lieu d'être. De plus, la communauté d'utilisateurs ne pourrait pas enrichir le logiciel et remplir sa mission de développement. Pour y parvenir, l'accès au code source est donc indispensable, ce qui va à l'encontre du monopole d'exploitation de l'œuvre que reconnaît le droit aux auteurs⁴ (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I). En refusant de communiquer le code source, les auteurs manifestent ainsi leur souhait de protéger le monopole que leur confère le droit, et de se réserver la maîtrise de l'évolution des versions futures de leurs logiciels, ce qui s'observe dans l'hypothèse des logiciels propriétaires. A l'inverse, les licences libres font sauter tous les obstacles au libre usage du logiciel organisés par le droit d'auteur, et offrent une liberté considérable aux licenciés.

Dans l'éventualité où un licencié soumis au droit français ne se verrait pas remettre le code source, il pourrait toujours agir sur le terrain de l'absence de délivrance de la chose objet du contrat. Car, il s'agit d'une obligation à la charge du donneur de licence et de chaque utilisateur, à chaque fois qu'il modifie le logiciel. Il appartiendra au juge saisi de requalifier le contrat pour faire état de cette obligation (art. 12 al. 2 CPC) et, par

¹ Art. 1615 C. civ. : « L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel. »

² Dans les travaux préparatoires du Code civil, la doctrine avec demandé à étendre les dispositions de l'art. 1615 au contrat de bail.

³ Pour une définition du code source : *Logiciels : retour aux sources*, H. Croze et F. Saunier, JCP éd. G, 1996, n° 8, doct. I, 3909, p. 94 : le code source regroupe « toutes les informations non publiques nécessaires à un professionnel de l'informatique pour modifier ou maintenir le logiciel considéré, sous une forme compréhensible par ledit professionnel. »

⁴ Art. L. 111-1 al. 1^{er} CPI: « L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusive et opposable à tous. »

conséquent, pour décider soit l'exécution forcée de l'obligation de délivrance du code source, soit la résolution du contrat.

784. Remettre le code source aux licenciés n'est donc pas anodin. Le donneur de licence doit exécuter cette obligation pour que le logiciel libre puisse remplir sa mission, à savoir consacrer le partage d'une intelligence collective. Cette dernière vient de tout utilisateur, quel qu'il soit, quels que soient sa formation initiale, son profil et son niveau ; elle est donc diverse, « multicolore », et en mouvement constant. Par-dessus tout, elle se doit d'être accessible à toute la communauté d'utilisateurs, sans discrimination, au même moment et à tout moment. Une telle intelligence suppose que soient regroupées des informations, des idées et des ressources, sans pour autant que cela soit contradictoire avec toute idée de propriété et que cette dernière soit écartée. La remise du logiciel libre et de son code source au licencié ne doit donc pas être prise à la légère : elle est le résultat du mariage improbable entre la liberté et la propriété.

Une fois que le logiciel est remis au licencié, il s'agit de pouvoir en jouir librement.

ii. L'obligation de jouissance

785. Dans le cadre d'une licence libre telle que la GPL ou la CeCILL, l'obligation de jouissance est entendue dans un sens très large. Ainsi, le donneur de licence doit permettre au licencié de jouir paisiblement du logiciel mis à sa disposition, sans obstacle et sans entrave et, par conséquent, en toute liberté. Que la licence libre s'analyse en un contrat de prêt ou un contrat de location, cette obligation est importante. Dans le premier cas, le Code civil y insiste particulièrement¹, puisque pose comme principe que le prêteur ne pourra reprendre la chose prêtée qu'après l'expiration du terme du contrat, si celui-ci est à durée déterminée, ce qui suppose que pendant son exécution, il ne pourra pas empêcher son utilisation par l'emprunteur, ni s'y immiscer de quelque manière que ce soit. A défaut, il y aurait atteinte à son libre usage. De même, si le contrat est à durée indéterminée, le prêteur, partie « forte », doit laisser l'emprunteur, partie « faible », utiliser la chose objet dudit contrat conformément à la destination pour laquelle elle a été empruntée. En d'autres termes, l'obligation de jouissance doit être respectée en toutes circonstances.

¹ Art. 1888 C. civ. : « Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée **qu'après le terme convenu**, ou, à défaut de convention, **qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée.** »

786. Si l'on considère que la licence est une location, selon l'art. 1719-3° du Code civil¹, la jouissance dépendra de l'étendue des droits accordés à la partie concernée dans le cadre du contrat, ainsi que de la destination de la chose louée. Pour connaître une telle destination, il faut se référer à l'intention des parties ou éventuellement aux circonstances.² Or, dans le cadre d'une licence libre telle que la GPL, la destination du logiciel est la liberté, ce qui implique un droit de l'utiliser, de le modifier, de le reproduire, et de le distribuer librement. Cette liberté est mise en évidence dès son préambule : « *La Licence Publique Générale (General Public License) est destinée à vous garantir la liberté de partager et de modifier les logiciels libres, et de s'assurer que ces logiciels sont effectivement accessibles à tout utilisateur.* »³

Il en est de même pour la licence CeCILL qui dispose : « *Ce contrat est une licence de logiciel libre dont l'objectif est de conférer aux utilisateurs la liberté de modification et de redistribution du logiciel régi par cette licence dans le cadre d'un modèle de diffusion en logiciel libre (...)* ».⁴ De telles dispositions ne se retrouvent pas dans une licence de logiciel propriétaire où la liberté est loin d'être ce qui la caractérise. Au contraire, si un tel contrat comporte quelques libertés, celles-ci demeurent limitées et strictement encadrées. Quant au droit d'auteur lui-même, il a pour finalité de protéger les droits des créateurs d'œuvres de l'esprit tels que les logiciels et, à ce titre, « contrôle » ces libertés et les limite dans l'intérêt des seuls auteurs originels. Car, il ne s'agit pas de faire ce qu'on veut, ni de « brader » les droits de propriété intellectuelle du créateur : cela n'a jamais été dans la logique du droit d'auteur.

A titre d'illustration, étudions les conséquences de la liberté de reproduction (α), de diffusion (β) et d'utilisation (γ).

α . La liberté de copier

787. S'agissant de la liberté de copier le logiciel prévue par le droit, elle est limitée par l'art. L. 122-6-1, II CPI qui n'autorise que la copie de sauvegarde, et uniquement si

¹ Art. 1719-3° C. civ. « *Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière : d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail.* »

² En effet, la jurisprudence admet que la volonté des parties se déduit des circonstances : Cass. Req. 11 février 1907, DP, 1908, 1, 276 : « *La jouissance du preneur est déterminée par la destination qui a été donnée à la chose par le bail, ou par celle qui doit être présumée d'après les circonstances.* »

³ Annexe n° 11 : « Préambule », Licence Publique Générale GNU/GPL, précitée, p. 1.

⁴ Annexe n° 12 : « Préambule », Contrat de licence de logiciel libre CeCILL, précité, p. 1.

elle est « *nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel* » et si elle est réalisée par le titulaire des droits appelé par le Code « *la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel* ». L'exception de copie privée n'est pas autorisée en matière de logiciel (cf. : art. L. 122-5, 2° CPI définissant le cadre législatif de cette exception¹).

Dans le cadre de la licence GPL, la reproduction du logiciel est plus libre dans le sens où la restriction en matière de copie de sauvegarde n'est pas applicable. Ce droit est ainsi très étendu et profite largement aux licenciés : « *Vous (le Licencié) pouvez copier et distribuer des copies conformes du code source du Programme, tel que Vous l'avez reçu, sur n'importe quel support, à condition de placer sur chaque copie un copyright approprié et une restriction de garantie (...).* »²

Certes, cette liberté est assortie de conditions, mais de conditions facilement surmontables, puisque sont seulement exigés le respect des dispositions de la licence, ainsi que l'apposition d'un copyright sur chaque copie afin de montrer que bien que le logiciel soit libre, il existe un auteur originel qui mérite que son œuvre et que ses droits soient respectés. Surtout, il est primordial d'indiquer aux licenciés que la schématique du logiciel libre doit toujours être suivie, quelles que soient les circonstances : chaque utilisateur ou licencié a le droit de reproduire le logiciel à condition de permettre aux autres d'en faire autant, sans restriction, et surtout, à condition de ne pas s'approprier ledit logiciel. A défaut, serait remis en cause le principe d'égalité qui doit régner au sein de la communauté d'utilisateurs.

788. Par ailleurs, dans un souci de transparence, il est nécessaire d'informer les destinataires des copies qu'aucune garantie ne leur est fournie, et de leur remettre en même temps un exemplaire de la licence. La liberté permettra à chacun de demander le paiement d'un prix pour la réalisation d'une copie, ainsi que de proposer éventuellement des garanties moyennant rétribution financière, ce qui n'est pas envisageable dans une licence de logiciel propriétaire. Dans cette dernière hypothèse, non seulement les copies sont strictement encadrées et le licencié ne peut se faire rémunérer pour celles réalisées, mais les garanties sont automatiquement prévues au contrat et, en aucun cas,

¹ « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* ».

² Annexe n° 11 : Article 1 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 2.

subordonnées à un quelconque paiement. Dès lors, dans le cas d'une licence libre, les facultés accordées au licencié, en plus d'être larges, sont exceptionnelles.

Une telle différence au niveau de l'exploitation des logiciels libres et des logiciels propriétaires accentue le degré de liberté que veut consacrer les licences libres. A l'inverse, dans le cadre des licences propriétaires, les titulaires de droits patrimoniaux veulent limiter les droits des licenciés, en particulier le droit de reproduction qui, s'il est accordé trop largement, risque de compromettre l'intégrité de l'œuvre elle-même et de porter atteinte à son respect, en plus de nuire à son circuit normal de distribution en instituant des réseaux de distribution parallèles.

Quant à la première licence libre de droit français, la CeCILL, elle met en avant la faculté ouverte au licencié de reproduire, sans limite le logiciel, puisque stipule que : « *Le Licencié est autorisé à utiliser le Logiciel, sans restriction quant aux domaines d'application, étant ci-après précisé que cela comporte : 1. La reproduction permanente ou provisoire du Logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme.* »¹

789. Afin de montrer l'importance de la liberté en matière de logiciel libre, il est nécessaire de faire une comparaison judicieuse avec d'autres licences telles que la « *shareware* » ou la « *crippleware* » qui, si autorisent une reproduction libre, exigent une reproduction à l'identique. Or, cela n'est pas le cas pour les licences libres telles que la GPL qui permet la reproduction de logiciels modifiés par une succession d'utilisateurs. Ainsi, le logiciel initialement modifié sera lui-même modifié par un utilisateur, qui le sera tout autant par un autre utilisateur, et ainsi de suite. Ce qui crée un processus sans fin de modifications que personne ne peut contrôler, sinon auquel il peut allègrement participer. C'est aussi cela la liberté de jouissance.

En revanche, dans le cas des licences « *freeware* » de logiciels mis gratuitement à la disposition du public, mais dont le code source n'est pas ouvert, le titulaire du logiciel souhaite maîtriser l'évolution de ses versions futures pour bénéficier de l'exclusivité de la distribution et de la commercialisation, ce qui n'est pas possible dans le cas des licences libres où la recherche de profits et la création à tout prix d'une nouvelle version

¹ Annexe n° 12 : Article 5.1 : « *Droit d'utilisation* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 4.

du logiciel ne sont pas les objectifs. De plus, s'agissant des freewares, le concédant renonce à exploiter une version particulière du logiciel, pour éviter d'être enfermé dans un carcan : il veut se garder quelques libertés. Il interdit alors la modification du programme ou des fichiers associés à telle ou telle version.

Dans le cas des logiciels libres, leur enrichissement doit être certes permanent dans un souci de nouvelle version à terme ; cependant, les utilisateurs ne sont animés en premier lieu que par une volonté d'apporter des améliorations et/ou des corrections au programme. Ils ne peuvent prévoir à l'avance quelle sera la prochaine version du logiciel, et s'il y en aura une.

β. La liberté de diffuser

790. Le donneur de licence accorde un droit étendu de diffuser le logiciel libre auprès d'un large public, ce qui n'est pas le cas en matière de logiciel propriétaire pour lesquelles les licences sont davantage restrictives. En effet, ces dernières n'autoriseront la plupart du temps que les utilisations du logiciel à titre personnel et/ou sur un poste de travail déterminé, ce qui exclut qu'elles soient des licences dites « multipostes ». Pour étendre l'installation du logiciel à d'autres matériels, il faudra souvent s'acquitter d'un prix supplémentaire, ou prévoir un avenant au contrat, voire une licence supplémentaire, selon les cas de figure. Toute distribution de copies de logiciels et/ou de ses accessoires tels que la documentation à des tiers sera strictement prohibée. Certaines mesures de contrôle de l'utilisation des logiciels seront même mises en place par les concédants méfiants et pointilleux pour dénombrer les reproductions du logiciel ainsi que leur emplacement. De telles mesures exigeant également que le concédant soit prévenu par écrit lorsque l'original du logiciel ou une copie est conservée sur un autre poste que celui mentionné au contrat.¹ Tout dépendra de la volonté du concédant et des enjeux qu'il souhaite privilégier. La licence libre n'étant qu'une manière de déterminer comment les droits patrimoniaux (art. L. 122-6 CPI) sur une œuvre sont organisés.

791. A côté de cela, les licences libres font office d'une grande liberté et semblent remettre en cause tout l'arsenal contractuel des licences de logiciels propriétaires et même de licences qui, de prime abord, paraissent consacrer une liberté pleine et entière,

¹ Article 8 du *Contrat de licence de logiciel IBM* in *Maîtriser les Contrats IBM*, A. Bensoussan, Mémento-guide, Hermès Science, édition Lavoisier, 2004.

mais qui, en réalité, n'en font rien. Sont ainsi visées les licences « *freeware* », « *shareware* » et « *crippleware* »¹, déjà abordées.

En outre, la GPL explique qu'il est possible de modifier les copies du logiciel, ainsi que de reproduire et de distribuer ses nouvelles versions, à condition de respecter ses dispositions. Cela impliquera d'ajouter aux fichiers modifiés la mention que des changements ont été effectivement réalisés à une date précise, et que de telles versions seront distribuées sous les termes de la GPL. De plus, mention du copyright et des limitations de garanties seront faites.² Tout manquement à ces directives fera perdre à l'utilisateur tous ses droits d'utilisation sous GPL.³ L'intérêt est ici de montrer que la liberté n'autorise pas tout.

Quant à la CeCILL, elle est également très extensive s'agissant du droit de distribution accordé aux licenciés. En effet, ce droit comportera « *notamment le droit de diffuser, de transmettre et de communiquer le Logiciel au public sur tout support et par tout moyen ainsi que le droit de mettre sur le marché à titre onéreux ou gratuit, un ou des exemplaires du Logiciel par tout procédé* ».⁴ Le licencié pourra librement distribuer des copies du logiciel, modifié ou non, à tout tiers.

γ. La liberté d'utilisation

792. La liberté d'utilisation du logiciel libre inclut celle de l'amélioration. Les améliorations pourront être effectuées par chaque utilisateur et impliqueront un droit de modifier le logiciel, d'observer, d'étudier, de tester son fonctionnement, et de l'adapter à ses propres besoins.⁵ Elles feront elles-mêmes l'objet d'une libre diffusion.

A l'inverse de ce qui s'observe en matière de logiciel libre, le droit d'auteur est davantage restrictif. En effet, seuls les utilisateurs légitimes du logiciel ont le droit d'effectuer certains actes (reproduction, traduction, adaptation, arrangement,

¹ Pour en savoir plus sur ces licences de logiciels de libre copie : *Freeware, shareware, cryppleware : présentation et classification des logiciels en libre copie*, G.-A. Guilleux, Droit de l'informatique et des télécoms, 1997/1, p. 12.

² Annexe n° 11 : Article 2 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3.

³ Annexe n° 11 : Article 4 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 4.

⁴ Annexe n° 12 : Article 5.3 : « *Droit de distribution* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 4.

⁵ Annexe n° 12 : Article 5.1 : « *Droit d'utilisation* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 4.

modification...), sans autorisation de l'auteur, « *lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination* » (art. L. 122-6-1, I CPI). De même, aux fins de permettre l'interopérabilité du logiciel, la décompilation est autorisée, procédure permettant de remonter au code source du logiciel) (art. L. 122-6-1, IV CPI). Observer, étudier ou tester le fonctionnement du logiciel sera également possible pour son utilisateur légitime s'il a pour but de « *déterminer les idées et principes à la base de n'importe quel élément du logiciel* » (art. L. 122-6-1, III CPI). Pour en savoir plus sur les droits de propriété intellectuelle en matière de logiciels propriétaires, il faut se référer à l'étude de la clause de propriété intellectuelle (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I).

793. Des développements précédents, il résulte que l'obligation de jouissance mise à la charge du donneur de licence est très étendue et que, par conséquent, elle profite pleinement aux licenciés qui peuvent modifier, utiliser, reproduire ou diffuser le logiciel, sans conditions particulières, à l'inverse de ce qui est prévu par le droit d'auteur exigeant la réunion de certaines conditions pour exercer certains actes. En d'autres termes, les licences libres lèvent toutes les restrictions et interdictions qui pourraient exister en droit d'auteur. Cela accentue d'autant la liberté offerte aux licenciés, autorisés alors à faire évoluer le logiciel à leur gré, sans limitation de durée. Dès lors, le dispositif dans lequel est placé un tel logiciel lui permet de progresser de façon libre et sans retenue, grâce aux nombreuses contributions dont il fait l'objet. Il n'existe aucun autre dispositif qui permet une telle liberté doublée d'un tel enrichissement d'une œuvre de l'esprit, de la part de personnes venant d'horizons les plus divers.

794. Mais, la liberté d'usage du logiciel octroyée par son auteur dans le cadre d'une licence libre, n'est pas sans conséquences. Elle demeure encadrée par les règles strictes du droit d'auteur et doit s'articuler avec et s'en accommoder. Il en est de même pour l'évolution du logiciel qui reste sous la coupe du droit d'auteur, dans le sens où tout changement doit demeurer compatible avec ce qui est autorisé légalement. Si le droit d'auteur s'applique de la même façon aux licences de logiciels propriétaires et aux licences de logiciels libres, le contrat organise différemment les droits de l'utilisateur. Dans tous les cas, il ne saurait y avoir de liberté totale accordée aux licenciés : ils ne peuvent faire tout ce qu'ils veulent. De plus, il faut éviter les confusions : un logiciel

libre est celui qui est diffusé dans les conditions définies par une licence, conditions peu contraignantes et très avantageuses pour leurs destinataires. Cela ne signifie pas pour autant que tout est permis, des restrictions étant possibles. Au demeurant, il ne saurait y avoir renonciation de l'auteur à ses droits, sinon exploitation particulière du droit d'auteur dans un cadre contractuel particulier : la licence. Tout dépendra alors de la volonté du donneur de licence, de la manière dont sera rédigé le contrat, et du contenu de ses dispositions qui détermineront la conduite à avoir en matière d'utilisation du logiciel.

iii. Les garanties

795. Si dans le cadre des licences de logiciels propriétaires, le concédant est tenu de fournir diverses garanties au licencié, telles que la garantie d'éviction ou de vices cachés sur lesquels nous ne reviendrons pas, tant au niveau de leur définition respective que de leur portée (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I), c'est pour assurer au licencié de jouir paisiblement du logiciel. En revanche, il en est autrement dans le cadre des licences de logiciels libres telles que la GPL ou la CeCILL. En effet, ces garanties sont exclues comme pour ôter toute contrainte au donneur de licence et aux utilisateurs successifs qui utiliseront librement le logiciel, le premier étant déchargé d'une telle obligation qui s'avère souvent lourde à supporter, tandis que les seconds, non protégés par de telles garanties, ne peuvent se voir imposer d'importantes obligations en contrepartie, les prestations de chacune des parties devant être plus ou moins équivalentes dans tout contrat synallagmatique. A leur tour, ils ne seront pas tenus de fournir des garanties aux autres utilisateurs. Seule une décision du donneur de licence de modifier le contrat pourrait renverser cette situation et accorder des garanties à tous. Toutefois, dans la pratique, il est peu probable que cela se produise car, remettrait en cause le concept du logiciel libre. Il aura néanmoins la possibilité de proposer des garanties payantes dans le cadre de prestations facultatives d'assistance technique ou de maintenance, dans le cadre d'un acte séparé de la licence.¹ (infra n° 710 s.).

796. Ainsi, la GPL dispose qu'« aucune garantie n'est fournie, comme le permet la loi. Sauf mention écrite, les détenteurs du copyright et/ou les tiers fournissent le Programme en l'état, sans aucune sorte de garantie explicite ou implicite, y compris les

¹ Annexe n° 12 : Article 7.2 : « Services associés », Contrat de licence de logiciel libre CeCILL, précité, p. 6 et 7.

garanties de commercialisation ou d'adaptation dans un but particulier ». ¹ Son préambule pose également la même idée : « *pour protéger chaque auteur ainsi que la FSF (Free Software Foundation), nous affirmons solennellement que le programme concerné ne fait l'objet d'aucune garantie (...)* ». ²

La version 3 de la licence GPL va encore plus loin car, donne au juge des instructions d'interprétation de la clause d'exonération de garantie en cas de litige. Ainsi, son article 17³ prévoit que si une telle clause est incompatible avec le droit applicable, le juge devra appliquer tout mécanisme juridique qui se rapproche le plus d'une exonération totale de responsabilité civile relative aux œuvres couvertes par la licence.

Rédigées ainsi, de telles dispositions tranchent radicalement avec les licences de logiciels de droit français, beaucoup plus protectrices, en particulier lorsqu'il s'agit de logiciels spécifiques pour lesquels les conséquences d'un dysfonctionnement sont souvent réglées sur le fondement de l'action en responsabilité contractuelle basé sur la non-conformité du produit. Dans certains cas, la jurisprudence reconnaît au licencié une action en garantie des vices cachés distincte de l'action fondée sur un défaut de conformité⁴, sachant que l'action ne sera recevable que si le vice est sérieux, c'est-à-dire s'il empêche l'usage du logiciel, et s'il n'est pas décelable au moment de la conclusion du contrat. S'agissant des progiciels, les garanties peuvent être minimales, voire inexistantes, encore que cela s'observe surtout dans le cadre des shrink-wrap licences ou des click-wrap licences, en matière de garantie d'éviction.

797. L'absence de garanties offertes par les licences libres s'explique par le fait que l'utilisation des logiciels visés est libre et souvent gratuite : dès lors, le licencié ne peut exiger quoi que ce soit, notamment d'être garanti de certains troubles, ce qui exclut toute garantie d'éviction à son égard. Cela va dans le sens de ce qui est prévu par les contrats de location, si l'on considère que la licence de logiciel libre s'analyse comme

¹ Annexe n° 11 : Article 11 : « *Limitation de garantie* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 6.

² Annexe n° 11 : « *Préambule* », *Licence GPL*, précité, p. 2.

³ Article 17, *Licence Publique Générale GNU/GPL, Free Software Foundation Inc.*, Version 3, 29 juin 2007 : « *Si la déclaration d'absence de garantie et la limitation de responsabilité ne peuvent prendre effet localement selon leurs termes, les cours de justice qui les examinent doivent appliquer la législation locale qui approche au plus près possible une levée absolue de toute responsabilité civile liée au Programme, à moins qu'une garantie ou assumption de responsabilité accompagne une copie du Programme en échange d'un paiement* ». Voir site : <http://org.rodage.com/gpl-3.0.fr.html>

⁴ T. com. Créteil, 16 juin 1998, JCP éd. E 1999, p. 911, obs. M. Vivant et Ch. Le Stanc.

cette figure contractuelle¹, du moins pour les troubles de fait, les troubles de droit étant garantis (art. 1726 et 1727 C. civ.).

Dans le cadre de la CeCILL, le donneur de licence « *déclare de bonne foi être en droit de concéder l'ensemble des droits attachés au Logiciel* »², sachant que la notion de bonne foi reste vague en droit français, celle-ci permettant parfois au concédant d'être dispensé de certaines de ses obligations. Or, la validité des clauses écartant la garantie d'éviction du fait des tiers est admise par la jurisprudence à condition que le concédant soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il n'ait pas eu connaissance du risque d'éviction. Quant aux licenciés communiquant à leur tour le logiciel modifié et étant pour la plupart des spécialistes de l'informatique susceptibles de contribuer à son développement, ils sont censés avoir connaissance des risques et être en mesure de les assumer. Ainsi, ils assumeront tous les risques ayant trait à la qualité et aux effets du logiciel, ainsi que tous les coûts nécessaires aux corrections et aux réparations de préjudices éventuels causés par un programme défectueux, ce qui exclut le bénéfice d'une quelconque garantie contre les vices cachés englobant les cas où le logiciel est affecté d'un défaut qui empêche d'en retirer l'usage attendu ou qui cause un préjudice. La licence de droit français justifie cela par le fait 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* ». ³ Une telle disposition est à rapprocher de l'art. 1386-4 C. civ. relatif au « *risque développement* » permettant au concédant de s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, ne permettait pas de déceler l'existence d'un défaut. ⁴

798. Ainsi, si les licences de logiciels propriétaires prévoient la plupart du temps une garantie des vices cachés⁵ (art. 1641 et s. C. civ.), pour les licences de logiciels libres,

¹ Art. 1725 C. civ.: « **Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose jouée ; sauf au preneur à le poursuivre en son nom personnel.** »

Il en est de même si la licence libre s'analyse en contrat de prêt : aucune obligation de garantie d'éviction du fait des tiers n'est prévue : *Du prêt*, Pothiers, n° 79 (in *Traité sur différentes matières de Droit civil appliquées à l'usage du Barreau et de jurisprudence française*, Tome 2).

² Annexe n° 12 : Article 9.2 : « *Garantie* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 7.

³ Annexe n° 12 : Article 9.1 : « *Garantie* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 7.

⁴ *Licences de logiciels libres et risques juridiques*, P. Gaudillère, CCE n° 4, avril 2005, étude n° 16.

⁵ Si l'on compare la licence de logiciel libre au contrat de location et au contrat de prêt à usage, dans le premier cas, le loueur engage sa responsabilité de plein droit en cas de vices cachés ou défaut de la chose objet du contrat, même s'il n'en avait pas connaissance (cf. : art. 1721 C. civ. : « *Il est dû garantie au*

cela est moins sûr, y compris s'agissant de la garantie de conformité.¹ D'où, une situation défavorable pour l'utilisateur. Cela s'explique par le fait que les logiciels libres sont souvent concédés à titre gratuit, et donc que ceux qui en bénéficient ne doivent pas se montrer « exigeants » vis-à-vis du donneur de licence, comme en matière de garantie d'éviction. En adhérant à un tel dispositif, ils doivent accepter les avantages et les inconvénients, ces derniers s'avérant parfois plus nombreux. Dès lors, les licenciés ne doivent pas s'attendre à être protégés en cas de problèmes survenant lors de l'utilisation d'un logiciel libre. De manière générale, en droit français, la garantie des vices cachés ne sera admise qu'entre professionnels de même spécialité. Cependant, l'absence de garantie des vices cachés offerte au licencié est atténuée par le fait qu'il peut librement accéder au code source, ce qui lui permet de déboguer le logiciel et qui offre, au final, une certaine stabilité.² Il est alors recommandé, avant d'utiliser un logiciel libre, de disposer des connaissances techniques nécessaires pour faire face à tout problème ou, à défaut, de s'entourer de personnes qui, elles, auront les compétences requises. Car, les conséquences pourraient être dramatiques pour une entreprise qui subirait un préjudice causé par un dysfonctionnement ou un vice d'un logiciel libre auquel elle ne peut remédier. Cela se manifesterait par une diminution substantielle de son chiffre d'affaires. A titre d'exemple, les pertes de données, de bénéfices, d'exploitation, de clientèle ou de commandes, les manques à gagner, les troubles commerciaux, ou dans un autre registre, l'introduction de virus non interceptés par le logiciel libre de sécurité et causant des dégâts irréversibles au système informatique, les problèmes d'interopérabilité... ne sont pas garantis la plupart du temps.³

799. De la même façon que la licence GPL, la licence CeCILL exclut donc les garanties de son champ d'application : « *Le Licencié reconnaît que le Logiciel est fourni « en l'état » par le Concédant sans garantie, expresse ou tacite, (...) et notamment sans aucune garantie sur sa valeur commerciale, son caractère sécurisé, innovant ou*

preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail (...). »). En revanche, dans le second cas, le prêteur n'est tenu de la garantie des vices cachés que s'il en avait connaissance (cf. : art. 1891 C. civ. : « *Lorsque la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur.* »).

¹ *Vices cachés et non-conformité en matière informatique : critères jurisprudentiels et doctrinaux* (1^{ère} partie), H. Bitan, Expertises, mai-juin 1995, n° 183 p. 184-188, et 2^{ème} partie, n° 184, p. 224-228. L'action en garantie des vices cachés est distincte de l'action en défaut de conformité des logiciels : T. com. Créteil, 16 juin 1998, JCP E, 1999, p. 911, obs. M. Vivant et Ch. Le Stanc.

² *De la « vente » de logiciel*, in *Etudes offertes à Pierre Catala*, J. Huet, Litec, 2001, n° 24 s.

³ Annexe n° 12 : Article 8 : « *Responsabilité* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 7. Et Annexe n° 11 : Article 12 : « *Limitation de garantie* », *Licence Publique Générale GNU/GPL, Free Software Foundation Inc.*, Version 2, Juin 1991, p. 6.

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 (...) ».¹ Un tel principe est même posé dès son préambule, comme pour « annoncer la couleur » et se démarquer de sa voisine américaine, puisque pose d'emblée que : « *l'accessibilité au code source et les droits de copie, de modification et de redistribution qui en découlent ont pour contrepartie de n'offrir aux utilisateurs qu'une garantie limitée et de ne faire peser sur l'auteur du logiciel, le titulaire des droits patrimoniaux et les concédants successifs qu'une responsabilité restreinte.* »

Si pour la licence GPL, les garanties sont inexistantes, pour la licence CeCILL, elles sont limitées, de même que la responsabilité de ses différents acteurs tels que l'auteur initial du logiciel et les concédants successifs, c'est-à-dire tous ceux qui ont apporté des modifications à l'œuvre. Ce qui n'est pas très réjouissant pour les licenciés, s'agissant de leur situation individuelle. De plus, une remarque peut être faite : contrairement à la GPL, la CeCILL se veut plus précise quant aux garanties exclues. Si la première se contente d'indiquer simplement qu'aucune garantie n'est fournie, la seconde est plus exhaustive dans ses dispositions puisque fait l'exposé de chaque garantie écartée. Autrement dit, la licence française ne protège aucunement les utilisateurs de logiciels libres qui sont soumis à ses dispositions, ni de leurs éventuels signes de défectuosité, ni de leur manque de qualité ou d'intérêt scientifique ou technique. Elle ne prévoit aucune garantie de fonctionnement ou de conformité à leur égard. Le licencié étant livré à lui-même et devant se charger seul des réparations éventuelles, de l'entretien, des corrections ou de la maintenance, à moins de les confier à un tiers s'il ne dispose pas des compétences nécessaires, sachant qu'il devra supporter à ce titre tous les frais inhérents. Abandonné à son triste sort, il n'est donc pas très protégé, prend tous les risques d'une utilisation hasardeuse, ou même d'une impossibilité d'utiliser le logiciel, et en subit les conséquences directes et indirectes.

Contrairement aux licences de logiciels propriétaires, les licences libres telles que la CeCILL excluent toute garantie de contrefaçon, qui on l'a vu, est au cœur des garanties offertes aux licenciés, y compris dans le cadre des licences de progiciels (voir Première

¹ Annexe n° 12 : Article 9.3 : « Garantie », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 7.

Partie, Titre I, Chapitre I)¹. La seule planche de salut offerte est le bénéfice d'une aide technique et juridique par le concédant, ce qui n'est pas négligeable en soi, en particulier si le licencié ne dispose que de peu de connaissances dans ce domaine.² La GPL ne contient pas de disposition analogue sur ce point.

800. Une question intéressante à soulever ici est celle de savoir si la clause excluant toute garantie telle qu'elle est rédigée dans le cadre de la GPL ou de la CeCILL peut être considérée comme une clause abusive au sens du droit français. Si tel est le cas pour la GPL, cela serait intéressant pour un licencié français en cas de litige car, serait protégé. En effet, en droit français, est abusive la loi qui « *a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* » (art. L. 132-1 al. 1^{er} C. consommation et Recommandation n° 95-02 du 7 avril 1995 de la Commission des clauses abusives relative aux contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou progiciels destinés à l'utilisation sur micro-ordinateurs, BOCCRF du 28 août 1995). Est ici protégée le consommateur, personne physique³ ou morale⁴, et le professionnel exerçant une activité d'un domaine autre que celui de son cocontractant. Dans le cadre d'une licence telle que la GPL ou la CeCILL, les licenciés peuvent être des consommateurs, personnes physiques ou morales. Toutefois, de tels licenciés distribuant le logiciel à d'autres licenciés consommateurs, la législation sur les clauses abusives ne pourrait s'appliquer car, dans une telle hypothèse, il n'y a pas inégalité contractuelle entre eux. En effet, la loi ne vise que le cas de personnes placées dans une

¹ Annexe n° 12 : Article 9.4 : « Garantie » : « **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 (...). Aucune garantie n'est apportée quant à l'existence de droits antérieurs sur le nom du Logiciel et sur l'existence d'une marque.** », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 7 et 8.

² Annexe n° 12 : Article 9.4 : « Garantie » : « **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 (...).** », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 7 et 8.

³ La notion de consommateur au sens de l'art. 2 b) de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (J.O.C.E. n° L 095 du 21 avril 1993, p. 29-34), ne vise que **les personnes physiques** « *qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle* » : CJCE, 22 novembre 2001, *Cape SNC c/Idealservice Srl*, JCP éd. G, 2002, II, 10047, p. 555.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, *Actualité Dalloz*, 22 mars 2005 : la Cour de cassation a décidé que la loi relative à la protection du consommateur s'applique aussi aux **personnes morales**.

situation d'inégalité, en l'occurrence un professionnel¹ et un consommateur. De plus, les utilisateurs des logiciels libres sont en général des utilisateurs avertis, ce qui exclut alors la qualification de simples consommateurs. D'ailleurs, la licence CeCILL, dans son préambule, définit le logiciel libre comme étant « *complexe à manipuler et qui le réserve à des développeurs ou des professionnels avertis possédant des connaissances informatiques approfondies* ». ² Cela permet de clarifier les choses dès le départ, sachant qu'une analyse au cas par cas sera à chaque fois nécessaire.

801. Ainsi, si être utilisateur d'un logiciel libre procure des avantages certains, cela implique également des inconvénients. En subissant des risques tenant à la qualité et aux performances du logiciel, le licencié en sait quelque chose. En conséquence, il ne pourra pas faire état au donneur de licence initial d'une quelconque défaillance au niveau du fonctionnement du logiciel, de bogues, ni invoquer une quelconque perte de données résultant de l'utilisation de ce programme, pour la simple et bonne raison qu'il s'est engagé en connaissance de cause, en ayant conscience de la philosophie du logiciel libre. Autrement dit, toute garantie est exclue des licences libres et cela est accepté dès le départ par le licencié. Certes, cela apparaît comme une véritable contrainte, mais qui n'est que la contrepartie logique de la liberté accordée au licencié d'utiliser le logiciel, voire dans certains cas, de la gratuité.

802. Au final, contrairement à ce que l'on pourrait penser, tout cela s'insère parfaitement dans le cadre souhaité d'équilibre des relations contractuelles propres aux licences de logiciels libres, et ne peut que créer une réciprocité au niveau des obligations de chaque partie. Les licences libres ne s'encombrent pas de dispositions prévoyant des garanties en faveur des utilisateurs : entre la liberté et la protection, l'utilisateur doit choisir. En ayant recours aux licences libres, ce dernier manifeste clairement son choix. Les seules garanties que peut espérer le licencié sont des garanties payantes concernant des prestations supplémentaires telles que celles de maintenance, d'installation, de paramétrage, d'adaptation du logiciel, d'assistance technique diverse... Il en résultera la mise en œuvre de responsabilités. Des obligations de conseil et de mise

¹ La notion de professionnel au sens de l'art. 2 c) de la directive 93/13/CEE précitée, désigne « *toute personne physique ou morale qui agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée.* »

² Annexe n° 12 : « *Préambule* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 1 et 2.

en garde particulières liées aux spécificités du choix d'un logiciel libre seront éventuellement prévues.

De l'étude des garanties à celle de la responsabilité, il n'y a qu'un pas, les deux étant inévitablement liées.

iv. La responsabilité dans les licences libres

803. Les licences libres comportent habituellement des clauses exonératoires de responsabilité du donneur de licence : il n'est jamais responsable.¹ C'est le cas pour la GPL dans son article 12, et la CeCILL dans son article 8, tous deux de portée très large. De telles dispositions sont adaptées à l'esprit de liberté qui doit régir les licences libres et qui doit être associé à une absence de contraintes alourdissant les obligations des parties. Ainsi, ni le donneur de licence, ni les différents utilisateurs ne pourront être responsables « *de tout dommage direct, indirect, secondaire ou accessoire (...) découlant de l'utilisation du Programme ou de l'impossibilité d'utiliser celui-ci* ». ² La GPL énumère toute une liste non exhaustive de dommages qui ne seront pas pris en compte : les dommages directs et indirects -sans qu'ils soient définis- tels que les pertes financières dues au manque à gagner, à l'interruption d'activités ou à la perte de données... que cela résulte de l'utilisation du logiciel ou de l'impossibilité de l'utiliser. Autrement dit, que le licencié utilise de façon active le logiciel ou qu'il en subisse de façon passive les conséquences, la GPL ne fait aucune distinction, ce qui inclut tout un panel de préjudices. En adhérant à un tel contrat, le licencié accepte donc tous les aléas pouvant résulter de l'utilisation ou non d'un logiciel libre. Cela constitue l'un des intérêts de la licence libre, mais également, le revers de médaille de la liberté octroyée. Par conséquent, le licencié n'est pas protégé, et la rédaction de la GPL qui se veut extensive, ne lui est pas favorable. Seule une exception prévue par la loi ou une disposition contractuelle³ pourrait mettre à la charge des parties une responsabilité. En

¹ *Garanties et responsabilités dans les logiciels libres*, V. Sédallian, Cahier Lamy Droit de l'Informatique et des réseaux, novembre 2002, n° 152, p. 1 s.

² Annexe n° 11 : Article 12 : « *Limitation de garantie* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 6.

³ Annexe n° 11 : L'Article 12 « *Limitation de garantie* » de la *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 6, stipule : « *Sauf lorsqu'est explicitement prévu par la Loi ou accepté par écrit* », ce qui implique, dans le second cas, un avenant éventuel modifiant le contrat. Toutefois, dans la pratique, il est peu probable que cette disposition *in fine* soit appliquée, la licence étant d'adhésion. En outre, on voit mal un donneur de licence de logiciel libre modifier son contrat pour un seul utilisateur.

dehors de ces hypothèses, le donneur de licence et les licenciés sont pleinement responsables vis-à-vis de l'ensemble des membres de la communauté des utilisateurs.

804. Dans le cadre de la licence de droit français, la CeCILL, ses rédacteurs ont suivi le même raisonnement que leurs homologues américains. En effet, la responsabilité du donneur de licence ou concédant est exclue dans de nombreux cas énumérés dans une liste non exhaustive, cas similaires à ceux prévus par la GPL, qu'ils résultent ou non d'une utilisation du logiciel, qu'un trouble d'éviction de la part des tiers ou qu'une action en contrefaçon ou non soit en cause...¹ Elle exclut également les dommages « indirects » sans les définir. Toutefois, la CeCILL étant une licence respectant le droit français et notamment le droit des contrats, il est logique que la responsabilité du concédant soit exclue en cas de dommages dus à l'inexécution des obligations du licencié. La CeCILL rappelle cette règle à juste titre, comme pour prémunir le concédant de toute action ultérieure des licenciés.² De plus, en droit français, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont valables, sauf en cas de faute lourde ou de dol de la partie prétendue responsable (art. 1150 C. civ.)³, ou de manquement à une obligation essentielle du contrat⁴, ou encore de fourniture de logiciel à un consommateur en application de la législation relative aux clauses abusives (art. L. 132-1 C. cons.). En dehors de ces hypothèses, de telles clauses sont uniquement valables pour des contrats conclus entre professionnels.

805. Ainsi, bien que la licence de logiciel libre soit un contrat égalitaire dans son principe, il n'en demeure pas moins que certaines dispositions sont nettement plus favorables à l'une des parties, le concédant ou donneur de licence, que l'on peut alors

¹ Annexe n° 12 : Article 8.2 « Responsabilité » : « La responsabilité du Concédant est limitée aux engagements pris en application du Contrat et ne saurait être engagée en raison **notamment** : (...) (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. », Contrat de licence de logiciel libre CeCILL, précité, p. 7. Et p. 8 : Article 9.4 *in fine* de la même licence : « Garantie » : « Le Concédant dégage toute responsabilité quant à l'utilisation de la dénomination du Logiciel par le Licencié. »

² Annexe n° 12 : Article 8.2 « Responsabilité » : « 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.** (...) », Contrat de licence de logiciel libre CeCILL, précité, p. 7.

³ A titre d'exemple, les clauses limitatives de responsabilité fixant l'indemnisation à un montant dérisoire sont considérées comme des clauses exclusives de responsabilité. Elles sont réputées non écrites.

⁴ Cass. com., 22 octobre 1996, Arrêt dit « Chronopost », D. 1997, p. 21. Cass. com., 17 juillet 2001, n° 98-15.678, Arrêt dit « Securinform », www.legifrance.gouv.fr

qualifier de partie forte, à l'instar des licences de logiciels propriétaires. Après tout, c'est lui seul qui a rédigé le texte de la licence : il paraît donc normal qu'il prévoie des dispositions protectrices à son égard, même si cela n'est pas le but recherché. La seule alternative conforme au droit français qu'il resterait au licencié pour obtenir réparation de son préjudice direct (la réparation des préjudices indirects étant exclue par le droit français : art. 1151 C. civ.) serait d'agir sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle et de prouver la faute du concédant ou du donneur de licence, un préjudice, et un lien de causalité entre les deux, à condition que le but poursuivi ne soit pas de contourner des cas d'exclusion prévus par la loi et mentionnés au contrat.¹ Dans tous les cas, si le concédant est de mauvaise foi, ou en présence d'une faute lourde de sa part ou d'un dol, les clauses exonératoires de sa responsabilité ne seront pas susceptibles d'application. L'application du régime de la responsabilité du fait des choses prévu par l'art. 1384 al. 1^{er} du Code civil pourrait éventuellement être envisagée, la jurisprudence admettant que des éléments incorporels puissent être englobés dans la notion de chose.²

806. Enfin, il reste encore une voie légale ouverte au licencié ayant subi un préjudice du fait d'un logiciel libre : il s'agit d'invoquer devant les tribunaux la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux³ mettant à la charge de tout fabricant une obligation de sécurité, ainsi qu'une obligation de réparation des préjudices corporels ou matériels subis par toute personne du fait d'un produit défectueux. Reste alors à savoir si un logiciel libre entre dans la définition d'un produit défectueux au sens de la loi et si le concédant ou tout autre utilisateur est susceptible d'être qualifié de « *producteur* » ou de « *fabricant* ». La responsabilité de ce dernier ne sera engagée que pour les défauts de produits mis en circulation sur le territoire de l'Union européenne, sachant que les « victimes » peuvent être tant les acquéreurs des produits visés que les tiers, ce qui est très large et ce qui inclut tout utilisateur de logiciel libre. En effet, ce dernier peut être un licencié d'une licence libre ou un tiers qui deviendra à son tour licencié, ce qui répond à l'une des conditions prévues par la loi :

¹ Annexe n° 12 : Article 8.1 « *Responsabilité* » : « ***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.*** », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 7.

² TGI Paris, 27 février 1991, JCP G 1994, II, 21208, note Ph. Le Tourneau. TGI Nanterre, référé, 13 novembre 2000, Expertises 2001, p. 78.

³ Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (J.O.R.F. n° 117 du 21 mai 1998, p. 7744), transposant la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (J.O.C.E. n° L 210 du 7 août 1985, p. 29-33). Cette loi introduit dans le Code civil les articles 1386-1 et suivants.

« le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime » (art. 1386-1 C. civ.). De plus, la définition donnée au produit défectueux étant large, puisqu'incluant tout bien meuble, y compris incorporel¹, les logiciels peuvent être visés, et a plus forte raison, les logiciels libres. Un défaut de conformité² pourrait entrer dans cette hypothèse, mais pas un logiciel qui se verrait remplacer par une nouvelle version et qui, dès lors, apparaîtrait complètement obsolète.³

807. Pour obtenir réparation, l'utilisateur du logiciel libre devra prouver « le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage » (art. 1386-9 C. civ.) à l'encontre du donneur de licence ou de tout autre utilisateur, puisqu'est visée « toute personne agissant à titre professionnel », qui « appose sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif » et « qui importe un produit dans la Communauté européenne en vue (...) d'une location (...) ou de toute autre forme de distribution » (art. 1386-6 C. civ.). Est également visé tout « loueur » ou tout « autre fournisseur professionnel » (art. 1386-7 al. 1^{er} C. civ.), ce qui pourrait s'appliquer à l'hypothèse d'un logiciel libre ayant un nom choisi par le donneur de licence, par définition professionnel de l'informatique, et ne faisant l'objet d'aucune appropriation par les utilisateurs, sinon d'une utilisation dans le cadre d'une licence et d'une distribution au plus grand nombre.

808. Or, l'on sait que la licence de logiciel, et *a fortiori* d'un logiciel libre, s'analyse notamment comme une location (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I) : par conséquent, le donneur de licence peut être assimilé à un loueur et la loi de 1998 précitée s'applique alors. Il ne pourrait s'exonérer de sa responsabilité par une quelconque clause, si la licence est à titre onéreux et si la victime est un professionnel de spécialité différente que la sienne (art. 1386-15 C. civ. et parallèle avec l'art. L. 132-1 du Code de la consommation), la clause étant réputée non écrite, sauf hypothèses

¹ L'art. 1386-3 C. civ. vise l'électricité dans son champ d'application : « L'électricité est considérée comme un produit. »

² Art. 1386-4 al. 2 C. civ. « Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment (...) de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu (...). »

³ Art. 1386-4 al. 3 C. civ. « Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation. »

exceptionnelles (art. 1386-11 C. civ.).¹ Autrement dit, les clauses limitatives ou d'exonération de responsabilité sont valides lorsque concernent uniquement des professionnels de même spécialité pour des dommages causés aux biens destinés à l'activité professionnelle ; elles ne le sont pas dans le cas où un non-professionnel est visé ou si l'usage du logiciel est strictement privé. Dans la pratique, seront en cause les entreprises ou les administrations utilisant un logiciel libre.

Seule la faute de la victime (« *ou d'une personne dont la victime est responsable* ») aboutit à un partage de responsabilités, voire à une exonération complète de la responsabilité du professionnel (art. 1386-13 C. civ.). Par conséquent, les clauses d'exonération demeurent inopérantes face au régime de la responsabilité des produits défectueux.² Ne serait pas concerné le développeur indépendant dont la profession n'est pas de fournir des logiciels, en un mot, l'utilisateur de logiciel libre non professionnel.

809. Dans tous les cas, invoquer la responsabilité du fait des produits défectueux s'avère intéressant dans la pratique, d'autant que le délai de prescription de l'action est de dix ans à compter de la mise en circulation du produit qui a causé le dommage (art. 1386-16 C. civ.). Cela laisse suffisamment de temps à la personne concernée pour agir. Mais, si la justice est saisie, les donneurs de licences soutiendront que les licenciés ont accepté un produit -le logiciel- gratuit, avec tous les risques que cela suppose, comme cela est souvent indiqué dans leurs licences, en guise d'avertissement.³ Dès lors, les licenciés ne pourraient légitimement exiger une protection accrue qui apparaîtrait déraisonnable, face à des cocontractants de bonne foi, échappant ainsi à leur responsabilité.

810. En conclusion, invoquer le régime de la loi de 1998 pourrait dans certains cas constituer un remède à l'absence de garantie -notamment les garanties contre les vices

¹ L'exclusion de responsabilité ne concerne que les « *professionnels utilisant le logiciel à des fins professionnelles* ».

² *Le logiciel et la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité des produits défectueux*, S. Leriche, Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1^{er} juillet 1999/3, p. 31-41. *Garanties et responsabilités dans les logiciels libres*, V. Sédallian, Cahiers Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, novembre 2002, n° 152, p. 1 s.

³ A titre d'exemple : Annexe n° 11 : Article 11 « *Limitation de garantie* » : « **Vous assumez tous les risques quant à la qualité et aux effets du Programme. Si le Programme est défectueux, Vous assumez le coût de tous les services, corrections ou réparations nécessaires (...).** », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 6. Ou encore « *Préambule* » : « *L'attention de l'utilisateur est attirée sur les risques associés au chargement, à l'utilisation, à la modification et/ou au développement et à la reproduction du logiciel par l'utilisateur étant donné sa spécificité de logiciel libre (...).* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 1.

cachés- et aux clauses exonératoires de responsabilité prévues dans la licence. Mais, tout cela doit être envisagé avec précaution pour les raisons précédemment évoquées. De plus, appliquer ce régime va à l'encontre de la liberté qui doit caractériser les relations entre parties dans le cadre d'une licence de logiciel libre : en effet, les dispositions de la loi de 1998 limitent leur liberté contractuelle, notamment lorsqu'elles imposent des règles de responsabilité (art. 1386-15 C. civ.) et ne garantissent que les dommages touchant les biens à destination professionnelle. Surtout, elles ne visent que les biens -donc les logiciels- mis en circulation après le 22 mai 1998, et ne prévoient la réparation que des atteintes physiques à la personne et des dommages matériels causés aux biens. D'où, l'application de la loi 1998, même si reste possible, ne concerne que des situations limitées.

811. Enfin, dans le cadre des logiciels propriétaires, le régime de la responsabilité se veut plus rassurant car, l'éditeur avec lequel les clauses de garantie et de responsabilité peuvent être négociées ou contestées, est connu¹, comme c'est d'ailleurs le cas pour tout contrat du monde analogique. Cependant, les contrats étant souvent d'adhésion, toute discussion est difficile et, de ce fait, la situation d'un licencié dans l'hypothèse d'un logiciel propriétaire ou dans celle d'un logiciel libre, semble analogue.

b) Les obligations du licencié

Tout d'abord, il serait nécessaire de faire un rapide panorama des obligations du licencié (i), puis d'expliquer en quoi consiste son obligation de respecter le droit moral de l'auteur (ii), ainsi que la libre utilisation du logiciel (iii).

i. Bref aperçu des obligations du licencié

812. Certaines licences telles que la GPL prévoient que chaque licencié qui adapte et modifie le logiciel qui en est l'objet ne pourra ensuite le communiquer aux autres que dans les mêmes conditions que le logiciel initial. Autrement dit, il ne pourra à son tour concéder ses droits sur le logiciel que dans le cadre de la GPL. Telle est la première observation qui mérite d'être faite. En outre, plus la licence imposera d'obligations à la

¹ *Licences de logiciels libres et risques juridiques*, P. Gaudillère, CCE n° 4, avril 2005, étude n° 16, p. 22-23.

charge du licencié, plus la prestation objet du contrat se déplacera sur lui, renversant les schémas contractuels habituels.¹

813. Comme le donneur de licence, le licencié est tenu au respect de certaines obligations. En effet, ce n'est pas parce que la licence accorde une grande liberté ainsi que de nombreux droits au licencié, qu'elle est totalement permissive à son égard. C'est ainsi qu'il devra principalement respecter le droit moral de l'auteur et ne pas faire obstacle à la libre utilisation du logiciel, ce qui suppose donc de sa part, le respect d'une obligation positive et d'une obligation négative, de ne pas faire. En revanche, dans le cadre d'une licence de logiciel propriétaire, les obligations du licencié sont différentes, puisque celui-ci est tenu d'une obligation de payer le prix de la licence, d'une obligation de recette, d'une obligation de coopération, et d'une obligation de confidentialité (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I).

814. En premier lieu, s'agissant de l'obligation de payer le prix, elle n'existe pas en matière de licence de logiciel libre car, même si dans certains cas, elle n'est pas gratuite, le prix acquitté par le licencié demeure modique. D'où, il n'y a aucun intérêt à s'étendre sur le sujet qui, au demeurant, est traité en détails dans l'hypothèse des licences de logiciels propriétaires.

815. Quant à l'obligation de recette classique telle qu'elle s'applique aux logiciels spécifiques, elle ne peut être transposable aux logiciels libres, le formalisme assez lourd n'étant pas adapté à un dispositif mettant en avant une certaine liberté.

816. L'obligation de coopération sera plutôt remplacée par celle de contribution consistant pour le licencié à participer au développement et à l'évolution du logiciel. Toutefois, il ne s'agit pas vraiment d'une « obligation » à proprement parler car, cette contribution est davantage spontanée qu'imposée, le licencié acceptant de rentrer dans un mécanisme particulier où la participation de chacun est reine. Si la finalité des logiciels libres est d'inciter au développement du logiciel et de promouvoir son

¹ *Les licences libres et le droit français*, C. Rojinsky et V. Grynbaum, Propriétés intellectuelles, juillet 2002, n° 4, p. 28. *Licences de logiciels libres et risques juridiques*, P. Gaudillère, CCE n° 4, avril 2005, étude n° 16, p. 22-23.

enrichissement scientifique et technique, la GPL comme la CeCILL ne comportent aucune disposition imposant expressément un devoir de contribution.

817. Enfin, l'obligation de confidentialité n'a pas lieu d'être car, l'accès au logiciel et à son code source est accordé à tous les utilisateurs, sans distinction. Chacun d'entre eux peut les communiquer à d'autres utilisateurs et ainsi de suite, ce qui crée une chaîne infinie d'utilisateurs placés à égalité quant aux informations transmises. D'ailleurs, cela s'inscrit dans le cadre de l'obligation de ne pas faire obstacle à la libre utilisation du logiciel, qui sera étudiée plus loin. Pour se voir retirer le droit d'accéder au code source et de l'utiliser, le licencié doit avoir porté atteinte aux droits du donneur de licence ou à l'œuvre elle-même¹. Des licences libres telles que la GPL et la CeCILL² abordent cette question dès leur préambule et sanctionnent par la résiliation³ les manquements par le licencié à ses obligations.

ii. L'obligation de respecter le droit moral de l'auteur

818. En droit français, l'auteur d'une œuvre de l'esprit originale dispose du seul fait de sa création d'un monopole d'exploitation lui permettant d'en contrôler l'utilisation et d'en percevoir les fruits, conformément à l'art. L. 111-1 al 1^{er} CPI : « *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.* » Toutes les œuvres sont visées, quels que soient leur genre, leur forme d'expression, leur mérite ou leur destination, y compris logicielles, qu'il s'agisse de logiciels propriétaires ou de logiciels libres. Elles sont protégées par le droit d'auteur et, plus précisément, par un régime dérogatoire adapté à leurs spécificités.⁴

¹ Annexe n° 11 : Article 4 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* » : « *Vous ne pouvez pas copier, modifier, céder, déposer ou distribuer le Programme d'une autre manière que l'autorise la Licence Publique Générale. Toute tentative de ce type annule immédiatement vos droits d'utilisation du Programme sous cette Licence (...).* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 4.

² Annexe n° 12 : « *Préambule* » : « *L'exercice de ces libertés est assorti de certains devoirs à la charge des utilisateurs afin de préserver ce statut au cours des redistributions ultérieures.* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 1.

³ Annexe n° 12 : Article 10 : « *Résiliation* » : « *En cas de manquement par le Licencié aux obligations mises à sa charge par le Contrat, le Concédant pourra résilier de plein droit le Contrat (...). Le Licencié dont le Contrat est résilié n'est plus autorisé à utiliser, modifier ou distribuer le Logiciel (...).* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 8.

⁴ Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, J.O.R.F. du 4 juillet 1985, p. 7495. Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la directive (C.E.E.) n° 91-250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la

Ce monopole vise un aspect patrimonial et un aspect moral et intellectuel de l'œuvre (art. L. 111-1 al. 2 CPI). S'agissant du droit moral en matière de logiciel, il comprend : le droit de divulgation (art. L. 121-2 CPI), le droit de paternité, c'est-à-dire le droit de mentionner le nom de l'auteur sur l'œuvre et de faire respecter cette mention par les tiers, à condition que l'auteur soit identifié (art. L. 121-1 CPI), le droit au respect de l'œuvre, à son intégrité (art. L. 121-1 al. 1^{er} et art. L. 121-7 CPI) -sachant qu'il ne peut s'appliquer au logiciel, celui-ci étant par nature évolutif- et le droit de repentir et de retrait (art. L. 121-4 CPI). Ces droits sont « *perpétuels, inaliénables, imprescriptibles, insaisissables et absolus* »¹, ce qui implique que l'auteur ne pourra ni les céder, ni s'en voir retirer le bénéfice, même s'il cède les droits patrimoniaux de son oeuvre. Ces termes étant lourds de sens, « *perpétuel* » signifiant que les droits survivent à la mort de l'auteur, « *inaliénable* » impliquant qu'il n'est pas possible de les céder, et « *imprescriptible* » signifiant que même un défaut d'utilisation de ses prérogatives n'entraîne pas leur déchéance.

Si les droits moraux en tant que prolongements de la personnalité d'un auteur semblent évidents dans le cadre d'œuvres du monde analogique telles que littéraires ou musicales, ils le sont moins en matière de logiciels. Dans tous les cas, ils seront traités séparément des droits patrimoniaux car, ont cette spécificité de se rapporter directement à la personne de l'auteur. La protection des droits moraux a pour intérêt que l'auteur puisse garder une certaine maîtrise intellectuelle sur son œuvre, quelles que soient les circonstances. Nous ne reviendrons pas sur ce droit moral largement décrit dans un précédent chapitre (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I), sauf à préciser que le droit moral des logiciels est considéré comme un élément important en droit français² et, de façon générale, pour toutes les œuvres de l'esprit, ce qui explique sa protection, contrairement aux pays de droit anglo-saxon tels que le Royaume-Uni où il est inexistant.

L'auteur ou titulaire des droits contrôle ainsi le moment de la divulgation de son logiciel, sa reproduction, sa représentation (art. L. 122-6 CPI), son exploitation (art. L.

protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle (J.O.R.F. n° 109 du 11 mai 1994, p. 6863).

¹ *Propriété littéraire et artistique*, P. Sirinelli, Mémento Dalloz, 2^{ème} édition, 2003, p. 55. Et art. L. 121-1 al. 3 CPI.

² Le droit au respect du nom de l'auteur de l'œuvre logicielle, le droit de paternité, et le droit au respect de l'intégrité de cette œuvre sont essentiels : TGI Nanterre, 13 octobre 1993, *H. de P. c/Framatome* : l'auteur d'un logiciel peut exiger que les versions à venir de son logiciel mentionnent son nom, même si les droits d'exploitation ont déjà été cédés. (www.legalis.net/legalnet/jurislog.htm)

122-6 CPI)... ce qui illustre une certaine liberté, non pour s'assurer la propriété de ce logiciel, sinon en vue de le rendre libre. La licence libre va justement y contribuer en permettant d'atteindre un objectif propre à tout auteur : faire en sorte que son logiciel devienne libre dans le sens le plus large du terme, dans la mesure où il appartiendrait à tous et en même temps à personne, par le jeu de prérogatives accordées et de contributions effectuées par chacun. L'idée est que le logiciel soit le résultat d'un travail collectif, c'est-à-dire d'un enrichissement permanent et non d'un appauvrissement de « la matière ». Faisant l'objet de modifications perpétuelles (voir infra n° 755 s.), l'auteur pourra difficilement revendiquer le droit au respect de l'intégrité de son œuvre...

819. Mais, ce droit moral est plutôt faible dans le sens où l'auteur n'a, au final, que très peu de prérogatives. Ainsi, il ne pourra pas « *s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits (...) lorsqu'elle n'est pas préjudiciable ni à son honneur, ni à sa réputation, ni exercer son droit de repentir et de retrait* » (art. L. 121-7 CPI). Cela signifie que si aucune de ses atteintes n'est portée à l'œuvre logicielle et surtout, si n'est pas prouvée, la loi considère que l'auteur n'est pas lésé dans ses droits et ne subit aucun préjudice de la part du cessionnaire des droits patrimoniaux. La seule exception prévue par la loi est celle « *d'une stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel* ». En conséquence, en l'absence d'une disposition contractuelle plus favorable, le droit moral de l'auteur sera limité aux seuls droits de paternité, de divulgation, et éventuellement, de respect de l'œuvre, celle-ci « appartenant » désormais à une large communauté. En revanche, les droits de repentir et de retrait ne s'appliquent pas au logiciel pour des raisons pratiques car, il serait impossible d'effacer d'une multitude d'ordinateurs un logiciel que son auteur souhaiterait finalement conserver secret.

Si l'auteur exerce son droit au respect de son œuvre à l'égard d'un tiers, il ne sera pas lié par cette preuve préalable : seul le droit commun s'appliquera en l'absence de règle spéciale dérogatoire propre aux logiciels.

A titre indicatif, dans le cas des licences *Creative Commons*, le droit de repentir, « *d'ordre public, pourra toujours être exercé, même si le parcours de l'œuvre rend son application encore plus difficile sur les réseaux. Celui qui propose l'offre de mise à disposition se réserve à tout moment le droit de proposer l'œuvre à des conditions différentes ou d'en cesser la diffusion dans le respect des offres précédemment*

consenties. »¹ En revanche, dans le cadre de la GPL ou de la CeCILL, le droit moral de l'auteur a une importance particulière, ces licences se voulant protectrices des prérogatives qui y sont attachées.

820. D'une part, il s'agit de protéger le droit au nom de l'auteur qui, par définition, est « *perpétuel, inaliénable et imprescriptible* », tel que cela est prévu par l'art. L. 121-1 CPI. A ce titre, la GPL exige que sur chaque copie du logiciel figure la mention d'un copyright.² Mais, si le terme « auteur » désigne l'auteur originel, il désigne également les personnes ayant contribué au développement du logiciel. La licence française consacrera cette idée puisqu'exigera de tout licencié qui modifiera le logiciel d'y apposer son nom. Son article 5.2 al. 2 disposant en effet que tout licencié est « *autorisé à apporter toute contribution au logiciel sous réserve de mentionner, de façon explicite, son nom en tant qu'auteur de cette contribution et la date de création de celle-ci.* »

Cela est justifié par le fait que si des modifications originales sont apportées au code source, représentant une forme originale reconnue par le Code de la propriété intellectuelle, le licencié pourra légitimement prétendre à la qualité d'auteur. Une telle exigence posée par les licences s'explique par le fait que chaque utilisateur va modifier le programme informatique, et donc apporter une part de lui-même, de sa personnalité, en un mot, son empreinte et un effort personnalisé.³ Dès lors, les licences consacrent une certaine reconnaissance à l'égard des personnes qui ont contribué au développement et à l'enrichissement intellectuel de l'œuvre, c'est-à-dire à son évolution et à la création en général, et exigent que le droit de paternité soit préservé. Est reconnue l'empreinte de chaque utilisateur pour la partie du code source qu'il a améliorée. Or, une telle reconnaissance de sa qualité d'auteur et de l'originalité de son apport, ainsi qu'un tel intérêt concrétisé par l'apposition du nom des personnes sur le logiciel, sont l'expression du droit à la paternité dans toute sa splendeur. C'est pourquoi, le droit moral des logiciels libres fait l'objet d'une protection particulière dans le cadre des licences qui y sont attachées, avec un risque cependant : celui d'une atteinte en raison des nombreuses modifications de l'œuvre et de sa circulation rapide en de nombreux lieux, facilitée par les réseaux numériques. Certaines licences telles que les licences *Creative Commons* semblent moins protectrices du droit de paternité, dans la mesure où

¹ Voir le site français des *Licences Creative Commons* : <http://fr.creativecommons.org/>

² Annexe n° 11 : Article 1 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* » », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 2.

³ TGI Nanterre, 13 octobre 1993, arrêt « *Framatome* », précité.

elles parlent de « *renonciation provisoire* » de ce droit, avec néanmoins la possibilité pour l'auteur de « *toujours faire reconnaître sa paternité.* »¹

821. D'autre part, il s'agit de protéger l'honneur et la réputation de l'auteur original du logiciel libre, c'est-à-dire celui sans lequel ledit logiciel n'aurait pas existé. En effet, ce n'est pas parce qu'une grande liberté est octroyée aux licenciés qu'ils peuvent se permettre toutes les extrémités et nuire à l'auteur. Afin de se préserver, ce dernier veillera à ce que les logiciels modifiés soient diffusés aux tiers avec l'information selon laquelle il ne s'agit pas du logiciel original, le but étant de ne pas « *entâcher la réputation de l'auteur du logiciel* »² si une copie défectueuse venait à être produite. Car, dans le cadre d'un logiciel libre, les modifications sont monnaie courante, impliquant qu'un licencié puisse transmettre à un autre licencié une version du logiciel comportant un vice affectant son système informatique, en mentionnant qu'il s'agit du logiciel original. Le risque est que le licencié lésé se retourne contre l'auteur original, par exemple en invoquant la garantie du fait des produits défectueux visant tout fabricant ainsi que tout autre « *fournisseur professionnel* » (voir infra n° 803 s.). C'est pourquoi, le donneur de licence souhaite se protéger et ne pas subir les conséquences de tels préjudices. Bien entendu, si les modifications sont effectuées par l'auteur lui-même, les utilisateurs en seront informés et les problèmes précédemment décrits n'auront pas lieu d'être.

822. A cela, s'ajoute le fait que les modifications effectuées par un utilisateur peuvent porter atteinte au droit moral de l'auteur, même si cela n'est pas le but recherché, et même si au demeurant, toute modification est de nature à porter atteinte à ce droit ainsi qu'à l'intégrité de l'oeuvre. Les licences libres telles que la GPL et la CeCILL légitimant d'ailleurs une telle « atteinte », la première disposant qu'elle est « *destinée à garantir la liberté de partager et de modifier les logiciels libres* » et « *conçue pour assurer la liberté de modifier les programmes ou d'en utiliser des éléments dans de nouveaux programmes libres, en sachant que (les utilisateurs) en sont autorisés (...)* »³ ; et la seconde stipulant : « *Ce contrat est une licence de logiciel libre dont l'objectif est*

¹ Voir le site français des *Licences Creative Commons* : <http://fr.creativecommons.org/>

² Annexe n° 11 : « *Préambule* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 2.

³ Annexe n° 11: « *Préambule* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 1.

de conférer aux utilisateurs la liberté de modification et de redistribution du logiciel (...). »¹

S'agissant du droit au respect de l'oeuvre, la licence *Creative Commons* stipule que : « *autoriser à l'avance les modifications n'équivaut pas à aliéner le droit au respect. La cession du droit d'adaptation n'implique pas d'autoriser des modifications qui porteraient atteinte à l'intégrité de l'œuvre ou à l'honneur et la réputation de son auteur. L'auteur qui aurait mis à disposition son œuvre sous une offre Creative Commons autorisant les modifications et la création d'œuvres dites dérivées, se réserve toujours la possibilité d'un recours fondé sur droit au respect, en cas d'utilisation ou de dénaturation de son œuvre telle qu'elles lui porteraient préjudice.* »²

L'objectif des licences GPL et CeCILL est double : outre une protection recherchée du droit moral de l'auteur originaire, il y a reconnaissance de l'importance du rôle des licenciés dans l'enrichissement du logiciel libre et manifestation d'un intérêt certain à leur égard. En effet, l'œuvre logicielle ne serait rien sans la contribution et l'apport intellectuel de chaque licencié. De plus, en personnalisant chaque modification, chaque amélioration, est ouverte la voie à l'application des dispositions relatives au délit de contrefaçon (art. L. 335-4 CPI). Ici, la licence française semble davantage protectrice des intérêts des licenciés et plus rassurante que la licence américaine de type copyleft. Quant à la jurisprudence, sa position révèle une conception restrictive des droits accordés aux licenciés ou cessionnaires, considérant que : « *l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisation, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder* ».³ Par conséquent, toute modification du logiciel expose la personne concernée à une action fondée sur le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre.

Une telle analyse mise en avant dans la GPL peut être rapprochée de la notion de « *fair use* »⁴, ensemble de règles de droit posant des limitations et des exceptions aux droits

¹ Annexe n° 12: « Préambule », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 1.

² Voir le site français des *Licences Creative Commons* : <http://fr.creativecommons.org/>

³ Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, Bull. civ. I, n° 28 ; CCE, mars 2003, comm. n° 21 ; D. 2003, AJ, p. 559, obs. J. Daleau. Cass. soc., 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n° 245; JCP 2003, II, 10000 ; D. 2002, AJ, p. 2679, obs. J. Daleau.

⁴ L'expression anglo-saxonne de « *fair use* » peut se traduire par « *usage loyal* », « *usage raisonnable* » ou encore « *usage acceptable* ».

exclusifs de l'auteur sur son œuvre, afin de prendre en compte à la fois ses intérêts et ceux du public, pour la distribution de travaux créatifs, en autorisant certains usages qui seraient considérés dans d'autres cas, comme illégaux. En d'autres termes, il est possible d'utiliser librement un logiciel -ou toute autre œuvre- si elle n'a pas pour effet de créer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du donneur de licence ou, plus généralement, du titulaire du droit d'auteur. En France, le fair use pourrait être illustré par l'exception de courte citation (art. L. 122-5, 3° CPI). Il est néanmoins nécessaire de ne pas confondre la finalité de la licence GPL avec celle d'une renonciation aux droits d'auteur. Dans le cadre d'une GPL, le donneur de licence ne renonce en aucun cas à ses droits : il ne fait que mettre volontairement son logiciel à la disposition d'une communauté d'utilisateurs. En revanche, il renonce à contrôler l'évolution des nouvelles versions du logiciel, et son droit moral reste inaliénable, imprescriptible et perpétuel. Il en est de même pour la licence française CeCILL qui « veille au grain », puisque dispose que : « *Toute utilisation du Logiciel Initial est soumise au respect des conditions dans lesquelles le Titulaire a choisi de diffuser son œuvre et nul autre n'a la faculté de modifier les conditions de diffusion de ce Logiciel Initial.* ».¹

Enfin, s'agissant du droit de divulgation exercé dans le cadre d'une licence libre telle que la GPL ou la CeCILL, celles-ci rappellent que le licencié à l'origine d'une modification est tenu de distribuer le logiciel en l'indiquant, ainsi que sa date.² Il est toujours possible pour le licencié de ne pas suivre cette obligation et de « se réserver » pour lui seul sa modification, ce qui va à l'encontre de la philosophie du mouvement du libre. Dans la pratique, un tel comportement reste inédit : à défaut, les logiciels libres ne feraient plus l'objet d'améliorations depuis longtemps. D'autres licences libres préciseront que « *le titulaire des droits sur l'œuvre conserve le contrôle du moment et des conditions de sa divulgation et de sa communication au public, non pour s'assurer*

¹ Annexe n° 12 : Article 6.1 : « *Propriété intellectuelle sur le Logiciel Initial* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 6.

² Annexe n° 11 : Article 2 a) du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* » : « *Vous pouvez modifier votre copie ou vos copies du Programme ou partie de celui-ci (...), et copier et distribuer ces modifications (...), à condition de Vous conformer aux conditions suivantes : ajouter aux fichiers modifiés l'indication très claire des modifications effectuées, ainsi que la date de chaque changement.* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3.

Et Annexe n° 12 : Article 5.2 al. 2 : « *Droit d'apporter des contributions* » : « *Le Licencié est autorisé à apporter toute Contribution au Logiciel sous réserve de mentionner, de façon explicite, son nom en tant qu'auteur de cette Contribution et la date de création de celle-ci* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 4.

de la réservation des droits exclusifs, mais pour rendre l'œuvre libre de certains droits. »¹

Dans le cadre des licences libres, le partage de l'information est une valeur importante, partage qui ne peut se faire à l'identique, l'œuvre étant souvent modifiée et diffusée dans cet état, différent de son état d'origine. Si l'auteur d'une telle œuvre dérivée conserve ses prérogatives et décide du moment de sa divulgation, les valeurs de partage et d'égalité entre licenciés seront mises en péril.

823. Dans une autre hypothèse, les licences copyleft telles que la GPL subordonnent la liberté d'adaptation d'un logiciel au fait que la version qui en sera dérivée sera elle-même soumise à une licence de même type. L'art. L. 121-2 al. 1^{er} CPI dispose que : *« L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre (...). Il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci. »*. De façon générale, la licence libre concernant une telle œuvre ne peut contraindre l'auteur d'une œuvre qui en est dérivée à la divulguer car, cette dernière peut être uniquement destinée à un usage privé, donc sans qu'une divulgation au public ne soit nécessaire et n'ait besoin d'être prévue. Les dispositions de la licence libre ne s'appliqueront qu'aux utilisateurs qui ont fait le choix de la même licence comme cadre de divulgation de leurs travaux dérivés. D'ailleurs, la licence GPL stipule que : *« toute fusion d'un autre travail, non basé sur le Programme, avec un travail dérivé de ce dernier, effectuée sur un support de stockage ou de distribution, ne fait pas tomber cet autre travail sous le contrôle de la Licence. »²* De plus, comme le mentionne la licence, le but n'est pas de *« s'approprier ou de contester les droits »* d'un utilisateur *« sur un travail qu'il a entièrement réalisé, mais plutôt d'ouvrir droit à un contrôle de la libre distribution de tout travail dérivé ou collectif »³* basé sur le logiciel initial.

824. Des développements précédents, il résulte que si certains logiciels comportent la signature expresse de leur auteur, y compris celle de ceux qui contribuent à leur amélioration, leur paternité ne pourra être revendiquée pour autant : toute personne ne peut se présenter comme auteur légitime. Une telle logique applicable en matière de

¹ Voir le site français des *Licences Creative Commons* : <http://fr.creativecommons.org/>

² Article 2 al. 4 du Chapitre : *« Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification »*, *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3.

³ Annexe n° 11 : Article 2 al. 3 du Chapitre : *« Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification »*, *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3.

logiciels propriétaires n'a pas lieu d'être en matière de logiciels libres qui sont en réalité des œuvres communes, « publiques », au sein desquelles des personnes de tout horizon collaborent à la fois de façon convergente et concurrente. D'une certaine façon, le logiciel libre peut être assimilé à un pot commun que l'on remplit de façon permanente, mais duquel on ne retire rien. De ce fait, toute paternité disparaît, de même que tout sentiment de paternité individuelle. C'est aussi la règle du jeu, acceptée au moment d'adhérer à la licence libre.

825. Malgré cela, on ne peut pas s'empêcher de constater le caractère contradictoire de la licence libre qui, à la fois, est marquée par la présence de plusieurs « auteurs », donc par une certaine « paternalisation » de l'œuvre, ainsi que par la négation de toute appropriation. Un tel phénomène ne s'observe que dans le cas d'une licence libre. En réalité, l'idée est que si les logiciels libres font l'objet d'une utilisation collective et de modifications de la part de personnes sans liens juridiques, nul n'est autorisé à s'approprier l'œuvre et à se déclarer auteur légitime. Le seul lien qui les unisse est fondé sur un même intérêt porté sur un logiciel. Par cet intérêt, chaque licencié va contribuer à son développement, à son rayonnement à travers le monde, ou du moins, à travers une communauté partageant les mêmes idéaux. Il en ressort un double caractère public et privé du logiciel.

826. C'est pourquoi, en fin de compte, l'auteur d'un logiciel libre bénéficie davantage d'un droit à la reconnaissance qu'un véritable droit moral tel qu'il est entendu par le Code de la propriété intellectuelle. Quant aux licences libres telles que la GPL ou la CeCILL, elles organisent la protection de ce droit au moyen d'exigences posées vis-à-vis des licenciés. Au surplus, elles révèlent que la liberté n'autorise pas tout et que ne sauraient être tolérés des agissements perturbateurs de la part de licenciés peu scrupuleux, dans le seul but de porter atteinte aux droits du donneur de licence.

iii. L'obligation de respecter la libre utilisation du logiciel

827. Il s'agit pour le licencié de ne pas mettre un frein à la libre utilisation du logiciel : il doit permettre à l'ensemble de la communauté de s'en servir, sans contrainte, en particulier lorsqu'une modification du programme ne permettrait plus à quiconque de le faire librement et sereinement. Car, des ajouts au logiciel initial qui ne correspondraient pas à sa finalité pourraient perturber son utilisation. De même,

l'intégration d'éléments du logiciel libre dans d'autres logiciels libres porte atteinte à son utilisation si celle-ci n'est pas autorisée et si ses conditions de distribution sont différentes. C'est le problème posé par les œuvres composites.

Une telle obligation se retrouve tout au long des licences GPL et CeCILL, la première la mentionnant à plusieurs reprises, au travers de diverses clauses, notamment l'article 10 qui stipule que si le licencié souhaite « *incorporer des éléments du Programme dans d'autres Programmes libres dont les conditions de distribution diffèrent, (il) doit écrire à l'auteur pour lui en demander la permission.* »¹

Seul l'auteur décidera de l'issue de la demande du licencié, sachant que sa décision sera basée sur une volonté de préserver la liberté du logiciel et des œuvres qui en sont dérivées, ainsi que de promouvoir le partage, l'échange, et la réutilisation. Une telle autorisation est *a fortiori* davantage exigée en cas de décision d'incorporer des parties du logiciel libres dans des logiciels propriétaires, spécifiques ou standards car, dans une telle hypothèse, il s'agit d'autoriser un changement de nature au logiciel, celui-ci devenant mixte.² De même, s'il est permis au licencié de faire autant de modifications qu'il souhaite, de les copier et de les distribuer, cela se fera dans le respect des conditions prévues à l'article 2 de la GPL. Notamment, il devra expliquer à tout utilisateur comment lire la copie du logiciel et comment accéder au texte de la GPL, pour information.³

828. La diffusion du logiciel impose également au licencié d'envoyer une licence autorisant la copie, la distribution, ou la modification. En aucun cas, il ne pourra

¹ Annexe n° 11 : Article 10 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 6.

² A ce titre, la *GNU Lesser General Licence*, rédigée par la *Free Software Foundation* en février 1999 et succédant à la *GNU Library Public Licence*, Version 2, facilite l'intégration d'un logiciel à d'autres logiciels soumis à des conditions de distribution différentes.

³ Annexe n° 11 : Article 2 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3 : « **Vous pouvez modifier votre copie ou vos copies du Programme** ou partie de celui-ci, ou d'un travail basé sur ce Programme, **et copier et distribuer ces modifications** selon les termes de l'article 1, **à condition de Vous conformer également aux conditions suivantes :**

- a) *Ajouter aux fichiers modifiés l'indication très claire des modifications effectuées, ainsi que la date de chaque changement.*
- b) *Distribuer sous les termes de la Licence Publique Générale l'ensemble de toute réalisation contenant tout ou partie du Programme, avec ou sans modifications.*
- c) *Si le Programme modifié lit des commandes de manière interactive lors de son exécution, faire en sorte qu'il affiche, lors d'une invocation ordinaire, le copyright approprié en indiquant clairement la limitation de garantie (...), qu'il stipule que tout utilisateur peut librement redistribuer le Programme selon les conditions de la Licence Publique Générale GNU, et **qu'il montre à tout utilisateur comment lire une copie de celle-ci** (...).* »

imposer de restrictions supplémentaires à celles posées par la GPL, quant aux droits transmis aux utilisateurs.¹ A défaut, la libre utilisation du logiciel par les tiers serait entravée, et les droits du licencié prendraient fin. Dans le cadre de la CeCILL, des dispositions sont également prévues pour veiller au respect de la libre utilisation du logiciel par les licenciés. Ainsi, dans le cas où seul le code objet du logiciel serait redistribué, le licencié devrait permettre aux futurs licenciés d'accéder facilement au code source complet en indiquant les modalités d'accès.² Cette règle s'applique également si le logiciel est modifié.³

829. Par ailleurs, la libre utilisation du logiciel permise par la licence facilite les choses à bien des égards. En effet, l'exception de décompilation telle que prévue à l'art. L. 122-6-1, IV CPI qui permet de remonter au code source à des fins d'interopérabilité, n'a pas lieu de s'appliquer ici, des licences telles que la GPL ayant pour objet son libre accès (pour en savoir plus, voir La décompilation *in* Section 3, Première Partie, Titre I, Chapitre I).

830. Enfin, la brevetabilité du logiciel amène également à s'interroger sur sa libre utilisation. Car, breveter un logiciel implique de créer un monopole d'exploitation, et donc d'exclure sa libre utilisation par des tiers. Un tel procédé semble donc aller à l'encontre de la liberté prônée par les partisans du logiciel libre. Si l'on fait un tour d'horizon sur la brevetabilité des logiciels dans le monde, on relève qu'elle est admise aux Etats-Unis et au Japon, mais pas en France⁴, sauf exceptions strictement règlementées (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I). Se réserver, s'approprier une oeuvre est donc antinomique à la philosophie des logiciels libres. Comme des licences libres telles que la GPL américaine ont vocation à s'appliquer dans le monde entier, il a bien fallu la confronter avec les législations étrangères comme la législation française, davantage restrictive en matière de liberté accordée aux licenciés et surtout, contre la

¹ Annexe n° 11 : Article 6 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 4 et 5.

² Annexe n° 12 : Article 5.3.1. : « *Distribution du logiciel sans modification* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 5.

³ Annexe n° 12 : Article 5.3.2. : « *Distribution du logiciel modifié* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 5.

⁴ La loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention (J.O.R.F. du 3 janvier 1968, p. 13), modifiée par la loi n° 78-742 du 13 juillet 1978 (J.O.R.F. du 14 juillet 1978), p. 2803, pose le principe de non brevetabilité des logiciels. Voir l'art. L. 611-10, 2 c) CPI qui dispose que **les programmes d'ordinateur ne sont pas brevetables**. Il en est de même pour la Convention de Munich sur la délivrance de brevets européens dite Convention sur le brevet européen (CBE) du 5 octobre 1973.

brevetabilité des logiciels en tant que tels. C'est sans compter le fait que les rédacteurs de la GPL ont eu rapidement conscience que les logiciels libres impliquant une libre utilisation étaient menacés en permanence par le droit des brevets, tant sur un plan économique que juridique. En effet, par les brevets, leurs détenteurs tels que des entreprises, cherchent à contrôler le marché. De plus, les critères de brevetabilité retenus par la jurisprudence étant flous et incertains, il y a risque qu'entre dans le champ de la brevetabilité un grand nombre d'hypothèses qui n'y a pas sa place. A cela, s'ajoute le manque de rigueur dans le contrôle effectué par les organismes compétents, dont la conséquence directe serait le dépôt d'éléments qui ne constituent en rien des inventions brevetables. Or, un logiciel libre, par définition, doit pouvoir se développer librement, ce qui ne serait pas possible si ses éléments constitutifs faisaient l'objet d'un dépôt, entendons par là des méthodes et algorithmes.

831. C'est pourquoi, pour éviter que des utilisateurs indéliçats ne déposent des brevets à titre personnel sur des logiciels libres et ne les exploitent commercialement, en toute indépendance, créant ainsi un réseau de distribution parallèle nuisant aux droits et aux intérêts du donneur de licence, la GPL a prévu que les dépôts de brevets ne seraient autorisés que s'ils maintiennent l'objectif du mouvement du libre, à savoir, la libre utilisation et distribution des logiciels par les tiers.¹ Cela est posé dès le préambule, comme pour « évacuer » cette problématique et mettre en garde les utilisateurs contre toute dérive. Un brevet empêchant la libre circulation du logiciel irait à l'encontre du concept même de logiciel libre et rendrait inutile la licence. Une telle solution s'observerait en cas de litige relatif au droit des brevets porté devant les tribunaux, dans la mesure où si une condamnation impose le respect de certaines conditions incompatibles avec les termes de la licence, le licencié n'aura pas d'autre choix que de respecter le jugement et ne pourrait plus distribuer le programme.² Par conséquent, les licences libres sont donc incompatibles avec toute idée de brevet.

¹ Annexe n° 11 : « Préambule » : « *Tout programme libre est sans cesse menacé par des dépôts de brevets. Nous souhaitons à tout prix éviter que des distributeurs puissent déposer des brevets sur les Logiciels libres pour leur propre compte. Pour éviter cela, nous stipulons bien que tout dépôt éventuel de brevet doit **accorder expressément à tout un chacun le libre usage du produit.*** », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 2.

² Annexe n° 11 : Article 7 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* » : « *Si vous ne pouvez concilier vos obligations légales ou autres avec les conditions de cette Licence, Vous ne pouvez pas distribuer le Programme* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 5.

832. Il est évident qu'un tel dispositif impliquera nécessairement la mise en place de concessions de licences de brevets pour les développements brevetables, réalisés par un licencié et intégrant un logiciel libre sous licence. Si le licencié refuse, il devra renoncer à exploiter son brevet dans l'intérêt de la communauté des utilisateurs. Toutefois, quelle que soit l'option choisie, il ne pourra que ressentir une frustration en raison du travail personnel accompli qui ne lui rapportera rien financièrement, donc du manque à gagner du fait de l'impossibilité d'exploiter un brevet aux enjeux financiers importants. C'est sans compter le fait qu'il soit tenu de renoncer sous la « contrainte » à son droit de paternité, ainsi qu'aux autres droits moraux et patrimoniaux attachés aux modifications qu'il ne pourra jamais revendiquer...

833. Dans le cadre de la licence CeCILL, le problème de la brevetabilité est également posé puisqu'exige de celui qui déposerait un brevet sur son logiciel de ne pas opposer son monopole d'exploitation aux licenciés.¹ Car, cela empêcherait la libre utilisation du logiciel. Cette obligation doit se poursuivre même en cas de cession de brevets, le concédant veillant à insérer au contrat de cession une disposition qui permette de poursuivre une utilisation libre du logiciel par les utilisateurs, devenus alors cessionnaires. En d'autres termes, le maintien de la liberté doit être un objectif permanent qui doit perdurer, quelles que soient les circonstances.

c) Conclusion sur les obligations des parties

834. Si la licence GPL comme la licence CeCILL n'excluent pas l'application du droit d'auteur, il n'en demeure pas moins que toutes deux facilitent et privilégient le libre usage des logiciels. Les obligations réciproques mises à la charge de chacune des parties veillent à la conservation de cette liberté, et surtout, font en sorte qu'elle ne soit aucunement entravée. La liberté apparaît alors compatible avec le droit d'auteur, dont les caractères de sévérité et d'exigence apparaissent immédiatement lorsque l'on s'y penche de près. C'est, dans tous les cas, le travail de conciliation que tentent de faire avec intelligence les licences libres ; au premier abord, elles semblent y parvenir avec

¹ Annexe n° 12 : Article 5 al. 2 : « *Etendue des droits concédés* » : « *Si le Concédant détient ou venait à détenir un ou plusieurs brevets d'invention protégeant tout ou partie des fonctionnalités du Logiciel ou de ses composants, il s'engage à ne pas opposer les éventuels droits conférés par ces brevets aux Licenciés successifs qui utiliseraient, exploiteraient ou modifieraient le Logiciel. En cas de cession de ces brevets, le Concédant s'engage à faire reprendre les obligations du présent alinéa aux cessionnaires.* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 4.

succès. Car, si elles offrent au licencié tous les droits qui lui sont nécessaires pour faire un usage libre du logiciel, c'est à la condition qu'il respecte les obligations qui lui sont demandées.

835. Enfin, si le bien-fondé du logiciel libre ne fait plus aucun doute aujourd'hui, à la base d'un succès largement mérité, c'est parce qu'une telle oeuvre s'appuie sur des valeurs louables, à savoir un travail coopératif, décentralisé, « en étoile », permettant de réaliser des tâches qui ne pourraient l'être dans une seule dimension individuelle. Le logiciel libre et sa communauté illustrent alors bien l'esprit de l'adage selon lequel « *l'union fait la force* ». De plus, l'accessibilité au code source par un grand nombre de personnes facilite le repérage rapide des erreurs et autres bogues, ainsi que leur correction et adaptations, dans les meilleurs délais, ce qui s'avère très utile dans la pratique. Mais, en aucun cas, le fait qu'une immense communauté d'utilisateurs ait accès au code source d'un logiciel ne cautionne tous les actes : cela explique notamment pourquoi certains logiciels libres sont de qualité équivalente à celle de logiciels propriétaires et pourquoi, finalement, les licences libres deviennent prévisibles dans leur contenu et tendent à calquer leurs dispositions les unes sur les autres.

D) Les effets de la licence à l'égard des tiers

A l'instar des relations entre parties, la liberté est présente dans le cadre des effets de la licence à l'égard des tiers : elle est permanente tout au long de l'exécution du contrat (1) et permet même dans certains cas au licencié de devenir lui-même auteur (2).

1) Une liberté permanente

836. La notion de tiers peut poser problème dans le cas d'une licence libre. En effet, selon le droit français, est tiers toute personne autre que les parties au contrat, et celui-ci ne produit d'effet qu'à l'égard desdites parties : c'est l'effet relatif des conventions (art. 1165 C. civ.)¹. S'agissant des licences libres, l'analyse prend un tournant particulier car, les parties le sont tout autant, du fait même de leur qualité : donneur de licence et licencié (infra n° 741 s.). Par application de l'article 1165 du Code civil, les licences libres ne devraient pas avoir d'incidence directe sur les tiers car, tout un chacun peut

¹ Art. 1165 C. civ. : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers (...).* »

accéder au code source d'un logiciel en raison de sa libre diffusion. Par conséquent, le mot « tiers » prend une dimension inédite. Une question mérite alors d'être posée : comment est-ce possible ?

837. Une illustration mise en avant dans la GPL permet de répondre partiellement à cette question. Il s'agit du cas d'un logiciel propriétaire incorporé dans un logiciel libre soumis à GPL. Son article 2 al. 2 dispose que si des éléments indépendants du logiciel libre, donc non dérivés, sont distribués « *comme partie d'un ensemble cohérent dont le reste est basé sur un Programme soumis à la licence, ils lui sont également soumis, et la Licence s'étend ainsi à l'ensemble du produit, quel qu'en soit l'auteur* ». Autrement dit, l'auteur d'un logiciel incorporé dans un logiciel libre se voit appliquer les dispositions d'un contrat auquel il n'a pas adhéré, et cela, au mépris de l'art. 1165 C. civ. précité. Une telle disposition peut surprendre juridiquement. Toutefois, il demeure protégé par les règles du droit d'auteur, puisque pourra toujours tenter une action en contrefaçon à l'encontre de toute personne qui reproduirait, modifierait ou diffuserait son œuvre sans son autorisation, hors du cadre de la GPL. De plus, dans le cadre des licences libres, le licencié peut diffuser et distribuer librement aux tiers des copies du logiciel soumis à leurs dispositions. Dès lors, les personnes qui reçoivent de telles copies avec les droits y afférents deviennent d'une certaine façon « parties » à la licence, à condition d'en respecter les termes. Toutefois, elles ne seront pas juridiquement liées au licencié, sinon au donneur de licence : le qualificatif de « partie » ne peut leur être attribué que dans le cadre d'une relation avec le donneur initial, à condition qu'elles acceptent de manière tacite la licence.¹ Cela implique que le licencié ne puisse pas imposer au tiers de restrictions quant à l'exercice des prérogatives accordées. Seul le donneur de licence peut le faire, en modifiant le texte de la licence.² Au surplus, il pourra seul agir en contrefaçon en vertu de sa qualité d'auteur d'un logiciel libre³, et le licencié ne pourra aucunement supprimer ou modifier les mentions de propriété intellectuelle apposées sur ledit logiciel, et encore moins, porter atteinte, directement ou indirectement, aux droits

¹ Annexe n° 11 : Article 5 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* » : « *En modifiant ou en distribuant le Programme (ou tout travail basé sur lui), Vous acceptez implicitement tous les termes et conditions de cette Licence.* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 4.

² Annexe n° 12 : Article 6.1. « *Propriété intellectuelle sur le logiciel initial* » : « *Toute utilisation du Logiciel initial est soumise au respect des conditions dans lesquelles le Titulaire a choisi de diffuser son œuvre et nul autre n'a la faculté de modifier les conditions de diffusion de ce Logiciel initial.* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 6.

³ Annexe n° 11: Article 7 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 5.

de propriété intellectuelle du donneur de licence. De même, il devra faire en sorte que son personnel respecte de tels droits.¹

838. Cependant, rien n'empêche le licencié de conclure avec un tiers un contrat ayant pour objet une prestation en relation avec le logiciel libre. L'essentiel est qu'il ne s'agisse pas d'un contrat ayant pour objet ledit logiciel. Il faut bien faire la part des choses car, si le second cas de figure venait à être vérifié, il y aurait atteinte aux principes de liberté et d'égalité posés par les licences libres. Tout n'est cependant pas autorisé dans le sens où la diffusion du logiciel doit respecter les droits du donneur de licence, en particulier ses droits moraux, ainsi que les critères de diffusion qu'il a choisis.² Cela implique, en premier lieu, que les sous-licences soient interdites (art. 4 de la licence GPL), sauf autorisation donnée par le donneur de licence dans le cadre d'une clause spécialement prévue. En effet, la liberté n'autorise pas tout : les sous-licences font partie des interdictions instituées par des licences telles que la GPL car, portent atteinte aux droits du donneur de licence et nuisent à l'égalité qui doit exister entre tous les utilisateurs. Chaque utilisateur doit être logé à la même enseigne et ne doit pas développer, de son côté, son « réseau de sous-licenciés », ni faire de profits « sur le dos » du donneur de licence. Un tel phénomène équivaldrait alors à une appropriation du logiciel doublée de son exploitation onéreuse, ce qui contreviendrait aux principes fondateurs du logiciel libre. S'il est permis de rediffuser le logiciel, il est interdit de le faire par le biais de sous-licences afin de garantir sa protection. La sanction prononcée à l'égard du licencié indélicat serait la fin des droits octroyés.³

839. En second lieu, la distribution du logiciel, modifié ou non, n'est possible que sous le respect de certaines conditions. Elle peut se faire sur tout support, à titre onéreux ou à titre gratuit, puisque le licencié peut demander à un tiers versement d'un prix -en général modique- pour la réalisation de la copie, et peut même proposer une garantie

¹ Annexe n° 12 : Article 6.4. « *Dispositions communes* », *Contrat de licence de logiciel libre CeCILL*, précité, p. 6.

² Annexe n° 11 : Article 7 al. 3 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* » : « *Il appartient à chaque auteur/donateur de décider de diffuser ses Programmes selon les critères de son choix* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 5.

³ A titre d'exemple : Annexe n° 11 : Article 4 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* » : « *Vous ne pouvez pas copier, modifier, céder, déposer ou distribuer le Programme d'une autre manière que l'autorise la Licence Publique Générale. **Toute tentative de ce type annule immédiatement vos droits d'utilisation du Programme sous cette Licence** (...)* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 4.

assurée par ses soins, moyennant finances.¹ De plus, l'indication du copyright © mentionnant l'existence de droits d'auteur, ainsi que celle de garanties restreintes, devront figurer sur chaque copie, ce qui met en garde les tiers de toute tentative d'atteinte aux droits du donneur de licence. La licence devra être transmise telle quelle, sans modification², ou il sera indiqué comment y accéder.³ Si le licencié distribue le logiciel modifié, il devra en faire état et mentionner la date de modification.⁴ Il devra également informer le tiers de « *l'endroit où le code source peut être obtenu* ». ⁵ Il s'agit d'autant de mesures qui ont pour objet de garantir à la fois le sérieux et la liberté de la licence libre, notions parfaitement compatibles si l'on se réfère aux développements précédents. Ce n'est pas parce que l'on a à faire à une licence libre que des règles sévères n'y ont pas leur place. Par conséquent, en recevant des licenciés un logiciel modifié ou non, ainsi que toutes les précieuses informations afférentes, les tiers acquièrent des droits importants : droits de reproduire, de diffuser, de modifier, à condition que ce soit selon les termes de la licence.

2) Quand le licencié devient lui-même auteur

840. Dans certains cas, le licencié peut devenir à son tour auteur d'une œuvre libre, notamment lorsqu'il modifie le logiciel libre objet du contrat avec le donneur de licence, et qu'il exploite uniquement ces modifications.⁶ Son apport doit être original pour qu'il puisse acquérir la qualité d'auteur d'une telle œuvre dérivée. Ayant reçu du donneur de licence, titulaire de droits sur le logiciel en question, l'autorisation de le modifier, une telle situation est possible. Mais, pour revendiquer la qualité d'auteur, il ne faut pas être dans la position d'un contrefacteur : il faut détenir une licence pour le faire évoluer. Une telle perspective rappelle l'œuvre de collaboration. Bien évidemment, pour revendiquer l'œuvre en cause, il faudra que le licencié s'identifie, et surtout, qu'il la date.

¹ Annexe n° 11 : Article 1 al. 2 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3.

² Annexe n° 11: Article 1 al. 1^{er} du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 2.

³ Annexe n° 11 : Article 2 c) du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3.

⁴ Annexe n° 11: Article 2 a) du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3.

⁵ Annexe n° 11: Article 3 c) du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 4.

⁶ Art. L. 113-3 al. 3 CPI : s'agissant de l'oeuvre de collaboration: «*Lorsque la participation de chacun des coauteurs relève de genres différent, chacun peut, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'oeuvre commune.* »

841. Toutefois, le logiciel initial doit rester libre, ce qui peut poser problème dans certains cas. L'intérêt est d'offrir une certaine liberté au licencié qui pourra, à son tour, créer une œuvre soumise à licence libre, distincte et indépendante de l'œuvre initiale, mais créée à partir de cette dernière : c'est une œuvre dérivée ou composite définie par l'art. L. 113-2 CPI comme : « *l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière.* » Cette liberté est permise en raison de la mise à disposition du code source qui est toujours ouvert, ainsi que de tous les éléments nécessaires à la conception d'un programme. Dès lors, le logiciel libre incite naturellement à la création d'une œuvre dérivée qui n'a rien à voir avec une simple adaptation (art. L. 122-6-1 CPI). C'est pourquoi, les améliorations d'un logiciel libre n'effaçant pas le programme préexistant, mais s'y incorporant pour former un nouveau programme, il est légitime de qualifier ce logiciel d'œuvre dérivée ou composite, plutôt que d'œuvre collective ou de collaboration. Elle sera « *la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* » (art. L. 113-4 CPI), ce qui lui permettra de l'exploiter comme il l'entend¹ et de bénéficier de l'application de l'art. L. 111-1 CPI. Il utilisera cette autonomie à libre escient et s'éloignera peu à peu des autres licenciés du logiciel libre initial, qui eux, continueront de l'enrichir par le biais de leurs contributions. Des licences telles que la GPL ne s'opposent pas à cette tendance : au contraire, elles semblent l'encourager et promeuvent dans ce sens, l'application de leurs dispositions.² L'œuvre dérivée ou composite est autonome et est protégée en tant que telle, « *sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale* » (art. L. 112-3 CPI), tout en acquérant le caractère de « libre » de l'œuvre dont elle est issue et dont elle s'est inspirée, dans la mesure où le logiciel libre a un caractère contaminant. La licence GPL est d'ailleurs rédigée dans le but de favoriser l'intérêt envers ses dispositions par tout utilisateur, ainsi qu'envers ses implications juridiques. Elle en vient même à faire la promotion d'une de ses licences dérivées, la *LGPL*, qui autorise l'intégration d'un logiciel libre dans un logiciel propriétaire, avec toutefois moins de libertés octroyées que la simple GPL.³ La CeCILL,

¹ Annexe n° 11 : Article 2 al. 2 et 3 du Chapitre : « *Stipulations et conditions relatives à la copie, la distribution et la modification* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 3.

² Annexe n° 11 : « *Fin des termes et conditions* » : « *Comment appliquer ces directives à vos nouveaux programmes* » : « *Si vous développez un nouveau programme et désirez en faire bénéficier tout un chacun, la meilleure méthode est d'en faire un Logiciel Libre que tout le monde pourra redistribuer et modifier selon les termes de la Licence Publique Générale (...).* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 6.

³ Annexe n° 11 : « *Fin des termes et conditions* » : « *Si votre programme est une fonction de bibliothèque, vous jugerez probablement plus judicieux de le faire relever de la Licence Générale de Bibliothèque GNU (LGPL) plutôt que de la présente.* », *Licence Publique Générale GNU/GPL*, précitée, p. 8. La

quant à elle, ne contient pas de dispositions similaires. Un tel prosélytisme peut déranger outre mesure et attirer des personnes qui ne souhaitent pas forcément y adhérer. Le problème demeure de savoir à partir de quel moment une œuvre devient dérivée ou composite, et si une modification substantielle d'un programme préexistant suffit pour lui donner ce caractère.

842. La reconnaissance des œuvres dérivées totalement indépendantes du logiciel libre initial s'inscrit dans la lignée du droit commun. En effet, il serait contestable qu'une licence oblige le licencié à renoncer à ses propres droits patrimoniaux sur une œuvre distincte, afin que les autres licenciés continuent librement de modifier, de reproduire et de diffuser le logiciel en question. Dans le cadre d'une licence libre, la situation est différente, un logiciel n'acquérant le caractère de libre que si l'auteur abandonne une partie de ses droits. Or, la loi interdit toute renonciation à un droit futur qui se concrétiserait par le fait d'empêcher un auteur d'exploiter une œuvre future, droit fondamental. De plus, il serait dangereux, pour l'avenir du droit de la propriété intellectuelle, que des auteurs puissent renoncer facilement à leurs prérogatives, au mépris des règles de formalisme de la cession de droits posées par le Code de la propriété intellectuelle (art. L. 131-3 CPI). Dans tous les cas, si une telle renonciation se produisait, elle ne vaudrait pas cession et donc, pas transfert de droits au profit du donneur de licence initial. D'où, comme le prévoit la licence, ce dernier ne pourrait qu'autoriser les modifications effectuées sur le logiciel initial et sur les parties modifiées de ce logiciel, mais en aucun cas, sur le logiciel dérivé créé par le licencié. L'article 5 de la licence CeCILL suit les règles posées par l'article précité exigeant de préciser de façon exhaustive les droits « cédés »¹, leur nature, chacun devant faire l'objet « *d'une mention distincte dans l'acte de cession* » avec précision du « *domaine d'exploitation des droits cédés* » et délimité « *quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée.* »

843. Pour qu'un tiers puisse intervenir sur une œuvre dérivée d'une œuvre principale, il devrait demander à la fois l'autorisation de l'auteur de cette œuvre principale originale et l'autorisation de l'auteur de l'œuvre dérivée. C'est ce qui se produit pour les œuvres du monde analogique. A titre d'exemple, l'auteur d'un film qui adapte un opéra,

LGPL est la *GNU Lesser General Public Licence*, Version 2.1, remplaçant la *GNU Library Public Licence* Version 2, depuis février 1999.

¹ Ou donnés en licence, le CPI ne faisant pas de distinction entre la cession et la licence.

lui-même tiré d'un roman, œuvre littéraire, doit demander l'autorisation aux héritiers du musicien ainsi qu'aux héritiers de l'écrivain, ou directement au musicien ou à l'écrivain eux-mêmes, s'ils sont vivants.¹ De même, la traduction d'un ouvrage en langue étrangère en une autre langue à partir de la traduction française implique d'obtenir l'autorisation de l'auteur étranger (ayant déjà effectué une première traduction avec autorisation) mais aussi du traducteur français.² Les exemples sont donc nombreux en la matière. Ils ont pour intérêt de montrer que quelle que soit la nature de l'œuvre, et quelle que soit son évolution, les droits de l'auteur doivent être respectés.

844. Si le licencié a créé un programme distinct et complètement indépendant du logiciel initial dans le sens où les deux ne connaissent aucun lien, et où le premier n'est pas un programme dérivé du second, la GPL ne s'appliquera pas : seul un « *contrôle de la libre distribution de tout travail dérivé ou collectif* » basé sur le logiciel libre sera effectué (art. 2 al. 3 GPL). La jurisprudence semble d'accord sur ce point. C'est ainsi que dans une célèbre affaire, les juges ont considéré que si les développements et améliorations réalisés par un licencié sont indépendants du logiciel libre, ledit licencié pourra librement disposer des droits de propriété intellectuelle sur ces diverses modifications. Mais, si le programme développé n'est pas identifié comme indépendant, il sera seulement considéré comme « dérivé » du logiciel libre et en restera « rattaché » : juridiquement, le licencié n'aura aucun droit dessus et ne pourra revendiquer une quelconque propriété.³ Les juges soulignent le fait que le donneur de licence doit veiller à ce que le code d'origine ne soit pas amélioré au moyen de codes sources protégés par un droit de propriété intellectuelle. Telle est la manière dont est réglé le sort des améliorations apportées par la communauté des utilisateurs successifs.

845. Le licencié devra prouver que sa contribution personnelle au logiciel concerne des éléments dissociables, susceptibles d'être diffusés séparément, ces éléments étant exclus du champ d'application de la licence GPL, à condition d'être commercialisés et distribués comme tels et non avec le reste de l'œuvre. Une telle perspective offre une large marge de manœuvre au licencié : il profitera personnellement des retombées économiques des modifications effectuées portant la trace de ses efforts personnels, en

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 1959, D. 1960, Jur. p. 120, note H. Desbois.

² CA Paris, 10 mai 1995, D. 1995, somm. p. 285, obs C. Colombet.

³ District Court of Utah, 10 août 2007, *SCO Group c/IBM*.

Voir le site: www.zdnet.fr/actualites/informatique/0.39040745.39205911.00.htm

un mot, son empreinte. Mais, si le programme en question se présente comme un ensemble d'éléments faisant « *partie d'un ensemble cohérent dont le reste est basé sur un Programme soumis à la Licence (GPL), ils lui sont également soumis* », et la GPL s'appliquera à l'ensemble du logiciel, « *quel qu'en soit l'auteur* » (art. 2 al. 2 GPL). Autrement dit, il s'agit d'une œuvre dérivée du logiciel libre en question qui ne peut être identifiée comme « *raisonnablement indépendante et distincte* »¹, dans le sens où elle marque une continuité avec l'œuvre initiale et où elle ne peut en être objectivement séparée.

846. De même, dans la situation inverse, lorsqu'un élément significatif d'un logiciel soumis à GPL est intégré dans un ensemble qui n'est pas soumis à GPL, l'ensemble devra y être soumis ou ne pas être mis en oeuvre.² C'est ce que l'on appelle l'aspect contaminant, viral ou expansif des licences de logiciel libre copyleft.³ Une licence comme la GPL autorise la fusion d'un logiciel sous GPL avec un logiciel soumis à une autre licence ; mais, la redistribution de l'ensemble ne pourra se faire que sous GPL. Pour contourner cet aspect viral, l'utilisateur du logiciel aura deux alternatives : soit il s'abstiendra de distribuer le logiciel, soit il créera un logiciel indépendant qui ne pourra être qualifié d'œuvre dérivée. D'une certaine façon, la GPL « absorbe » donc les autres licences, ce qui oblige l'auteur de l'œuvre dérivée à garantir aux tiers des libertés similaires à celles accordées dans le cadre du logiciel initial. Dans d'autres hypothèses, la licence CeCILL pourra être « absorbée » par la licence « GPL ». C'est ce que prévoit son article 5.3.4⁴ lorsqu'un logiciel sous licence CeCILL, modifié ou non, intègre ou est intégré à tout ou partie d'un logiciel sous licence GPL. En dehors de tels cas spécifiques, après avoir obtenu une licence du donneur initial, le licencié a la possibilité,

¹ TGI Paris, 28 mars 2007, *Educaffix c/CNRS*, Expertises 2007, p. 226, obs. J. Bami ; Gaz. Pal. 2008, 1, somm., p. 503, obs. P. Saurel et B. Ohayon ; JCP E 2008, 2130, n° 7, obs. F. Sardain. En l'espèce, il s'agissait du premier jugement sur la validité et l'opposabilité de la licence GNU GPL.

² Il en est de même pour un logiciel développé à partir d'un programme sous GPL : il devra être lui-même placé sous GPL, même s'il intègre des éléments nouveaux qui ne seraient pas régis par une licence libre.

³ Certaines licences ne sont pas contaminantes telles que la *Berkeley Software Distribution* (BSD) qui autorise l'utilisation des codes sources pour les intégrer dans des logiciels privatifs ou propriétaires. Un logiciel sous GPL a une grande capacité contaminante et d'intégration car, peut intégrer des composants de logiciels relevant de licences *LGPL*, *BSD*, *Artistic*, *MIT*, *ZOPE*... à condition de respecter les clauses des licences visées.

⁴ Annexe n° 12 : Article 5.3.4. « *Compatibilité avec la licence GNU GPL* » : « *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.* », Contrat de licence de logiciel libre, CeCILL, précité, p. 5.

à son tour, de conclure une licence avec des tiers, et de devenir donneur de licence, ce qui constitue un cercle d'utilisateurs infini.

Conclusion

847. Appréhender les logiciels libres et, *a fortiori*, leurs licences, n'est pas si aisé qu'il y paraît, la réflexion prenant un sens particulier, mais commun à un groupe bien défini. En effet, pour de telles œuvres dont le code source est toujours disponible, « ouvert », les problèmes sont nombreux. A cela, s'ajoutent le flou juridique et le peu de jurisprudence les entourant, ce qui ne met pas forcément le licencié à l'abri d'actions en justice : à ce titre, il est d'ailleurs souvent qualifié de « *contrefacteur qui s'ignore* ». ¹ De plus, ce n'est pas son appartenance à une communauté informelle d'informaticiens qui l'aidera à résoudre les problèmes rencontrés. A côté de cela, le développement des logiciels libres peut être freiné par les imperfections de leurs licences touchant notamment aux litiges relatifs à la loi applicable, à l'absence de garanties et aux règles de responsabilité à appliquer. Dans la mesure où les principales licences de logiciels libres apparaissent « approximatives » dans leurs dispositions, il est légitime de soutenir qu'elles sont en inadéquation avec le droit, et en particulier le droit français. La licence de droit américain GPL, contrat-type, en est une illustration : elle va à l'encontre de nombreuses normes françaises telles que celles relatives au droit de la consommation. Quant à la licence de droit français, CeCILL, elle représente une transposition fidèle des principes de la GPL, avec quelques améliorations : elle lui est compatible ², mais l'inverse n'est pas vérifié. Surtout, elle n'est compatible qu'avec la GPL, ce qui lui a valu un succès mitigé, déplaisant à certains utilisateurs de logiciels libres, ainsi qu'aux créateurs de la GPL. ³ C'est sans compter le fait que sur le terrain du droit moral de l'auteur, des incertitudes demeurent rendant indispensable une réforme législative pour le protéger davantage, tout en respectant la finalité et l'esprit du logiciel libre.

848. Si la CeCILL apporte une certaine sécurité et une stabilité juridique, son succès n'en restera que limité dans la mesure où peu de logiciels risquent d'être soumis au droit français, à moins qu'ils ne soient créés par des français. Les logiciels les plus utilisés étant l'œuvre d'étrangers et le succès de la GPL étant tel, il est à craindre que les auteurs la préféreront à la CeCILL, même si la seconde comble les lacunes juridiques de

¹ *Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français*, Ch. Caron, D. 2003, chron. p. 1556.

² *Logiciel libre et licence CeCILL : une transposition fidèle des principes de la licence GNU GPL dans un contrat de droit français*, B. de Roquefeuil et M. Bourgeois, Gaz. Pal. 2005, 17/19 avril, n° 107-109, doct. p. 914.

³ *La première licence française de logiciel libre déplaît aux créateurs de la GNU GPL*, C. Guillemain, ZDNet France, 8 juillet 2004, <http://www.zdnet.fr/actualites/technologie/0,39020809,39160467,00.htm>

la première. Dans les deux cas, les enjeux sont donc différents. De nouvelles licences, plus spécifiques et plus précises seraient alors nécessaires afin de sécuriser l'utilisation des logiciels libres. Certains apports de la CeCILL restent néanmoins indéniables et ne peuvent être ignorés comme le fait qu'elle corrige ou du moins, atténue certains problèmes auxquels se trouvaient confrontées les licences libres en droit français. Il s'agit notamment du respect du formalisme de la cession prévu à l'art. L. 131-3 CPI, contrairement à la GPL et aux autres licences libres qui ne l'appliquent pas. Il s'agit encore du respect de l'usage de la langue française dans les contrats, exigé par la loi Toubon lorsque les cocontractants sont des administrations publiques ou des consommateurs, sous peine de sanctions pénales, voire de nullité du contrat. Il est évident que le fait que la plupart des licences libres soient rédigées en anglais, et pas seulement la GPL, pose la question de leur validité au regard du droit français. La CeCILL met également en conformité des clauses exclusives de garanties avec le droit de la responsabilité français : elle ne se contente pas d'exclure purement et simplement toute garantie comme le fait la GPL, ce qui constitue une avancée dans le domaine des licences libres.

849. Toutefois, elle ne peut ni anticiper les réformes, ni tenir compte de toutes les évolutions législatives, le droit évoluant en permanence. A titre d'exemple, la loi du 1^{er} août 2006 dite DADVSI¹ dont la finalité est notamment de lutter contre la contrefaçon des œuvres, et instaurant à ce titre le délit d'atteinte à une mesure technique de protection d'un droit d'auteur ou « DRM » (Digital Rights Management)², a été considérée comme ébranlant les principes fondamentaux des logiciels libres. Car, si un DRM était installé au sein d'un logiciel libre, il empêcherait toute réutilisation de son code source. Or, ce type de logiciel doit justement permettre d'accéder librement au code source et de le modifier. De telles dispositions sont donc incompatibles avec celles des licences libres. Le succès relatif de la CeCILL n'affecte en rien celui du logiciel libre, de plus en plus grandissant, notamment parce qu'il repose sur la collaboration au sein d'une communauté d'utilisateurs, collaboration qui constitue une valeur fortement positive dans les relations humaines. De plus, l'utilité économique et sociale des logiciels libres sont indéniables et largement reconnues, que ce soit par les professionnels, y compris les plus célèbres, ou les consommateurs, parfois simples

¹ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite « Loi DADVSI », J.O.R.F. n° 178 du 3 août 2006, p. 11529, texte n° 1.

² En français : « Gestion des droits numériques ». Les DRM sont des mesures techniques de protection des droits d'auteur et de reproduction dans le domaine numérique.

apprentis utilisateurs. Quant aux licences libres, malgré certains inconvénients, elles offrent de nombreuses opportunités tant scientifiques que commerciales. Dès lors, les logiciels libres représentent l'avenir des logiciels, et par la même occasion, le moyen de permettre au plus grand nombre d'accéder à l'informatique, à moindre coût, et pour les partisans du mouvement du libre les plus réfractaires, le moyen de briser le marché des logiciels propriétaires. Certains auteurs estiment que les logiciels libres « *sont en passe de devenir de véritables alternatives aux logiciels propriétaires* »¹, notamment au sein des entreprises et des administrations pour des raisons économiques, et pour la sécurité et la fiabilité qu'ils apportent. C'est ainsi que ces dernières années, les logiciels libres n'ont eu de cesse de se développer et d'attirer un public toujours plus nombreux, passant de l'ère « artisanale » à l'ère industrielle, au grand dam d'entreprises telles que les géants *Microsoft*, *IBM* ou *Intel*. En effet, de plus en plus de professionnels sont séduits par les solutions et les avantages qu'offrent les logiciels libres² : ils y trouvent un intérêt économique certain.³ C'est pourquoi, afin de rester dans la course, les sociétés précitées ont conçu des solutions matérielles et logicielles compatibles avec le célèbre logiciel libre, GNU/Linux, et ont baissé leurs prix afin de rendre leurs clients « *captifs pour une longue période de temps* »⁴. Quant à la société *DELL*, elle incite les consommateurs à n'utiliser sur ses ordinateurs que des logiciels Linux, tandis que d'autres utilisent des logiciels libres comme composants de matériels électroniques (par exemple, la « *Play Station* » de *Sony* ou l'imprimante laser couleur de réseau « *Brother HR-24000* »).

850. Aujourd'hui, la tendance est au rapprochement des logiciels libres avec les logiciels propriétaires, et il est vrai qu'ils se ressemblent sur certains points. L'industrialisation connaît quelques changements, les éditeurs traditionnels s'y intéressent de près. Ainsi, il y a tentative d'intégrer à des solutions propriétaires des composants de logiciels libres : des compatibilités existent. Il est fort probable que la

¹ *Logiciel libre et licence CeCILL : une transposition fidèle des principes de la licence GNU GPL dans un contrat de droit français*, B. de Roquefeuil et M. Bourgeois, précité.

² *La nécessaire interprétation des licences relatives aux logiciels libres*, B. Egret et Y. Kaplun, RLDI janvier 2006, n° 12, p. 51.

³ *Logiciels Opensource : une réalité juridique au sein des entreprises*, Y. Dietrich, RLDI 1^{er} avril 2005, n° 4, p. 28-31.

⁴ *Microsoft, un monopole en toute impunité*, L. Helm, Los Angeles Times, Courrier International n° 320-321 du 19 décembre 1996, p. 40 : « *Dans le secteur de l'industrie du logiciel où les coûts de production sont négligeables, les détenteurs d'un monopole étendent leur pouvoir en baissant les prix, et non en les augmentant (...). Vu les réticences habituelles des utilisateurs à apprendre à utiliser un logiciel concurrent, une entreprise, une fois qu'elle occupe une place dominante sur le marché, rend les clients captifs pour une longue période de temps, au moins jusqu'au lancement d'un produit nettement supérieur... ce qui incite fortement les entreprises dominantes à pratiquer des prix d'éviction.* »

licence GPL fasse l'objet d'une révision pour offrir un cadre juridique approprié à ces nouvelles hypothèses et pour permettre de combiner plus librement des composants propriétaires avec des composants libres, sans remise en cause des droits de propriété intellectuelle sur les composants propriétaires, la version 3 de la GPL du 29 juin 2007 n'ayant pas eu le succès escompté. Quant aux brevets de logiciels auxquels s'est intéressée la dernière version de la GPL, ils semblent coexister avec les licences de logiciels libres, contrairement à ce que l'on pourrait penser.¹ En effet, les deux permettent aux entreprises de protéger leurs propres créations (quand le droit les y autorise) tout en bénéficiant des avantages des logiciels libres. S'il semble, au premier abord, qu'il n'y ait aucun intérêt à breveter ces logiciels, seul l'avenir nous dira comment évoluera leur protection.

851. Il en résulte que le choix de diffuser librement le code source d'un logiciel n'est pas pris à la légère : il relève d'une décision stratégique dont la finalité est l'unité et l'harmonie d'une communauté d'utilisateurs toujours plus large. Car, les licenciés ne vont pas se contenter d'utiliser simplement les logiciels : ils vont aussi les tester, les corriger, les améliorer, les adapter de manière efficace, à moindre coût², et dans des délais raisonnables. Ils en seront donc les porte-paroles les plus convaincants. S'ils en sont satisfaits, ils le feront savoir ; la rapidité et la multiplicité des échanges offerts par les réseaux numériques leur faciliteront la tâche. C'est aussi tout l'intérêt du mouvement du libre.

852. Les logiciels libres ont donc de beaux jours devant eux et comportent des avantages pour tout le monde : pour le donneur de licence qui dispose d'une grande liberté d'aménager les prérogatives accordées aux licenciés en fonction de leurs aspirations et besoins personnels, et pour les licenciés qui ont une large marge de manœuvre pour effectuer de nombreux actes sur les programmes informatiques, et cela, sans contrainte. De plus, ces licenciés y trouvent leur compte, qu'il s'agisse d'entreprises ou de particuliers car, bénéficient d'une « maintenance » et de contributions gratuites. Mais, le revers de la médaille est qu'ils sont aussi livrés à eux-mêmes : la liberté n'a donc pas que du bon et a pour corollaire un manque de sécurité, accepté en connaissance de cause. A cela, s'ajoute le fait qu'ils ne sont pas toujours en

¹ *La nécessaire interprétation des licences relatives aux logiciels libres*, B. Egret et Y. Kaplun, précité.

² *L'économie du logiciel libre, un point de vue de l'utilisateur*, J.-P. Smets, Le Micro Bulletin, 1998, n° 75 <http://www.smets.com/>

mesure de bien cerner les risques liés à l'utilisation de certaines licences dont les dispositions sont parfois peu claires pour un public non averti, et dont ils ne mesurent pas la portée.

853. Malgré cela, la licence libre a créé une nouvelle logique juridique pour ces « *drôles* »¹ de logiciels que l'on ne peut ignorer à notre époque. Si elle remet en cause celle instituée par le droit d'auteur qui a pour finalité de réserver l'œuvre, d'en reconnaître la propriété à une seule personne et de la diffuser moyennant rémunération, elle n'écarte pas pour autant les règles de droit qui s'imposent à tous. Au contraire : des licences telles que la célèbre GPL ou la CeCILL n'ignorent pas le droit d'auteur et en font état pour mieux inverser sa logique et se concentrer sur un objectif inédit : la liberté, l'égalité, l'échange, et le partage pour le plus grand nombre, par opposition à une propriété cloisonnée, réservée à une seule personne. C'est en cela que ces licences et, en particulier la GPL qui a été précurseur en la matière, apparaît comme un dispositif contractuel novateur, source de droit, aux côtés et en même temps en concurrence avec le droit d'auteur. Bien qu'apparaissant radicalement opposées au départ, GPL et CeCILL présentent donc de nombreux points communs, dans la mesure où elles tentent d'organiser un mode d'exploitation des logiciels conforme au droit des obligations, au droit d'auteur et au droit des contrats en général. Elles s'attellent à la lourde tâche de concilier le droit strict de la propriété intellectuelle avec la souplesse des licences libres. Et c'est pourquoi, l'on peut affirmer, d'une certaine manière, qu'en matière de logiciel libre, le droit de la propriété intellectuelle s'applique, couplé par un régime spécifique, celui établi par les licences. Il s'appliquera néanmoins avec particularité dans la mesure où il méconnaît les principes fondamentaux régissant les droits patrimoniaux et les droits moraux en droit d'auteur.² Une conséquence positive en découle : l'équilibre des relations contractuelles que l'on ne retrouve pas dans les licences de logiciels propriétaires, ainsi que dans de nombreux contrats du monde analogique. C'est notamment en cela que les licences de logiciels libres constituent un remède aux licences de logiciels propriétaires.

854. Par ailleurs, fort de l'engouement qu'il suscite, le mouvement des logiciels libres a abouti à la création d'associations et de groupements dont la finalité est, entre autres,

¹ *Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français*, Ch. Caron, D. 2003, chron. p. 1556.

² *Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français*, Ch. Caron., précité.

de partager les frais engendrés par la mise au point d'adaptations et d'évolutions de certains logiciels libres nécessaires à leurs activités. De nouvelles professions ont également vu le jour en la personne des « sociétés de services utilisant des logiciels libres » (SSLL) et proposant des prestations intégrant différents logiciels libres qui feront l'objet de modifications en fonction des besoins particuliers de leurs clients. C'est le cas des sociétés américaines telles que *Red Hat*, allemandes telles que *SuSE*, ou françaises telles que *Mandrake Software* dont l'activité est d'évaluer les logiciels libres, de les assembler, et de les combiner le cas échéant avec des logiciels propriétaires pour proposer des solutions personnalisées et répondant aux attentes des entreprises, avec un service payant d'assistance technique et de maintenance. Le prix de ces prestations demeure néanmoins très attractif car, le but n'est pas de créer une nouvelle catégorie de logiciels propriétaires, même si certains voient dans « la disponibilité du code source la création d'un autre modèle commercial ».¹ Si certains logiciels libres sont fournis gratuitement par des entreprises ou pour un prix symbolique, leur installation, leur paramétrage, leurs applications spécifiques, ont un coût qui n'est pas négligeable.² C'est donc toute une économie qui est née autour du logiciel libre. C'est sans compter le fait que des domaines autres que l'informatique voient l'apparition de logiciels libres qui leur sont consacrés, à la disposition de tous et faisant intervenir de nombreux auteurs. Citons au passage les licences « *Creative Commons* » pour les œuvres artistiques³, ou encore la création en 2000 de la « *Licence Art Libre* », licence copyleft s'inspirant de la GPL, à l'initiative de M. Antoine Moreau⁴, et autorisant toute personne à « copier, diffuser et transformer librement les œuvres dans le respect des droits de l'auteur. »⁵

855. Une autre initiative, et pas des moindres, est la création de « *FLOSS* », nouveau concept signifiant « *Free Libre Open Source Software* » et qui rapproche les mouvements du logiciel libre et de l'Open source, comme pour montrer qu'une distinction entre les deux est inutile en plus d'aggraver la confusion déjà préexistante.

¹ C'est ce qu'a déclaré Eric Paul Allman, développeur informatique américain, lors d'un congrès à Palo Alto en Californie. Il est celui qui a popularisé le style BSD (Berkeley Software Distribution) et créé le serveur de messagerie électronique *Sendmail*, largement utilisé sur les systèmes Unix. Il fonde en 1998 la société *Sendmail Inc.*, pour faire du travail propriétaire d'amélioration de *Sendmail*.

² *L'industrie du logiciel à la croisée des chemins ? L'économie du libre*, J.-P. Archambault, Médialog, n° 42, janvier 2002, p. 54.

³ Voir le site français des *Licences Creative Commons* : <http://fr.creativecommons.org/>

⁴ M. Antoine Moreau, professeur d'arts plastiques à l'Université de Paris VIII, est le fondateur du « *Copyleft Attitude* », initiateur et co-rédacteur de la *Licence Art Libre*. Il propose de confier des sculptures de façon à ce qu'elles soient à nouveau confiées et ainsi de suite, sans qu'il n'y ait de propriétaire définitif, ni de point de chute final. Sa thèse soutenue s'intitule *Le copyleft appliqué à la création hors logiciel. Une reformulation des données culturelles ?*

⁵ Voir le site de la *Licence Art Libre* : <http://artlibre.org/>

Bien que leurs fondements idéologiques divergent et que la définition donnée aux logiciels libres soit différente, un rapprochement est possible, même s'il est difficile et qu'il y a peu de chance pour que la division disparaisse.

856. Derrière une réalité économique très présente, le mouvement du libre recherche une certaine légitimité, ainsi que la reconnaissance de tous, et pas uniquement du monde des informaticiens. Pour cela, il est nécessaire que le mouvement du libre soit unifié, tant il existe encore de nombreuses différences au niveau des licences de logiciels libres. Il faudrait également que le droit d'auteur soit davantage respecté, ce qui permettrait d'asseoir la pérennité et la crédibilité du logiciel libre. Car, sa spécificité ne justifie pas la mise en œuvre d'une zone de non-droit : en aucun cas, les logiciels libres ne doivent être un outil de remise en cause de la législation applicable.

857. Si aujourd'hui, l'idée du logiciel libre a largement fait son chemin et a même germé dans l'esprit de certains, le commun des mortels n'a pas totalement adhéré au mouvement, probablement en raison d'un manque de compétences ou d'expériences en la matière : certains demeurent encore frileux et ne veulent pas s'y aventurer. D'autres ne sont pas proches d'une logique collective et adhèrent plus volontiers à une démarche individualiste : celle que leur offre les grands fabricants de logiciels propriétaires, plus rassurante et plus sécurisante, sur lesquels ils peuvent compter, par opposition à une communauté d'utilisateurs qui, aux yeux de certains, ne constitue qu'un groupe d'inconnus. Peut-être qu'un encadrement plus strict des licences serait utile et contribuerait à remplacer le sentiment de méfiance légitime qui règne vis-à-vis des logiciels libres, par un sentiment de confiance et de sécurité, sans pour autant ôter à ces derniers ce qui fait leur singularité.

858. L'objectif de la communauté du libre et de Richard Stallman est donc loin d'être atteint à ce jour, même si certains comportements sont encourageants. Le remplacement des logiciels propriétaires par les logiciels libres et la disparition des premiers à terme demeurent donc une utopie. Or, l'on sait qu'en droit il ne saurait y avoir d'utopie.

Chapitre II : L'antidote à la licence d'utilisation des bases de données : Le contrat de référencement

Introduction

859. Au sens large, le moteur de recherche, comme l'annuaire, est un moyen d'accéder à un site Internet. En effet, tous deux sont des agents de navigation, créateurs de liens hypertextes, ainsi que des instruments de recherche essentiels du cyberspace, sans lesquels celui-ci ne serait qu'un réseau immense sans points de repère, ni cartes. Il s'agit plus précisément d'« *outils de référencement automatique de sites web* »¹ aidant l'internaute à s'orienter et à se déplacer grâce à des balises disséminées un peu partout sur la toile par les acteurs de l'Internet, et que sont les liens hypertextes renvoyant à des sites ou des pages web. Parmi les moteurs de recherche, citons au passage le plus populaire d'entre eux, « *Google* », en concurrence avec « *Altavista* », « *All the Web* », « *Voilà* », « *Lycos* », « *FindLaw* »², « *Overture* », « *E-spotting* »... et parmi les annuaires, « *Yahoo !* », « *Nomade* », « *MSN* »... L'utilité de ces outils est incontestable dans la mesure où les internautes préfèrent effectuer des recherches précises, ciblées, plutôt que de taper au hasard une adresse URL dans leur navigateur, et qui, la plupart du temps, ne donne rien.

860. Au sens strict, le moteur de recherche est une application informatique permettant la recherche d'informations sur Internet grâce à l'indexation automatique des sites réalisée notamment par certains de leurs éléments logiciels dits robots « *spiders* ». Ces derniers sont des programmes de navigation qui suivent les liens hypertextes des pages web et collectent l'ensemble de tous les documents et données qu'ils peuvent trouver. Le moteur de recherche repère les sites grâce à ses robots, tandis que l'annuaire les recense et les répertorie en différentes rubriques. Le moteur de recherche a donc une fonction de collecte et de traitement des données, y compris personnelles, ce qui peut parfois poser quelques problèmes. Il explore, scrute constamment et en continu l'Internet, afin d'indexer les sites grâce aux mots-clés. Le choix de ces mots est déterminant et n'est pas le fruit du hasard car, conditionne l'accès aisé et rapide aux

¹ *Créer et exploiter un site web*, C. Rojinsky et O. Léaurant, Lamy/Les Echos, 2000, p. 166.

² Il s'agit d'un moteur de recherche juridique très utilisé par les professionnels du droit.

informations sollicitées par l'internaute. Le moteur indiquera donc, à partir d'une requête effectuée par l'utilisateur, tous les sites référencés comportant le mot-clé de sa requête.

861. Quant aux annuaires, il s'agit de sites Internet qui référencent d'autres sites en les classant par catégorie. Ils permettent à l'internaute d'effectuer sa recherche en fonction de thèmes et, plus précisément, « *en fonction d'une arborescence fondée sur une classification hiérarchique des connaissances appelées ontologie* »¹, et lui offrent une liste de sites, sélectionnés et regroupés, correspondant à sa requête. Pour figurer dans la base de données d'un annuaire, une demande d'inscription doit être effectuée par celui qui en est à l'origine ou par son webmaster : celui-ci demandera à ce que son site soit enregistré sous tel thème en particulier. Pour l'internaute qui effectue une recherche, il suffira alors de taper un mot-clé ou de descendre dans l'arborescence des catégories. Selon les annuaires et la nature du site indexé, le référencement sera gratuit ou payant. Notons que les portails² sont souvent couplés avec les annuaires de sites qu'ils retrouvent grâce aux mots-clés. Dans la pratique, les annuaires demeurent moins utilisés que les moteurs de recherche. C'est pourquoi, les présents développements concerneront davantage lesdits moteurs. Ils demeurent néanmoins intéressants pour des domaines d'activités spécialisés.

862. A la différence des annuaires, les moteurs de recherche ne procèdent pas par ordre alphabétique, sinon par mots-clés selon leur degré de pertinence dans un site. Ils classent des pages par indexation de mots-clés contenus dans l'URL³, dans les titres, ou dans les balises « meta-tags ». ⁴ Ils peuvent également procéder à un classement par indexation manuelle : c'est l'intéressé lui-même qui l'effectue. D'autres méthodes de classement existent : celle du « *scoring* » ou de la « *link popularity* » consistant à faire apparaître un mot-clé de nombreuses fois dans le corps du document recherché, afin de

¹ A propos de la responsabilité des outils de recherche, V. Sedallian, Cahiers Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, mai 2000 (B), p. 1.

² Un portail est une porte d'entrée vers d'autres sites, comportant sur sa page d'accueil des liens hypertextes vers des sites référencés.

³ L'U.R.L. est le signe désignant « *Uniform Resource Locator* » ou l'adresse unique d'une page web sur Internet.

⁴ Les balises meta servent à placer des métadonnées dans une page html. Elles ne sont pas visibles de l'internaute et ne sont pas affichées sur la page. Elles sont destinées aux navigateurs web, aux moteurs de recherche, et de façon générale, à tous les outils d'indexation, c'est-à-dire tous les outils qui analysent les pages pour y identifier diverses informations.

le repérer plus facilement : plus le nombre de liens pointant vers un site sera important, plus celui-ci sera rendu populaire.

863. Par ailleurs, si les moteurs de recherche référencent des pages, les annuaires référencent des sites ; et si le moteur de recherche indique, à partir d'une requête effectuée par l'internaute, tous les sites référencés comportant le mot-clé entré, l'annuaire lui permet d'effectuer sa recherche en fonction de thèmes, et lui offre une liste de sites, sélectionnés et regroupés, correspondant à sa demande. En réalité, le moteur de recherche est plus complexe que sa définition le laisse entendre. En effet, cet outil se compose de plusieurs éléments distincts : un ensemble logiciel permettant la navigation (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I), des liens hypertextes¹, des bases de sites référencés appelées « base de départ » et « base d'arrivée » (la base d'arrivée contenant et affichant les résultats de la recherche), ainsi que des ensembles informationnels tels que des ontologies, des index, des thesauri (listes servant à l'indexation des documents et des questions des internautes dans le système documentaire mis en place par les moteurs de recherche), en un mot tout ensemble pouvant être juridiquement qualifié de base de données et appréhendé comme telle (art. L. 112-3 alinéa 2 CPI² ; voir Première Partie, Titre I, Chapitre II). La structure, l'organisation et la forme de ces éléments sont telles qu'elles permettent un accès direct à l'information grâce aux moteurs de recherche. Si pris séparément, ils ne semblent avoir aucun lien, imbriqués les uns les autres dans l'ensemble plus vaste que constitue le moteur de recherche, ils présentent un intérêt certain : faciliter la recherche d'informations pertinentes sur les réseaux selon une stratégie prédéfinie par les créateurs du moteur en question. Par conséquent, l'analyse du moteur de recherche passe nécessairement par celle de chacun de ces éléments ou sous-ensembles d'éléments. Dès lors, seront appliquées les règles de droit propres à chacun d'eux, sans qu'il soit besoin de les replacer dans l'ensemble plus vaste que constitue le moteur de recherche : ils feront l'objet d'un traitement séparé. Ainsi, la protection juridique offerte par la directive du 11 mars 1996 sur les bases de données³ ne concerne que lesdites

¹ *Recherche d'aiguilles dans une botte de liens*, F. Bourdoncle et P. Bertin, La Recherche, n° spécial Internet, février 2000, p. 66.

² La base de données est définie 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 ».

³ Directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, J.O.C.E. L 77 du 27 mars 1996, p. 20-28. Elle est transposée en droit français par la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété

bases et non les logiciels qui permettent leur fonctionnement. Chaque élément conservera un statut spécifique car, est différent, unique, interdépendant et indispensable au fonctionnement et à l'interactivité du moteur de recherche : il joue un rôle particulier, et c'est en vertu de toutes ces qualités que le moteur de recherche remplira efficacement sa mission. L'absence d'un seul de ces éléments sera de nature à enrayer les rouages du moteur de recherche, et de ce fait, l'empêchera de fonctionner. Le moteur de recherche n'aura alors plus d'existence matérielle et par la même occasion, plus d'existence juridique. A titre d'exemple, le logiciel est une « *condition de l'interactivité, élément nécessaire* » du produit multimédia que constitue le moteur de recherche, mais « *pas suffisant* »¹. Autrement dit, le moteur de recherche est un, et s'il est matériellement divisible en plusieurs éléments, sa réalité est, elle, indivisible.

864. Quant aux personnes chargées de déterminer les mots-clés, elles prendront soin de réfléchir et de choisir ceux qui sont les plus susceptibles d'être demandés par les internautes, peu importe qu'ils contiennent des fautes d'orthographe ou non : leur choix doit être stratégique, la popularité d'un site en dépend, sachant que l'objectif de celui-ci est d'apparaître en première position dans la page de résultats des moteurs de recherche. C'est donc à ces derniers de s'adapter aux internautes et non l'inverse. De cette adaptation ou du moins de cet effort d'adaptation dépendra le succès des moteurs de recherche. L'essentiel est qu'ils soient efficaces et qu'ils permettent de trouver et d'afficher l'information sollicitée par l'internaute avant les autres moteurs de recherche, à défaut d'être les seuls à pouvoir le faire. Car, la concurrence existe également entre les moteurs de recherche, et elle est rude... A ce titre, ils se veulent des formidables et puissants instruments de marketing ou plutôt de webmarketing luttant contre le parasitisme existant en la matière. Les mots-clés révélant alors un intérêt particulier, à la base d'un marché non négligeable. Ces mots-clés vendus par les moteurs de recherche prennent le nom d'« *adwords* » ou d'« *advertwords* » ou encore d'« *adwordselect* », (en français : mots publicitaires) : les entreprises qui pullulent sur le net achètent leur

intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, J.O.R.F. n° 151 du 2 juillet 1998, p. 10075. L'article 1^{er} al. 3 de cette loi dispose qu'une base de données est « *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.* » Seules ces créations intellectuelles sont protégées au titre de cette loi.

Le Considérant 23 de la directive précitée dispose que : La protection par le droit ne s'applique pas « *aux programmes d'ordinateur utilisés dans la fabrication ou le fonctionnement des bases de données accessibles par des moyens électroniques.* »

¹ TGI Nanterre, 26 novembre 1997, JCP éd. E 1998, II, n° 805, obs. Vivant et Le Stanc ; Expertises 1999, 117, obs. Aslanian.

positionnement, de préférence en tête de liste des résultats des moteurs de recherche. Car, les clients potentiels viendront plus facilement si leur site marchand est bien visible : avant de permettre le référencement, l'achat des mots-clés représente alors une véritable stratégie d'entreprise.

865. Le moteur de recherche étant constitué d'éléments considérés individuellement comme des œuvres de l'esprit, il en est de même pour le moteur de recherche pris dans son ensemble qui bénéficiera de la protection offerte par le droit de la propriété intellectuelle. Toutefois, son analyse se veut globale, dans la mesure où il constitue une œuvre unitaire, « entière ». En effet, il peut être qualifié d'œuvre multimédia, œuvre riche et complète, puisque regroupant différents types d'éléments tels que des textes, des images, des liens hypertextes, des logiciels, des bases de données,... D'ailleurs, s'agissant de ce dernier élément, le droit communautaire fait un renvoi aux moteurs de recherche, puisque la directive du 11 mars 1996 précitée mentionne que la base est accessible « *par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* », ce qui fait référence à la définition de la base de données par l'art. L. 112-3 al. 2 CPI. Sans citer expressément ces moyens, il s'agit notamment des moteurs de recherche permettant d'accéder aux bases de données en ligne.

866. De façon générale, le moteur de recherche apparaît comme un ensemble informationnel et une création de forme protégeable par le droit d'auteur, si satisfait à la condition d'originalité. Mais, non prévu, ni régi par aucun texte, il reste une œuvre innommée. Quoi qu'il en soit, avec l'annuaire, il constitue un antidote aux bases de données (Section 1). L'appréhension de ces deux outils permettra de mieux envisager l'analyse du contrat de référencement lui-même (Section 2).

Section 1 : Les moteurs de recherche et les annuaires comme antidotes aux bases de données

Au préalable, il est nécessaire de définir le référencement (A), puis d'expliquer en quoi les outils de recherche constituent des antidotes aux bases de données (B).

A) Définition du référencement

867. Dans un sens courant, le référencement consiste à mentionner quelque chose ou à y faire référence, par exemple dans un ouvrage, un catalogue... Au niveau de l'internet, le référencement est effectué par les moteurs de recherche et les annuaires, et consiste à classer les résultats donnés par ces outils selon un certain ordre. Cet ordre est déterminé par l'utilisation et le choix des mots-clés par les internautes. De ces mots-clés dépend le positionnement d'un site web et, par conséquent, sa visibilité dans la page de résultats des outils de recherche. Le référencement est plus précisément l'inscription ou l'enregistrement d'un site dans la base de données de l'un de ces outils, sachant que les termes « référencement » et « indexation » sont synonymes. L'inscription consistera alors à ajouter des pages web à l'index de ces outils. Le référencement s'effectue à partir d'un logiciel d'exploration ou robot visitant en continu les différents supports électroniques du web (sites, forums de discussion, blogs...), afin d'indexer automatiquement -et donc sans qu'aucune demande ne soit faite- les documents identifiés en fonction des titres, des sujets, des descriptions ou mots-clés qu'ils contiennent. Ces documents renvoyant bien sûr à des sites web, puisque derrière toute donnée, tout document, se « cache » un site.¹ L'intérêt du référencement ou de l'indexation est de porter un site ou une page web à la connaissance du plus grand nombre, d'améliorer son positionnement et de favoriser son essor. Car, bien souvent, les internautes souhaitent accéder à certains sites, mais n'en connaissent pas l'URL. Le référencement leur permet ainsi d'y parvenir, sans que cet élément ne soit nécessaire. L'intérêt pour un site est alors d'être référencé par les annuaires et moteurs de recherche les plus populaires.

868. Parler de référencement renvoie inévitablement à la question pour un site d'être présent dans une base de données ; tandis que le terme de positionnement fait référence à la visibilité d'un site ou d'une page web sur les réseaux, et en amont, à sa place dans

¹ *Le référencement sur les moteurs de recherche : un moyen de valorisation du patrimoine intellectuel d'une entreprise*, L. Tellier-Loniewski et A.-S. Cantreau, *Gaz. Pal.* 2008, 2, doctrine, p. 2197 s.

la page de résultats de l'outil de recherche utilisé. Un site sera d'autant bien référencé qu'il répondra parfaitement à la demande et aux besoins de son titulaire et qu'il représentera la « référence » dans son domaine d'activités. Sa position et donc son rang n'en seront alors que plus élevés. Quant au positionnement, il vient naturellement à la suite du référencement ; il optimise un site ou une page web. D'où, l'importance du choix des mots-clés : les besoins et les attentes des internautes doivent être clairement identifiés. La ligne éditoriale de l'outil de recherche sera ainsi organisée en fonction d'eux et l'information sera correctement formatée dans leur intérêt : elle doit donc être de qualité. Les URL afférentes aux contenus seront alors transférées efficacement aux internautes. Plus un document sera de bonne qualité par son contenu, plus il sera visible sur la toile -et donc référencé par différents moteurs de recherche et annuaires. Car, sera mis en avant le fait qu'il corresponde aux attentes d'un large public. C'est ce que l'on appelle référencement naturel (ou organique) ou visibilité naturelle. Il comporte deux phases : l'indexation ou la prise en compte de sites par les outils de recherche (parfois après inscription), et le positionnement de ces sites dans les résultats naturels des outils de recherche, à la suite d'une requête effectuée par les internautes.

869. A côté d'un tel référencement, il existe le référencement payant ou par achat de liens sponsorisés dits commerciaux¹ ou promotionnels : leur vocation est publicitaire. Il consiste à acheter les mots-clés² ou metatags les plus stratégiques et les plus pertinents pour un site d'e-commerce³, car renvoyant l'internaute vers lui. Ces mots-clés sont appelés « *adwords* » et sont invisibles des internautes. Les liens sponsorisés apparaissent sur la page de résultats des moteurs de recherche, en fonction des mots-clés choisis pour la requête, et sont identifiés en tant que tels. Ils seront affichés selon la pertinence du mot-clé avec le contenu de la page visée. L'achat des mots-clés s'effectue souvent aux enchères, le montant de l'enchère déterminant le positionnement d'une annonce par rapport à celle de la concurrence. C'est le système du « *Pay-Per-Click* »

¹ Le lien commercial constitue un « *mécanisme de référence localisé dans un contenu, dit « source » permettant d'accéder directement à un autre contenu, dit « cible » quelle que soit la localisation* », définition proposée par le GESTE (Groupement des Editeurs de Services en Ligne). Il s'agit d'une association fondée en 1987 qui a pour objet de créer les conditions économiques, législatives et concurrentielles indispensables au développement des services et éditions électroniques. Elle regroupe une centaine d'adhérents parmi lesquels l'essentiel des sites des médias français (presse, radio, TV...), ainsi que les principaux acteurs du marché. Voir son site : <http://www.geste.fr>

² Les méta-tags permettent d'indexer les sites Internet au moyen de marqueurs spéciaux et invisibles situés dans l'en-tête d'une page web.

³ Par exemple, via l'interface du moteur de recherche *Google*, *Google Adwords*, ou encore via celle du moteur de recherche *Yahoo!* (*Yahoo! Search Marketing*).

(PPC) qui propose le plus fort prix au clic qui obtient le premier positionnement.¹ La rémunération de l'outil de recherche se calcule par nombre de clics (soit le nombre de fois où un internaute clique sur le lien du site dans la liste de résultats, multiplié par le prix par clic). Le budget de publicité des sites web est alors investi sous forme d'enchères. Cet achat est le plus souvent fait pour une durée déterminée, mais ce n'est pas la règle. Chaque groupe de mots-clés se rapporte à une annonce que le site visé aura créé sur l'une de ses interfaces, selon des critères bien précis. Ainsi, dès lors qu'un internaute tapera l'un des mots-clés appartenant à la liste de mots présélectionnés par le site, l'annonce apparaîtra dans les premiers résultats de recherche sous la forme de liens commerciaux. Cette technique est surtout utilisée lors du lancement d'un site ou d'une opération de promotion. Le référencement naturel reste la référence, si l'on peut dire. A chaque annonce cliquée par l'internaute, le moteur de recherche ou l'annuaire est rémunéré : cela correspond au prix de chaque mot-clé tapé sur l'outil de recherche qui a permis de faire apparaître l'annonce du site voulu. En proposant aux sites annonceurs de diffuser sur d'autres sites, lesdits annonceurs apparaissent également sur les sites partenaires des outils de recherche, et un revenu est généré pour ces derniers. Les liens commerciaux garantissent ainsi à l'annonceur une présence immédiate et optimale de son site sur les outils de recherche, ainsi qu'une visibilité renforcée.

870. Qu'il s'agisse de référencement naturel ou de référencement payant, il existe deux manières de référencer : soit par une recherche faite mécaniquement par un robot qui repère les mots-clés balisés ; soit par une recherche plus subjective faisant intervenir l'intelligence de l'homme, qui prendra connaissance du contenu du site sans s'appuyer sur le balisage html des mots-clés. De manière générale, un référencement efficace est celui qui permet à un site ou une page web de sortir de l'anonymat, d'être promu, de bénéficier d'un important trafic dans sa direction et, par conséquent, de générer un chiffre d'affaires non négligeable... La qualité doit être privilégiée, faisant du référencement un outil de stratégie marketing permettant d'optimiser un site Internet par la meilleure définition des besoins des visiteurs, clients potentiels.

¹ Les moteurs de recherche tels que « *Overture.com* », « *Findwhat* » ou encore « *E-spotting.fr* » utilisent ce type de référencement.

871. Sur le terrain juridique, le principe est que tous les mots-clés sont disponibles s'ils ne font pas l'objet d'une protection particulière. Dans le cas où, sans autorisation, ils renverraient directement à une marque, parce qu'ils prendraient sa dénomination, ou renverraient aux produits qu'elle désigne, de graves conséquences pourront en résulter. Droits d'auteur et droits de propriété industrielle doivent donc être impérativement protégés et le cybersquatting doit, entre autres, être évité. Cependant, à l'heure actuelle, les moteurs de recherche ne s'opposent pas à l'achat d'un mot-clé par une entreprise non-proprétaire de la marque demandée. Ce n'est pas leur rôle de s'y opposer, ni même de vérifier qu'un mot-clé souhaité à l'achat par un site web renvoie en réalité à une marque. La loi ne prévoit rien s'agissant de tels agissements, ce qui laisse une large marge de manœuvre à certains, ainsi qu'une porte ouverte à des faits qui pourraient devenir délictueux par la suite, notamment si l'on se positionne sur le terrain de la concurrence déloyale. Le contentieux risque alors d'être riche en la matière.

B) Les moteurs de recherche et les annuaires en tant qu'antidotes aux bases de données

872. Les moteurs de recherche et les annuaires sont les antidotes aux bases de données payantes, qu'elles soient en ligne ou non. Car, si les licences d'utilisation de bases de données permettant d'y accéder paraissent de prime abord faciles de compréhension, dépourvues de toute ambiguïté, et intéressantes pour le licencié, en réalité, elles révèlent une précarité, une inégalité et un déséquilibre au niveau des relations contractuelles instaurées (voir Première Partie, Titre I, Chapitre II). Ainsi, le licencié qui croit acquérir une certaine liberté d'agissements en plus de quelques droits, se voit confronté à la dure réalité : ses prérogatives sur la base de données visée restent minces dans la plupart des cas ou, du moins, le producteur y veille, par l'insertion de clauses savamment rédigées dans ce sens. Cela ne signifie pas pour autant que l'adhésion à de telles licences soit dénuée de tout intérêt. Au contraire : le licencié est mis en mesure d'accéder à des données qui peuvent s'avérer fondamentales pour l'exercice de sa profession. L'investissement dans une base de données s'avère alors essentiel, voire indispensable. Ensuite, reste à définir le contrat le plus adapté à celui qui en fait la demande.

873. Toutefois, les licences appellent une contrepartie financière susceptible de freiner leur adhésion. Une telle tendance s'accroît d'autant qu'au même moment que

s'est créée l'Internet, sont nés les moteurs de recherche, outils essentiels permettant la navigation. Or, parmi les caractéristiques de l'Internet que sont l'anonymat et la liberté, figure la gratuité, à nuancer. Une question se profile alors : que vont respectivement apporter les outils de recherche et les contrats de référencement par rapport aux bases de données et à leurs licences d'utilisation ?

874. En premier lieu, s'agissant du principe de gratuité de l'accès à Internet, il fait référence à la possibilité pour tout internaute de faire appel à un moteur de recherche ou un annuaire, outil gratuit, libre d'utilisation. Il permet aux internautes ne disposant pas d'adresses ou d'URL précises de rechercher et de trouver les sites susceptibles de les intéresser car, renfermant les informations demandées. Il leur suffit de choisir un moteur de recherche ou un annuaire -celui qui leur plaît le plus, que ce soit pour son interface graphique, ses fonctionnalités, ses rubriques, ou que ce soit pour sa structure, sa « mécanique », son automatisme ou encore sa facilité d'utilisation...- puis, d'écrire dans la fenêtre spécialement prévue à cet effet les mots-clés permettant d'aboutir au résultat souhaité. Ensuite, tout est entre les mains de l'outil de recherche, si l'on peut dire, qui aura pour tâche de sélectionner les sites les plus pertinents en croisant les mots-clés saisis par l'internaute avec les mots figurant dans le code desdits sites. Grâce aux éléments logiciels du moteur de recherche, les données obtenues seront classées et affichées dans un ordre de pertinence à partir de critères propres audit moteur. Ces critères peuvent être le pourcentage de mots figurants dans la recherche, leur indice de popularité ou celui du site affiché... Mais, ils demeurent objectifs, identiques ou similaires à ceux utilisés par les moteurs de recherche concurrents : aucun site ne semble *a priori* « favorisé ». L'étude ultérieure du contrat de référencement nous permettra de nuancer ces propos. Car, l'organisation de l'indexation par les outils reste le résultat de leur liberté éditoriale¹ : autrement dit, ils choisissent librement leurs critères de sélection. De la même façon qu'ils peuvent librement référencer ou non des sites existants, ils peuvent insérer des commentaires sur la présentation desdits sites dans leurs pages de résultats, à condition de ne pas outrepasser leurs droits, c'est-à-dire de ne pas engager leur responsabilité sur le fondement du droit de la presse ou du droit commun. L'idée est que le moteur de recherche doit rester neutre, en toutes circonstances, et se contenter d'afficher les résultats des requêtes des internautes selon un ordre dont il est seul juge. En général, ces résultats seront affichés selon leur degré

¹ Conseil de la concurrence, 9 juin 2000, D juin. 2000. AJ. 391, obs. Manara ; CCE 2000, comm. n° 119 par Decocq.

de pertinence et selon la fréquence des demandes identiques et similaires des internautes.

875. Le résultat de la recherche dépend alors des mots indiqués par l'internaute, de la manière dont le site a été référencé, et dont ces informations sont croisées par le moteur de recherche. D'où, la nécessité pour chacun des acteurs de remplir correctement son rôle : l'internaute doit mentionner des mots-clés pertinents, susceptibles d'aboutir naturellement au résultat demandé, tandis que le moteur de recherche doit recenser les mots-clés les plus fréquemment utilisés par les internautes, y compris les plus improbables, et même, ceux mal orthographiés. L'intérêt étant d'être le moteur de recherche le plus populaire. Car, le succès de celui-ci le conduit à développer diverses activités publicitaires lui procurant des ressources substantielles. C'est pourquoi, affirmer que l'Internet est gratuit est relatif. En outre, si l'utilisation d'un moteur de recherche est gratuite la plupart du temps, celui-ci peut donner accès à des pages web renvoyant elles-mêmes à des sites de bases de données ou à des pages payantes. Enfin, l'activité du moteur de recherche peut inclure, dans certains cas, un partenariat commercial avec un ou plusieurs professionnels officiant sur Internet tels que des cybercommerçants ou des publicitaires. Un tel partenariat se répercutant sur le prix des offres proposées aux internautes. Dès lors, le moteur de recherche contribue à faire reculer la gratuité sur le web -même si ce n'est que de façon indirecte- et de ce fait, participe à l'économie numérique comme n'importe lequel de ses acteurs. En revanche, s'il paraît normal que les moteurs de recherche tirent leurs ressources d'activités publicitaires afin de rentrer dans leurs frais, ce qui l'est moins est de favoriser certains sites d'e-commerce, qui de surcroît, exercent une activité illicite.

876. En second lieu, dire qu'Internet offre l'anonymat n'est pas tout à fait exact si l'on considère qu'à chaque fois qu'une personne se connecte sur les réseaux, elle est identifiée grâce à l'adresse IP de son ordinateur (à moins qu'elle ne surfe anonymement grâce à l'inscription à des sites qui le permettent). Car, il suffit aux autorités, en cas d'infraction, de demander à l'opérateur ou fournisseur d'accès à Internet la liste des connexions et des sites visités pour réduire à néant cet anonymat et remonter jusqu'au moteur de recherche utilisé. De même, les cookies permettent de repérer les internautes,

et plus précisément, leurs habitudes de navigation.¹ En effet, lors des visites d'un site par un internaute préalablement passé par un moteur de recherche, un cookie peut s'installer automatiquement sur son logiciel de navigation. Il s'agit d'un fichier émis par certains sites web, notamment de commerce électronique, afin de laisser sur le disque dur de l'internaute une trace de ses passages. Ce fichier, qui n'apparaît pas aux utilisateurs, est ensuite automatiquement collecté et reconnu lors de toute nouvelle connexion au même site, fournissant ainsi certaines informations sur la fréquence et les habitudes de consultation des internautes. Si le cookie ne permet pas d'identifier l'utilisateur, il enregistre des informations relatives à sa navigation (les pages consultées, le moteur de recherche utilisé, la date et l'heure des consultations...) que le site en question pourra lire lors de ses visites ultérieures. Les cookies donnent alors aux sites d'e-commerce la possibilité et l'opportunité de développer des stratégies commerciales de fidélisation de clients potentiels.

877. Enfin, la liberté sur le web est relative si l'on considère que tous les actes ne sont pas autorisés : les agissements des internautes sont strictement limités par la loi. Toute atteinte à l'ordre public, aux bonnes mœurs, aux droits d'autrui est sévèrement réprimée, et cela, quelques soient les moyens et la forme utilisés. Ainsi, les propos diffamatoires, les marques contrefaisantes... sont interdits sur la toile. Car, la loi ne tolère aucun comportement délictueux, qu'il se déroule dans le monde réel ou dans le monde virtuel. Cela est d'autant plus vrai qu'il est illicite pour un moteur de recherche de permettre d'accéder à des données litigieuses, qu'il s'agisse de textes, d'images, de vidéos... Certes, un moteur de recherche n'est ni hébergeur, ni fournisseur de contenus dans le sens où il a pour unique rôle d'indexer et de référencer des données. Cependant, la jurisprudence a admis que le fait que des informations litigieuses ne figuraient plus sur un site n'empêchait pas la condamnation d'un moteur de recherche qui avait stocké les pages web les contenant. Car, cela permettait à tout internaute d'accéder à loisir à des informations auxquelles il n'aurait jamais dû avoir accès², quand bien même elles auraient été retirées du site d'origine.³ En effet, le risque demeure qu'elles soient reprises par d'autres sites. Par conséquent, il ne suffit pas d'enlever des éléments

¹ L'utilisateur a la possibilité de désactiver librement les cookies par l'intermédiaire des paramètres figurant au sein de son logiciel de navigation.

² TGI Roanne, 27 févr. 2002, Comm. Com. Electr, juin 2002, Comm. n° 83, obs. Ch. Caron ; Expertises 2002, n° 259, p. 177, note C. Chabert et J. Depondt ; JCP éd. E 2003 : à propos d'une marque contrefaite présente dans un moteur de recherche.

³ TGI Paris, référé, 12 mai 2003, *Mlle LP dite Lorie c/ M. G.S. et SA Wanadoo Portails* : était en cause le moteur de recherche *Voilà.fr*.

litigieux d'un site pour qu'ils disparaissent définitivement des réseaux : la technologie du moteur de recherche est telle qu'elle permet un archivage et une conservation automatique et robotisée de données sur une durée illimitée, si tel est le souhait du créateur du moteur de recherche concerné. C'est sur cette durée qu'il faut se focaliser afin d'éviter tout débordement et tout dépassement de son champ de compétences par un moteur de recherche, ainsi que tout litige ultérieur.

878. Le référencement des sites par les moteurs de recherche et les annuaires sera alors au cœur des débats. Car, il implique une activité d'indexation et d'affichage de résultats pouvant, dans certains cas, être contestables par leur légitimité. En effet, lorsque l'internaute sollicite une information à partir d'un outil de recherche, il va le faire en recourant à des mots contenus dans les fichiers indexés et référencés par lesdits outils. Le résultat affiché sera alors une liste de pages web ou de fichiers contenant le ou les mots saisis. Or, le moteur de recherche comme l'annuaire ne sont que des intermédiaires techniques : ils ne sont pas les auteurs des documents ou articles litigieux susceptibles de figurer dans certains sites, ni ne les mettent en ligne. Leur tâche reste purement technique. Cependant, le choix des mots peut causer un préjudice à autrui. Est-ce réellement suffisant pour engager la responsabilité de ces outils ? N'ouvre-t-on pas la voie à leur responsabilité sans limite ? Quelle est la position de la jurisprudence sur ce point ? Régulièrement confrontée à cet exercice périlleux, la détermination de la responsabilité des moteurs de recherche s'avère complexe.

879. Les moteurs de recherche et les annuaires consistent donc des antidotes aux bases de données classiques en raison de la souplesse de leur régime et des atouts qu'ils présentent. D'ailleurs, à ce propos, la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique¹ leur a accordé une immunité de principe² dans son article 6³, en

¹ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dite « Loi LCEN », J.O.R.F. n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168, texte n° 2. Elle transpose la Directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (dite « Directive sur le commerce électronique »). J.O.C.E. n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1-16.

² Loi pour la confiance dans l'économie numérique, une immunité relative des prestataires de services Internet, Comm. Com. Electr. 2004, Etude n° 28, L. Grynbaum. *La responsabilité des acteurs de l'Internet dans la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, Ch. Hugon, Contrats, Conc., Consom. 2004, Etude n° 15.

³ Art. 6 loi LCEN : « Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la

raison des critères automatiques, mécaniques et robotisés qui les caractérisent, et qui, de ce fait, n'impliquent pas un rôle actif de leur part dans la commission d'infractions relatives à la mise en ligne de contenus illicites. Si la loi fait échapper à toute responsabilité les intermédiaires techniques tels que les fournisseurs d'accès à Internet, les hébergeurs de sites, les prestataires de stockage... sans mentionner expressément les moteurs de recherche et les annuaires, ils sont considérés comme implicitement visés, à condition de remplir uniquement un rôle passif et neutre sur les réseaux. Ils n'ont pas pour rôle de rechercher et de vérifier les contenus des sites auxquels ils renvoient : leur responsabilité est allégée car, il n'est pas logique d'incriminer des acteurs ne jouant aucun rôle dans la fourniture de contenus illicites.

880. Toutefois, quelques évolutions en la matière se sont produites : en même temps qu'a explosé le nombre de sites web, des outils de recherche en tout genre ont vu le jour, entraînant par là-même, des difficultés pratiques et juridiques. Outils entièrement automatisés, ils sont conçus pour permettre à l'internaute de trouver les données qu'il souhaite consulter, conserver ou imprimer... Si de tels objectifs paraissent louables en amont, la « machinerie » qui se trouve en aval a parfois tendance à « se coincer » et à poser quelques problèmes, ce qui a amené la jurisprudence à les recenser et à déterminer la responsabilité des outils de recherche, celle-ci n'étant pas prévue par la loi.

881. A la fois véritable « pass » ouvrant la porte à un univers virtuel et intermédiaire technique, le moteur de recherche se veut l'un des maillons indispensables de la chaîne constituée par les réseaux, un acteur majeur de l'indexation. La toile ainsi tissée par les acteurs de l'Internet et scrutée en permanence par les moteurs de recherche n'a de cesse de dévoiler et de faire naître des difficultés et des lacunes en la matière. Si de tels outils représentent des moyens d'accéder à l'information auquel le monde numérique ne peut désormais plus se passer, les problèmes qui en découlent ne sont pas négligeables. Ils résulteront notamment du référencement des fichiers et plus précisément des résultats de celui-ci. Le contrat de référencement tentera notamment de remédier à ces difficultés.

demande d'un destinataire de ces services si elles n'avait pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible. »

De plus, ces personnes « ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible (...). »

882. Enfin, la réponse à la question de savoir en quoi le contrat de référencement est un antidote aux licences d'utilisation de bases de données, se trouve dans les obligations des parties (supra n° 899 s.).

Section 2 : Le contrat de référencement où l'expression de relations équilibrées

Au préalable, il est nécessaire d'expliquer pourquoi le contrat de référencement est si utile pour les acteurs du web (A) avant d'envisager son analyse détaillée (B).

A) De l'utilité du contrat de référencement

883. Le contrat de référencement est un contrat stratégique car, offre à la partie dénommée « client » la garantie de la visibilité de son site web sur la toile. Cela n'est pas négligeable car, un site non référencé est un site inutile, qui n'existe pas, autrement dit, un site mort. De même, par comparaison avec le monde analogique, une société commerciale dont l'emplacement n'est pas avantageux ou encore qui est située dans un lieu isolé, ne risque pas d'attirer de nombreux clients et risque de mettre rapidement la clé sous la porte. Sur les réseaux, la situation n'est pas différente : un site web dont personne ne connaît ni l'URL, ni l'existence, risque de connaître quelques déboires s'il est mal positionné dans le cyberspace. Et c'est justement du référencement que va dépendre le succès ou l'échec d'un site : pour trouver celui-ci, le référencement auprès des outils de recherche va servir de boussole en quelque sorte et va aider les internautes à trouver sa trace ou sa piste dans ce vaste paysage que constitue la toile. D'ailleurs, pour certains, les outils de recherche « *sont aux cybernautes ce que les points d'eau sont aux nomades du désert. Indispensables à la survie, ils sont des lieux de passage forcés.* »¹ C'est pourquoi, le référencement doit être de qualité, dans le sens où il doit permettre de positionner les sites parmi les premiers résultats de recherche des outils tels que les annuaires ou les moteurs de recherche. Ainsi, les métatags ou mots-clés placés dans le code-source des sites doivent permettre leur repérage efficace et rapide par ces outils : leur choix est donc déterminant.

884. Par ailleurs, si le référencement est fondamental, c'est parce que le titulaire d'un site web a pour objectif de rentabiliser son site, de tirer un maximum de bénéfices de son exploitation. Bien entendu, est écartée ici l'hypothèse du site institutionnel qui a

¹ *Les glaneurs d'informations sur Internet se perfectionnent*, F. Pisani, Le Monde, 6 mai 1996, p. 19.

pour seule vocation l'information au sens strict du terme, et qui n'exerce aucune activité commerciale. Pour parvenir à exploiter de façon exponentielle un site, celui-ci se doit donc d'être le plus compétitif possible. Le choix du référenceur est alors important : il sera de préférence un professionnel capable d'assurer la meilleure position du site visé sur les réseaux, de le répertorier de façon optimale et, pourquoi pas -et c'est le but recherché- de lui fournir un emplacement parmi les premiers résultats donnés par les principaux outils de recherche. Les compétences du prestataire-référenceur sont donc mises en avant : le titulaire d'un site optera avant tout pour un professionnel aux qualités reconnues par la profession, car d'un tel choix dépendra la notoriété de son site. Il s'agit d'un choix stratégique pris en connaissance de cause.

885. Si l'objet du contrat de référencement est simplement de référencer un site web sur les réseaux, son intérêt est d'optimiser et de promouvoir ledit site, de façon à lui donner une visibilité durable sur la toile, afin de générer un trafic dense et un chiffre d'affaires conséquent. Le but étant d'attirer de nombreux visiteurs et clients et, *in fine*, de définir les stratégies du « meilleur » référencement, ou du moins, pour le site concerné. L'intérêt du référencement dépasse alors l'objet du contrat y afférent, et va bien au-delà. C'est pourquoi, rédiger un contrat de référencement est tout un art en même temps qu'une action de stratégie marketing dont l'un des volets est la recherche des mots-clés correspondant le plus au site visé car, définissant ses besoins et mettant en adéquation ses contenus et ses services proposés aux internautes. Qualité et pertinence du référencement doivent ainsi ressortir du contrat et représenter les lignes de conduite du rédacteur dudit contrat. Le contrat de référencement tiendra également compte de la concurrence entre les sites web, de la pertinence du trafic des pages visitées et, par conséquent, devra être évolutif. Plus précisément, il sera nécessaire d'inclure une clause permettant de modifier le référencement du site concerné, dans l'intérêt de celui-ci, afin d'améliorer et d'anticiper les changements. Le référencement étant amené à fluctuer dans le temps, notamment en fonction des popularités des uns et des autres. Car, le référencement doit s'adapter à tout ce qui l'entoure et son environnement est mouvant et diversifié. Une obligation d'adaptation à la charge du référenceur ne sera donc pas de trop.

886. Enfin, pour qu'un contrat de référencement produise les effets voulus, il doit être le reflet d'une certaine veille en la matière (supra n° 912 s.). Car, comme indiqué à

plusieurs reprises, la concurrence est difficile entre les sites Internet. C'est pourquoi, il est souhaitable que le contrat de référencement prévoie une clause relative à la veille concurrentielle. En d'autres termes, il s'agira pour le prestataire du référencement de connaître les points forts et la stratégie de ses concurrents, afin de donner toute information utile à son cocontractant -le client- en temps réel et de manière efficace, sur l'état actuel du marché. L'intérêt est de lui permettre de mieux appréhender, d'anticiper, et d'agir sur son propre marché afin de développer son chiffre d'affaires et d'atteindre les objectifs commerciaux qu'il s'est fixés. Cette obligation de veille concurrentielle (supra n° 912 s.) sera de préférence une obligation de moyen pour des raisons évidentes. Elle implique un réel investissement de la part du prestataire afin de référencer au mieux, de façon efficace et durable, le site de son client. En effet, le prestataire sera notamment tenu de surveiller et d'analyser les « *backlinks* »¹ des sites concurrents, c'est-à-dire les liens entrant, venant des sites extérieurs.

887. Avant de rentrer dans l'analyse détaillée des clauses du contrat de référencement, il est nécessaire de préciser que comme tout contrat, les principes qui le régissent sont ceux de la bonne foi, de la transparence et de la loyauté entre les parties. A cela, s'ajoute le fait que le tronc commun des contrats concerne également les contrats de référencement. Ainsi, les clauses habituelles d'objet, de durée, de prix, d'obligations des parties, de responsabilité, de garanties, de force majeure, de résiliation... y ont leur place. Bien entendu, ces clauses seront rédigées de manière spécifique, en tenant compte de la nature, des caractéristiques et de l'esprit du référencement envisagé. Enfin, d'autres clauses seront davantage propres au référencement : leur finalité est de l'optimiser.

B) De l'équilibre au sein du contrat de référencement dès sa formation

Le contrat de référencement est un contrat simple, s'agissant de son mode de conclusion et des effets créés (1). Dès sa formation, il révèle un certain équilibre au sein des relations contractuelles : son préambule en pose le cadre (2), et sont données les définitions des termes techniques qu'il renferme (3). Son objet stratégique sera déterminé avec soin (4), de même que les obligations des parties (5). Le prix du

¹ Liens entrant, venant du même site ou d'un site extérieur (par défaut, on suppose qu'il vient de l'extérieur). Par exemple, si la page B fait un lien vers la page A, on dit que B est un backlink de A. Si les pages A et B font partie du même site, on dit que le backlink est interne. A défaut, il est externe.

référencement (6) et la durée (7) représentent également des éléments importants à considérer dans un montage qui se veut souple et aux effets égalitaires.

1) Le contrat de référencement, un contrat simple

888. Le contrat de référencement et plus précisément les conditions du référencement qu'il renferme sont déterminées avec force et rigueur. Ainsi, les modalités d'exécution du contrat devront suivre une schématique particulière. En premier lieu, la construction du contrat obéit à une structure d'ensemble. Cette structure, si de prime abord, ressemble à celle de tout contrat, révèle un contenu spécifique. En effet, le contrat de référencement, bien qu'existant depuis quelques années déjà, n'en reste pas moins un contrat des plus « récents », né en même temps que l'Internet et que les sites web. En second lieu, ce contrat nécessite une approche des plus originales, et notamment des plus pragmatiques et raisonnées, sur la base de la pratique même du référencement. Par rapport aux licences d'utilisation des bases de données dont ils constituent l'antidote, les contrats de référencement sont plus souples et comportent des dispositions moins sévères. Surtout, leur conclusion se fait de façon plus aisée et leur principale préoccupation demeure les intérêts du référencé. Ainsi, la plupart du temps, ces contrats seront conclus en ligne et seront d'adhésion, c'est-à-dire sans possibilité de négociation. La considération de la personne des cocontractants importera peu, dans la mesure où le référenceur ne sera pas très « regardant » quant au titulaire du site à référencer. Ce dernier cherchera en revanche un prestataire dont les compétences sont reconnues en matière de référencement : de son côté, le contrat sera conclu *intuitus personae*, sachant que cette remarque doit être nuancée, les référenceurs se valant quasiment tous sur un plan professionnel.

889. Dans le cadre des présents développements, il sera donc question de contrats de référencement conclus en ligne, d'adhésion et concernant deux professionnels : le référenceur et un titulaire de site de commerce électronique. Dès lors, il ne sera pas possible pour le référencé d'imposer l'insertion d'une clause précisant que la législation de l'Etat où il réside et dont il a la nationalité est la seule applicable, ni que les juridictions de cet Etat sont seules compétentes en cas de conflit. Le contrat sera alors soumis à la loi du référenceur car, étant un prestataire susceptible d'intervenir dans le monde entier, il préférera, pour des raisons pratiques, déterminer comme loi applicable celle du territoire dont il est le national, et comme juridiction compétente, celle du

territoire où il est domicilié. En effet, outre sa fonction qui consiste à demander l'enregistrement de sites auprès d'outils de recherche, le référenceur peut avoir pour mission d'établir des liens pour des sites Internet de titulaires relevant de lois nationales différentes de la sienne. Dans tous les cas, si l'on considère que le contrat de référencement peut être assimilé à un contrat de droit international privé régi par la Convention de Rome du 19 juin 1980¹, la situation du référenceur peut être organisée par ses dispositions dont l'article 3² relatif au principe de l'autonomie de la volonté des parties, et l'article 4.2 désignant comme loi applicable celle du lieu où « *la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle.* » Car, le contrat présente les liens les plus étroits avec un tel Etat (art. 4.1 de la Convention de Rome). Et en cas de litiges mettant en cause deux Etats membres de l'Union Européenne, le juge compétent sera celui du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse.³

890. Ces observations permettent d'écarter tout débat quant à la détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente. Mais, si le référencé est un consommateur, il bénéficiera des règles protectrices du droit de la consommation, notamment en matière de juridiction compétente et de loi applicable.⁴

¹ Convention de Rome 80/934/CCE du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée en vigueur en France le 1^{er} avril 1991 (J.O.C.E. L 266 du 9 octobre 1980). Cette convention a permis d'unifier les règles de conflit au sein des Etats membres de l'Union Européenne et au-delà : elle s'applique sans condition de réciprocité, son article 2 disposant : « *La loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un Etat non contractant.* » Elle est remplacée par le règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 « *Rome I* » sur la loi applicable aux obligations contractuelles (J.O.C.E. L 177 du 4 juillet 2008), applicable aux contrats conclus à compter du 17 décembre 2009.

² Art. 3.1 : « *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.* » Dans un contrat d'adhésion comme le contrat de référencement, c'est le prestataire qui choisit la loi applicable.

³ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O.C.E. n° L 012 du 16 janvier 2001, p. 1 à 23. Son article 5 dispose que : « *Une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite, dans un autre Etat membre : 1 a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.* »

⁴ Art. 5.2 de la Convention de Rome : « *Le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle : si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat (...).* »

2) Le préambule

891. Si pour certains, le préambule est facultatif, il s'avère en réalité utile pour l'analyse du contrat dans sa globalité car, permet d'appréhender son objet, sa teneur, sa portée, le ou les enjeux en cause, les objectifs et les intérêts des parties... Le contrat de référencement ayant pour objet une véritable prestation de services entre un professionnel du référencement et un client, le préambule doit annoncer les bases de leur accord afin que la prestation se déroule dans des conditions optimales. C'est pourquoi, sa rédaction ne doit pas être négligée.

892. Ainsi, le préambule rappelle, en quelques lignes, les raisons qui motivent l'accord intervenu, autrement dit, les motifs ayant conduit les parties à s'engager ; il détermine leur intention commune et consiste essentiellement à expliciter leur situation. S'il y a lieu, il rappellera leurs relations contractuelles antérieures. Tout cela peut devenir nécessaire par la suite, en particulier en cas de problèmes d'interprétation ou de litiges. Le préambule aidera alors les parties à s'orienter et révélera un grand intérêt pratique. C'est pourquoi, à ce stade, il faut réfléchir à l'opportunité d'une stipulation tendant à faire table rase du passé et à écarter toute contrainte relevant de certains éléments de la période précontractuelle. De même, le préambule éclairera les parties sur ce qu'elles recherchent en s'engageant, et sur les enjeux financiers et commerciaux de l'opération que constitue le référencement. A ce titre, il s'agit d'un véritable guide de lecture.

893. Par ailleurs, le préambule sert aussi à rappeler l'historique des relations entre les parties, retraçant leurs objectifs poursuivis, la nécessité d'une collaboration active entre elles, ainsi que la compétence du prestataire : tout cela est important dans la mesure où il est nécessaire de déterminer si l'un ou l'autre des cocontractants est tenu à une obligation de moyen ou de résultat. Par conséquent, pour le contrat de référencement comme pour tout contrat, le préambule doit poser les bases d'une relation contractuelle saine, dépourvue de toute ambiguïté. Les principes d'une collaboration entre référenceur et référencé ou client seront posés, ainsi que les exigences de chacun quant au référencement envisagé.

3) La clause « Définitions »

894. La clause relative aux définitions a le mérite d'expliciter le vocabulaire technique et/ou juridique, et peut s'avérer très utile dans le contrat de référencement où les termes complexes pour les référencés profanes ne manquent pas. Malheureusement, certains contrats ne comportent pas une telle disposition, pour une raison ou une autre, ce qui est regrettable. Les risques de problème d'interprétation sont alors plus grands, et de même, par conséquent, les risques de litiges entre les parties.

895. En premier lieu, le mot « référencement » doit être impérativement défini. Il consiste en l'inscription ou l'enregistrement d'un site web dans la base de données d'un outil de recherche tel qu'un moteur de recherche ou un annuaire. Le référenceur doit alors préciser le sens de mots tels que « moteur de recherche », « annuaires » ou « enregistrement », pour éviter toute ambiguïté de la part du référencé, et cela, même si leur définition semble évidente. En second lieu, seront définis les termes désignant les parties ou toutes personnes amenées à intervenir dans l'opération contractuelle. De plus, outre certains termes qui ne peuvent avoir qu'une définition, il est possible pour les cocontractants de fixer eux-mêmes le sens de certains mots. Bien entendu, cela ne concernera que les termes qui doivent répondre à une définition particulière en fonction du contexte envisagé. D'un point de vue pratique, il est fortement conseillé de se limiter aux définitions des termes essentiels et de les écrire en majuscules (seule la première lettre est en majuscule en général) ou en italique, chaque fois qu'ils seront dans le corps d'une disposition contractuelle. Les définitions se situent habituellement en début de contrat, dans un article spécialement prévu à cet effet, ou en annexe, autrement dit, à la fin. L'intérêt de cette clause est de permettre l'emploi de termes particuliers tout au long du contrat sans avoir à les expliquer à chaque fois, ce qui évitera les redites, les périphrases, les confusions, voire les contradictions... puisqu'il suffira de se référer aux définitions mentionnées en cas de doute.

4) L'objet du contrat

896. Le contrat de référencement consiste pour un prestataire de référencement appelé « référenceur » à proposer à une personne appelée « client » ou « référencé », qu'il s'agisse d'un professionnel ou d'un particulier, la réalisation du référencement et du positionnement de son ou de ses sites web auprès d'annuaires, de moteurs de

recherche, voire de portails¹, de pages d'accès à Internet, ou auprès d'un autre site. Concrètement, il s'agira d'inscrire ou d'enregistrer le ou les sites visés dans la base de données d'un outil de recherche prédéterminé par les parties ou choisi par le référenceur -grâce à ses compétences et son expérience- au mieux des intérêts de son cocontractant. Le but premier du référencement sera donc de rendre repérable le site qui en est l'objet par le plus grand nombre. Car, de nombreux sites demeurent inconnus du public, et de ce fait, ne sont guère exploités. Grâce au référencement, le site visé sera bien « implanté » car, bénéficiera en quelque sorte d'une publicité sur la toile en permettant aux internautes d'être dirigés vers lui, lorsqu'il existera une concordance entre les mots-clés de la requête qu'ils formuleront et ceux délivrés aux outils de recherche par le référenceur ou le titulaire du site.² Le référenceur aura alors pour mission de faire en sorte que les pages de résultats des moteurs ou annuaires contiennent les adresses électroniques des sites de son client et, de préférence, en première position.

897. Pour mettre en valeur ces sites sur la page de résultats, il indiquera éventuellement la mention « *sites recommandés* » ou « *sites référencés* » afin de renforcer davantage leur présence sur les réseaux, sachant que l'insertion d'une telle mention se répercutera sur le prix de la prestation (supra n° 927 s.). Il insèrera également sur son propre site une icône présentant sommairement le site référencé et offrant un accès direct vers celui-ci. Car, le client peut souhaiter que son site soit répertorié selon un certain « éclairage » et dans ce but, peut laisser au prestataire carte blanche, si ce n'est une large marge de manœuvre, pour le mettre en valeur. Dès lors, l'objet du contrat de référencement est déterminant. La présente étude ne concernera que le référencement de sites auprès des moteurs de recherche et des annuaires. Ne sera pas envisagée l'hypothèse du « référencement affiliation » (voir Seconde Partie, Titre II, Chapitre II), ni celle du référencement sans intermédiaire, c'est-à-dire du contrat directement conclu par un titulaire de site auprès d'un outil de recherche jouant le rôle d'agent de référencement. Le référencé passe ici par un intermédiaire de référencement qui effectue des actes en son nom et pour son compte : le contrat de référencement peut donc s'analyser comme un contrat de mandat (art. 1984 et s. C. civ.), et le référenceur, comme le mandataire du client (le référencé) chargé d'enregistrer son site auprès

¹ Par exemple, les portails : « *Voilà.fr* », « *Free.fr* » ou « *Lycos.com* ».

² *Les contrats de référencement dans Internet*, CCE mars 2001, chron. n° 8, A. Diméglio. *Les contrats spéciaux des réseaux numériques*, in *Le contrat électronique*, J. Larrieu, Travaux de l'association Henri Capitant, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 85. *L'ingénierie des mots*, J. Larrieu, Libre Droit. Mélanges Ph. Le Tourneau, D. 2008, p. 604 s.

d'outils de recherche. En contrepartie, le client mandant le rémunère et l'indemnise lorsqu'il subit des pertes financières au cours de sa mission. Tout cela devant bien entendu être précisé au contrat. Dès lors, la clause relative à l'objet pourra s'exprimer comme suit : « *Le présent contrat a pour objet de déterminer les conditions dans lesquelles le référenceur assurera le référencement du site du client auprès des outils de recherche, portails ou annuaires pour permettre à ce site d'être répertorié et de lui assurer une bonne visibilité.* »¹ Ou comme ceci : « *Le présent contrat a pour objet de définir les conditions dans lesquelles le Prestataire s'engage, sous sa responsabilité, à réaliser la Prestation de référencement suivante (la décrire). L'objet est défini dans le présent contrat et les documents en annexe qui expriment la totalité de l'accord intervenu.* »

898. La clause objet est donc indispensable car, définit aussi précisément que possible, en une ou deux phrases, la prestation attendue. Elle clarifie également de façon succincte la nature des obligations des parties et pose la première pierre à l'édifice du contrat. De nombreux contentieux naissant en raison d'une rédaction insuffisante de la clause relative à l'objet, il est nécessaire de la rédiger avec soin, afin de savoir ce qui entre effectivement ou non dans son champ d'application. Car, de l'encadrement des relations entre parties dépendra le déroulement de l'exécution du contrat. C'est pourquoi, rien ne doit être laissé au hasard dans la rédaction de la clause relative à l'objet, et de façon générale, dans celle du contrat de référencement tout entier.

5) Les obligations des parties

Comme tout contrat, le contrat de référencement implique des obligations pour chaque partie : d'une part, pour le prestataire référenceur (a) et, d'autre part, pour le client référencé (b). Celles-ci doivent être strictement et correctement déterminées afin d'éviter tout conflit ultérieur, et surtout, afin d'assurer la faisabilité de la relation contractuelle ainsi que sa durabilité. Car, une bonne rédaction n'en sera que bénéfique pour la distinction entre leurs obligations respectives, ainsi que pour la lecture et la compréhension du contrat.

¹ Annexe n° 13 : Article 1^{er} : « *Objet* », *Contrat de référencement*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, édition Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 247.

a) Les obligations du prestataire référencier

899. La clause relative aux obligations du prestataire est indispensable car, il est nécessaire de connaître exactement la nature et l'étendue de ses devoirs. Le référencier est tenu d'exécuter plusieurs obligations : celle de référencer (i), celle d'informer, de conseiller et de mettre en garde son cocontractant (ii), celle d'assurer une maintenance (iii), ainsi qu'une veille concurrentielle (iv). Il est entendu que l'ensemble de ces obligations sera accompli dans le seul intérêt du client. Dans l'éventualité où le référencier n'exécutera pas ses obligations ou ne les exécutera pas conformément aux dispositions du contrat, il engagera sa responsabilité à l'égard de son cocontractant.

i. L'obligation de référencer

900. La principale obligation du prestataire est bien entendu de référencer le site de son client sur les réseaux, c'est-à-dire de mettre en ligne certaines informations sous forme de liens, pour permettre aux internautes d'y accéder directement. D'où, la forme et la présentation de ces liens doivent obéir à certains critères. De plus, le référencement devra être établi dans les meilleurs délais et selon des conditions prédéfinies. Les modalités d'indexation seront également précisées (référencement manuel¹, automatique, à l'aide d'un logiciel ou par liens sponsorisés), ainsi que l'ensemble des services proposés pour optimiser le référencement du site concerné auprès des outils de recherche. Dans une certaine mesure, l'obligation de référencer peut être assimilée à une obligation de publication. Néanmoins, une mise en garde doit être observée : tout ne peut être mis en ligne, ni de n'importe quelle manière. L'auteur du référencement suivra les directives que le contrat prendra soin d'énoncer. Non seulement les liens créés devront obéir à certaines spécifications et exigences posées par le client, mais la présentation du site à référencer devra respecter certaines règles de moralité, ainsi que la Nétiquette², afin que le référencement ne lui porte pas préjudice, « *de quelque manière*

¹ En général, les professionnels du référencement choisissent le mode manuel car, permet d'obtenir un meilleur classement, tout en considérant les particularités du site visé.

² Le mot « Nétiquette » évoque trois mots : « Net », la contraction d'Internet ; « éthique », respect d'un comportement social, à adopter volontairement ; et « étiquette », code de conduite. Il s'agit d'une charte qui définit les règles de bonne conduite, de respect et de politesse sur les réseaux pour tous les utilisateurs de l'Internet, autrement dit, d'un code implicite accompagné de sanctions qui naissent spontanément. Le document officiel définissant les règles de la Nétiquette est la « RFC (Request For Comments) 1855 », diffusée en octobre 1995 (<http://tools.ietf.org/html/rfc1855>). S'y ajoutent des règles supplémentaires relatives aux spécificités des différents médias. Malheureusement, ces règles n'ont pas été actualisées pour couvrir les médias plus récents (forums, wikis (sites web dont les pages sont modifiables par tout ou partie des visiteurs du site et permettant l'écriture collaborative de documents), blogs, vidéo-

que ce soit ». Cette dernière expression très vague sera utilisée dans le contrat pour y inclure tous les moyens susceptibles de nuire aux intérêts du client, moyens prohibés. Le référenceur veillera à ce que les outils de recherche choisis n'indexent pas des pages aux contenus illicites sur le site de son client. En résumé, il assurera le respect des droits de ce dernier, notamment en ne modifiant, ni en n'altérant les liens du référencement qu'il aura lui-même réalisés. Car, dans certains cas, la participation du référencé à la prestation est active : il peut décider de la présentation de son site (supra n° 921 s.). Le rôle du référenceur sera d'offrir un accès direct au site référencé au moyen de liens hypertextes sagement mis en place, respectueux de ses valeurs, de son image (pour la présentation du site, la taille et l'emplacement de l'icône, du clip ou du module ...), afin de le promouvoir aux yeux des internautes et de les inciter à le visiter. Ce sera comme si un panneau directionnel était placé dans le cyberspace, indiquant le chemin à suivre pour accéder au site du client et montrant l'intérêt de s'y rendre. Mais, il faudra s'assurer que les liens établis pointent bien vers le site en question.

901. Les liens établis par le référenceur seront de deux types : les liens simples et les liens profonds. Les premiers ont pour unique fonction de donner accès à la page d'accueil du site référencé, de pointer vers elle et, par définition, sont licites¹. Car, ils ont été implicitement autorisés par tout opérateur du réseau Internet et la toile ne peut exister sans eux.² Ils peuvent reproduire des marques du client par application de l'art. L. 713-6, b) CPI³ lorsque cela est nécessaire pour évoquer les produits ou les services qu'elles désignent, à condition qu'il n'y ait pas contrefaçon, ni risque de confusion dans l'esprit du public.⁴ En insérant de tels liens, une publicité est réalisée pour des biens ou prestations et, par conséquent, pour celui qui les fournit. Quant aux liens profonds, ils

conférences...), les nouveaux standards (Unicode, XML...) et les dernières technologies (haut débit, VoIP...).

¹ CA Paris, 19 septembre 2001, *Société NRJ*, D. 2002, AJ 643, obs. C. Manara. En l'espèce, le référencement constituait un acte de concurrence déloyale car, lorsque l'internaute arrivait sur le site en cause, il se trouvait en présence de propos dénigrant la société référencée.

² T. com. Nanterre, référé, 8 novembre 2000, *Stepstone France*, Expertises 2001, p. 200. TGI Nice, 7 février 2006, *TWD Industries c/Google*, D. 2006, AJ 575, obs. C. Manara ; PIBD 2006, III, p. 827.

³ « L'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme : référence nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service (...), à condition qu'il n'y ait pas de confusion dans l'origine ».

⁴ CA Paris, 19 octobre 2001, *Sté Wolke Inks*, CCE 2002, n° 3, note Ch. Caron, 2^{ème} esp. ; PIBD 2002, III, p. 259 : la contrefaçon était ici retenue car, le lien en cause créait un risque de confusion chez le public. Idem pour CA Aix-en-Provence, 10 mars 2004, *Legalis.net* 2004/4, p. 104 (liens renvoyant à des sites proposant le téléchargement illégal de jeux) ; ou TGI Paris, 4 février 2005, *Vuitton c/Google*, D. 2005, 1037, note C. Hugon (liens renvoyant à des sites proposant des produits contrefaisants de la marque *Vuitton*). En revanche, TGI Nice, 7 février 2006, *TWD Industries c/Google*, précité : les liens visés ne sont pas de nature à induire en erreur, ni à créer un risque de confusion dans l'esprit du public.

ont pour objet de renvoyer directement vers les pages secondaires du site du client, sans passer par sa page d'accueil, et nécessitent une autorisation. A défaut, différents délits pourraient être relevés comme la contrefaçon de marque¹, l'extraction frauduleuse d'une partie substantielle d'une base de données² (Première Partie, Titre I, Chapitre II), le parasitisme (art. L. 713-5 CPI protégeant les marques notoires et les marques renommées en raison de leur ancienneté, de leur reconnaissance par le public et des investissements consacrés à leur promotion)³ ou encore la concurrence parasitaire et les agissements parasitaires si les entreprises visées ne sont pas concurrentes⁴. La responsabilité serait à rechercher auprès du référenceur, ainsi que des moteurs de recherche et annuaires.⁵

902. Lorsque les liens profonds sont combinés avec la technique du « *framing* »⁶ et que l'internaute est renvoyé vers un site aux contenus illicites, ou vers les pages secondaires du site du client sans passer par sa page d'accueil, des sanctions sont encourues. On parle de « *graffitis virtuels* » (appelés aussi tags) consistant à « polluer » les données de transmission d'un site par des informations non visibles à l'écran, mais reconnues par les moteurs de recherche. L'internaute qui effectue une recherche n'est

¹ TGI Paris, 5 septembre 2001, *Sté Cadremploi c/Sté Keljob*, PIBD 2001, III, p. 578 ; Legalis.net 2001/3, p. 94. CA Paris, 19 octobre 2001, *Sté Wolke Inke & Printers*, Juris-Data 159030. TGI Nanterre, 14 décembre 2004, *CNRRH c/Google*, Expertises 2005, p. 355.

² TGI Paris, 14 novembre 2001, *Sté Ed. Neressis c/Sté France Télécom*, PIBD 2002, III, p. 255.

³ TGI Paris, 3^{ème} ch., 12 décembre 2007, *Syndicat de la literie c.Google*, www.legalis.net; Propr. Ind. 2008, n° 11, obs. P. Tréfigny. En l'espèce, l'usage comme mot-clé de la marque semi-figurative collective « *Belle literie* » pour créer des liens commerciaux en faveur de concurrents, représente un usage injustifié de sa renommée, méritant sanction.

⁴ T. com. Paris, Réf., 26 décembre 2000, *Sté Havas Numérique et cadres on line c/Sté Keljob*, D. 2001, AJ 1389, obs. C. Manara ; CCE 2001/3, n° 21, obs. Ch. Caron : en l'espèce, les juges ont condamné une société exerçant l'activité de moteur de recherche, non concurrente de la société victime des agissements. TGI Paris, Réf., 8 janvier 2001, *Sté Cadremploi c/Sté Keljob*, CCE 2001, n° 46, note Ch. Le Stanc ; PIBD 2001, III, p. 294, à propos de liens hypertextes profonds permettant de récupérer des pans entiers des données du site visité. Mais : CA Paris, 25 mai 2001, PIBD 2001, III, p. 455, considéra qu'il n'y avait pas de concurrence déloyale. Idem TGI Paris, 5 septembre 2001, précité. CA Paris, 8 septembre 2004, *Sté Sport Auto Galerie c/Sté Porsche*, PIBD 2004, III, p. 657 : est relevé un acte de parasitisme consistant à avoir référencé un site renvoyant à un simple revendeur de pièces détachées, créant dans l'esprit du public un risque de confusion sur l'origine du service offert. CA Paris, 15^{ème} A, 17 octobre 2007, *Sté Life c/Société Ergoline*, CCE 2008, n° 41, obs. M. Chagny ; RJDA 2008, n° 965 : le fait d'utiliser le nom du dirigeant d'un concurrent dans un lien Internet pour promouvoir ses produits créé nécessairement une confusion dans l'esprit des internautes et constitue un acte de concurrence déloyale. Idem United States Court of Appeals for the ninth circuit, 10 mars 1999, *Sté Brookfield Communication, Inc. c/Sté Wewt Coast Entertainment Corporation*, Gaz. Pal. 1999, 2, p. 655, obs. B. Langlois.

⁵ *Les risques numériques à l'épreuve du droit : l'exemple du lien hypertexte*, A. Mendoza-Caminade, RLDI 2008, n° 1312.

⁶ En français, cela se traduit par « encadrement » ou « cadrage ». Il s'agit d'une technique de programmation en code html offrant la possibilité de diviser la fenêtre d'un navigateur web en plusieurs cadres autonomes. Un ou deux cadres sont utilisés pour afficher les menus et les possibilités de navigation, tandis que le cadre principal au centre est utilisé pour afficher le contenu du site. Par exemple, une image présente sur un site secondaire apparaîtra sur le site que visite l'internaute sans qu'il ne s'aperçoive qu'en réalité, l'image provient d'un autre site.

alors pas dirigé vers le site du client, sinon vers des sites aux contenus douteux ou vers un site concurrent de celui qu'il ciblait... De tels agissements sont bien entendu répréhensibles en tant qu'actes de concurrence parasitaire, d'agissements parasites ou de contrefaçon selon les cas.

903. Afin de remplir au mieux sa mission, le référenceur aura notamment pour rôle d'analyser le site de son client, c'est-à-dire de bien le « décrypter », dans le sens où il devra l'appréhender, connaître ses tenants et ses aboutissants, le public qu'il cible... Il créera pour son compte les balises méta de référencement (et procèdera éventuellement à leur correction), voire la page d'accueil du site visé, et choisira les mots-clés dans un but de référencement efficace, afin de permettre aux robots « spiders » des moteurs de recherche de bien prendre en compte lesdits mots-clés. Il « s'appropriera » donc le site pour être en mesure de créer les liens Internet de son référencement. Optimiser le site entrera également dans sa mission avec la réalisation de toutes les opérations nécessaires comme les vérifications et tests, les contrôles réguliers échelonnés dans le temps (vérification que les URL, les pages web ont été prises en compte par les moteurs de recherche, contrôle des descriptions du site réalisés par les annuaires, contrôle des catégories répertoriant le site client, test des réponses sur les mots-clés choisis... en un mot, contrôle que l'indexation du site auprès des outils de recherche prévus ont été effectivement réalisés). Un audit du positionnement du site ou sa reconfiguration complète pourront être envisagés. Bien entendu, le référenceur devra adapter le site -en particulier ses liens hypertextes- à l'évolution de la technique et tiendra compte de son évolution naturelle et de celle de son contenu, ce qui induit une obligation d'adaptation à sa charge, en particulier s'il est indispensable de reconsidérer le référencement initial. Actualiser et mettre à jour le référencement de façon régulière en fonction des nouvelles tendances et de l'apparition de nouveaux outils de recherche sont donc des tâches que doit accomplir tout référenceur. On pourra parler de service de « mise à niveau » du référencement proposé par le prestataire.

904. En outre, un site optimisé aura pour conséquence une navigation aisée des internautes, ainsi qu'une indexation des plus facilitées. C'est pourquoi, en effectuant le travail préalable au référencement tel que précédemment décrit, le référenceur met en valeur le site du client sur le web et « attire » le plus grand nombre. Pour atteindre le succès escompté, il le référencera auprès des outils de recherche les plus performants,

les plus populaires, et l'enregistrera notamment sur les annuaires francophones et anglophones les plus usités, les plus significatifs. Le référencement pourra également être effectué auprès des outils demandés par le client lui-même ou auprès de ceux dont le fonctionnement répond à certains critères notamment de gratuité, mais pas uniquement. A titre d'exemple, il peut être exigé que le rythme de passage des spiders se fasse une fois par quinzaine.¹ L'ensemble de ces tâches sera ainsi personnalisé selon les valeurs et les attentes du client pour que le référencement apparaisse « sur-mesure » et produise le résultat souhaité. Concernant ces valeurs, il s'agira notamment du code éthique du client, de sa politique d'entreprise, des procédures régissant son site... et auxquelles le prestataire devra tenir compte. Un bon référencement et donc, un bon positionnement, auront pour conséquence de favoriser le site visé, ce qui aura des répercussions sur son avenir. S'il n'est pas techniquement possible de rendre omniprésent un site, le minimum que puisse faire un référenceur est de contribuer à son essor sur le web.

905. Mais, en général, cela reste une obligation de moyen car, il est difficile de prévoir à l'avance, au moment de la signature du contrat et même au moment de la phase de négociation, si le site du client sera le premier dans la liste des résultats affichés par les outils de recherche, et cela, même s'il s'agit des outils les plus utilisés sur la toile. Il arrive que certains référenceurs garantissent leur prestation par une obligation de résultat, mais cela demeure rare dans la pratique² car, elle est trop contraignante. Le référenceur s'engagera alors à mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose et ceux prévus par les règles de l'art pour atteindre le but poursuivi, sachant que le client ne pourra lui tenir rigueur de son échec. Il ne pourra garantir les résultats sur des objectifs dépassant l'étendue de ses obligations et, par conséquent, n'engagera pas sa responsabilité en cas de non-succès. De son côté, le client tentera d'imposer une obligation de résultat car, il y a va de son intérêt. Il pourra ainsi exiger un nombre minimum de référencements de son site, tel positionnement dans la page de résultats de tel(s) moteur(s) de recherche, ou telle indexation dans tel(s) annuaire(s) ... à défaut de quoi, il pourrait demander la résiliation du contrat pour inexécution par le prestataire de son obligation de référencement.

¹ C'est ce que prévoit le moteur de recherche Voilà (www.voila.fr/informations/faq.html).

² A titre d'exemple, le référenceur *Netbooster* présente aux clients ses prestations comme suit : « Dans tous les cas, nous garantissons notre travail par une **obligation de résultat** qui vous sera précisée dans notre proposition commerciale. » www.netbooster.com

906. Soit le contrat prévoira que le référenceur est libre de démarcher les outils de recherche qu'il estime intéressants pour le site de son client, soit une liste de certains outils auprès desquels ledit site doit être référencé sera expressément mentionnée au contrat, laissant que peu de latitude au prestataire et impliquant une obligation de résultat. Dans cette hypothèse, le client collabore activement à la réalisation de la prestation. Pour éviter d'engager sa responsabilité, le référenceur insérera au contrat des réserves mentionnant qu'il ne saurait être responsable du refus de référencement du site par les moteurs de recherche et les annuaires.¹ Car, ceux-ci restent libres d'accepter ou non des inscriptions et de déterminer les conditions d'enregistrement. En outre, d'autres dispositions indiqueront que le référenceur n'est pas responsable du mauvais positionnement du site car, celui-ci ne peut prévoir à l'avance que le choix des mots-clés ne sera pas le choix optimal. En effet, bien que le prestataire soit sélectionné en fonction de ses compétences professionnelles, il n'est pas à l'abri de l'échec, même minime : des sites concurrents pourront être mieux indexés. Rien ne saurait garantir au client que son site sera en première position. Pour toutes ces raisons, le prestataire préférera que son obligation soit de moyen plutôt que de résultat. D'ailleurs, si cela n'est pas expressément spécifié au contrat, l'obligation de référencement constituera une obligation de moyen.² Mais, il peut arriver que l'obligation soit qualifiée de résultat en cas de saisine du tribunal, au grand dam du référenceur.³ Car, l'objet du contrat de référencement étant le référencement lui-même, si celui-ci n'est pas réalisé, la sanction la plus appropriée est la résolution.⁴ Le client s'est en effet engagé pour une raison : obtenir le référencement de son site : s'il ne l'obtient pas, il doit être mis fin au contrat. La clause relative à l'obligation de moyen pourra être rédigée ainsi : « *Le référenceur est tenu à une obligation de moyen. Ainsi, il s'engage à mettre en œuvre tous les moyens appropriés et commandés par les règles de l'art pour assurer la bonne exécution de ses obligations et atteindre les objectifs demandés par le Client, étant entendu qu'il ne*

¹ Annexe n° 13 : Article 7 : « Réserves » : « *Les moteurs de recherche, annuaires et portails sont libres de déterminer les conditions d'inscription de sites et le référenceur ne pourrait être responsable en cas de refus de référencement de site du client. Dans ce domaine, le référenceur ne peut avoir qu'une obligation de moyens.* », *Contrat de référencement*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, édition Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 248.

² CA Lyon, 29 juin 2006, *Société Zubieta c/Société Cortex*, Juris-Data n° 313426 ; CCE 2007, p. 28, n° 45, note H. Bitan.

³ CA Montpellier, 2^{ème} ch., 1^{er} juillet 2008, *Synergie sport*, Gaz. Pal. 2009, 1, somm. p. 1440, obs. B. De Roquefeuil et G. Bourge. CA Rennes, 1^{ère} ch. B, 19 septembre 2008, *Société KBC c/Société Roussel*, JCP G 2009, IV, 1711 ; JCP E 2009, pan. 1481 : cette jurisprudence ne qualifie pas l'obligation, mais affirme que l'absence de référencement du site Internet sur les moteurs de recherche, qui était une **obligation essentielle mise à la charge du prestataire, constitue une inexécution du contrat le vidant de tout intérêt, et justifiant sa résolution.**

⁴ CA Montpellier, 2^{ème} ch., 1^{er} juillet 2008, *Synergie sport*, précité ; CA Rennes, 1^{ère} Ch. B, 19 septembre 2008, *Société KBC c/Société Roussel*, précité.

pourra en aucun cas garantir les résultats sur des objectifs dépassant le cadre de ses obligations définies par le présent Contrat. Notamment, il est entendu que le positionnement concurrentiel du Client sur les réseaux dépend d'événements extérieurs que le Référéncieur ne peut en aucun cas maîtriser, et pour lesquels ledit Client ne saurait lui tenir rigueur. » En revanche, la clause relative à l'obligation de résultat pourra être formulée comme suit : « Le Référéncieur est tenu à une obligation de résultat. Il s'engage à accomplir la mission qui lui a été impartie par le Client, dans les meilleurs délais, et cela, conformément aux dispositions du présent Contrat de référéncement. Ainsi, le Référéncieur s'engage à atteindre les objectifs demandés par le Client, quelques soient les moyens utilisés et dont il dispose. Dans l'hypothèse où le Référéncieur ne parviendrait pas au résultat escompté, le Client pourrait exiger la résiliation du présent Contrat, conformément à l'article (le préciser) des présentes. »

907. Enfin, le référéncement devra être conforme à ce qui est prévu au contrat, autrement dit, il devra répondre aux critères prédéfinis et exclura tout ce qui rend difficile ou impossible son bon déroulement, ainsi que le résultat attendu par le client. Pour y parvenir, le prestataire respectera les instructions et directives de ce dernier. Son objectif étant d'être toujours à la pointe, afin de satisfaire au mieux les intérêts et les ambitions de son cocontractant. D'où, la nécessité de tenir compte des définitions (infra n° 894 s.) et autres spécifications techniques figurant éventuellement en annexe du contrat.

ii. L'obligation de conseil, d'information et de mise en garde

908. Il s'agit des obligations classiques à la charge de tout prestataire, quelque soit le contrat visé, et auxquelles il ne peut échapper. La clause qui les renferme a pour finalité de veiller à ce que l'exécution du contrat se déroule dans les meilleures conditions possibles en posant les « règles de bonne conduite » que devra suivre impérativement le prestataire. De telles obligations résultent de l'art. 1134 du Code civil exigeant que les conventions soient exécutées de bonne foi, donc en toute transparence et loyauté. Ainsi, chaque partie communiquera à l'autre toute information nécessaire à l'exécution du contrat, ce qui implique un devoir de collaboration respectif. Ce dernier mettra en évidence les notions de diligence, de réactivité et de disponibilité, en particulier de la part du prestataire. Il sera notamment tenu d'apporter son concours au suivi des

opérations liées au référencement, et cela, dans l'intérêt du seul client. En outre, il décrira la prestation de référencement de manière exhaustive, afin d'éclairer au mieux le client sur l'objet et la nature du référencement. La collaboration nécessite également que les parties travaillent de concert dans un but de référencement optimal, par exemple, quant à la détermination des secteurs visés par la prestation. De telles obligations pourront être formulées comme suit : « *Le Référencéur s'engage à fournir au Client, en temps utile, tout élément d'information nécessaire afin que la Prestation de Référencement se déroule dans des conditions optimales. Par ailleurs, le Référencéur s'engage à fournir au Client tout conseil approprié quant à l'exécution de la Prestation. Plus précisément, le Référencéur s'engage à conseiller le Client au mieux des intérêts de ce dernier avant tout engagement de sa part, et pendant toute la durée d'exécution du Contrat. Enfin, le Référencéur devra éclairer le Client sur la nature et le contenu de la Prestation de Référencement -en lui donnant les renseignements spécifiques- ainsi que sur la portée de son engagement, et en le mettant en garde contre les difficultés qui pourraient éventuellement survenir lors du déroulement dudit Référencement.* »

Le prestataire s'efforcera donc de satisfaire au mieux les attentes de son cocontractant.

iii. L'obligation de maintenance

909. Il est possible que le référencéur soit tenu d'une obligation de maintenance, sachant que cela n'est pas prévu dans tous les contrats de référencement. Outre la prévention des anomalies et bugs, il procédera à toutes les adaptations nécessaires de la prestation, soit à des intervalles réguliers convenus entre les parties, soit dès qu'elles paraîtront nécessaires pour tenir compte de l'évolution de l'Internet. Le type de maintenance à effectuer dépendra des besoins du client spécifiés au contrat. Il est donc important de rédiger avec soin les dispositions sur ce point, qui pourront soit figurer à l'article consacré aux obligations du prestataire, soit figurer dans un article particulier. Si la maintenance est ici importante, c'est parce que l'Internet évolue en permanence, de même que les technologies issues du numérique. Le référencement en tant que l'une des techniques utilisatrices de l'Internet et né en même temps que celui-ci, évolue donc selon le même rythme. Si le contrat doit comporter une disposition sur la maintenance¹, elle devra préciser s'il s'agit d'une maintenance évolutive et/ou d'une maintenance corrective et la ou les définir. La première fait évoluer le référencement en fonction des

¹ C'est à l'expiration de la garantie que la phase de la maintenance va pouvoir commencer.

progrès techniques, de l'état de l'art, qui représente l'ensemble des connaissances connues à un moment donné par les membres d'une profession (normes, pratiques, procédés, méthodes...). Cet état de l'art devant être précisé au contrat, afin d'être connu du client profane en la matière. Cette maintenance se fera donc en fonction de l'évolution des logiciels, de l'informatique en général... et des attentes du client. Dans cette optique, pourront lui être proposées des améliorations et des adaptations du système de référencement dans son intérêt, tels que des ajustements techniques, des modifications ou toute solution évolutive en vue d'optimiser le référencement. Quant à la maintenance corrective, elle consiste à effectuer des tests pour vérifier que les techniques de référencement fonctionnent correctement, c'est-à-dire qu'elles permettent d'indexer le site de façon efficace et que les réponses aux mots-clés entrés sont celles voulues. C'est une phase dite « d'exploitation réelle », en général d'une durée de quelques jours. A l'issue de cette étape, d'autres tests seront réalisés, s'insérant dans une phase dite de « vérification de service régulier », d'une durée de plusieurs mois. A cela, s'ajoute la maintenance préventive dont la finalité est de vérifier que les exigences en matière de référencement ont bien été prises en compte et maintenues par les outils de recherche.

910. L'intérêt de la maintenance est de prévenir les dysfonctionnements anormaux ainsi que les anomalies du système mis en place. En général, elle s'insère dans le cadre d'une obligation de moyen car, le prestataire ne pourra éviter totalement les problèmes techniques malgré ses efforts : le risque zéro n'existe pas et il ne peut garantir le succès de la maintenance. C'est pourquoi, il optera pour une obligation de moyen ; d'autres prestataires préféreront sous-traiter la maintenance, sachant que le client devra au préalable donner son accord. S'il refuse, il pourra choisir son propre mainteneur et signer un contrat de maintenance avec lui. Enfin, les exclusions de la maintenance seront précisées telles que les anomalies nées d'une attaque virale ou liées à la force majeure...

911. Des développements précédents, il résulte que la clause relative à la maintenance pourra être rédigée de la manière suivante : « *Le référencieur assurera les prestations suivantes :*

- *vérification tous les mois que les référencement effectués ont bien été pris en compte et maintenus par les moteurs de recherche ;*
- *tests réguliers, pour s'assurer des réponses sur les mots clefs retenus ;*

- *proposition d'adaptations qui s'avèreraient souhaitables ;*
- *maintenance des référencement du site. »¹*

iv. La veille concurrentielle

912. Dans un sens courant, la veille implique une mise en garde et, plus précisément, le fait d'accorder une attention particulière à une chose et de s'en occuper activement, en d'autres termes, le fait de la surveiller. L'obligation d'assurer une veille concurrentielle consiste alors à surveiller « ce qui se fait ailleurs », c'est-à-dire dans le cas qui nous intéresse, ce qui se pratique au niveau du référencement, quant à la technique du choix des mots-clés, des outils de recherche... Le but étant de définir les stratégies adéquates du développement économique et technologique du site du référencé. Le travail du référenceur consistera alors à surveiller le développement de l'état de la technique, afin d'être toujours en alerte face aux nouveautés en matière de référencement. Il s'agira aussi de mettre en évidence les contraintes économiques et financières liées aux demandes de son client. La veille apparaît alors comme le moyen de repérer les données stratégiques nécessaires à une activité en observant l'environnement économique et social, ses différents acteurs... Elle vise à connaître leur pouvoir sur les marchés existants, à anticiper leurs décisions, à évaluer leur impact sur l'avenir de la société. L'information apparaît alors comme une « matière première » à exploiter, opposable à tous, et utilisée en permanence. L'étude des liens des sites concurrents est alors déterminante ; l'intérêt étant d'aider les titulaires de sites à définir leur politique d'entreprise pour que leur référencement soit optimal.

913. La veille a également vocation à trier les informations en fonction de leur pertinence, ce qui suppose que le référenceur ne doive pas se laisser submerger par l'abondance des données qui lui parviennent. Des informations obtenues, il en dégagera les informations utiles, les interprètera, les recoupera et les rassemblera afin d'élaborer des synthèses claires. Les informations seront également évaluées et appréciées en fonction des éléments nouveaux qu'elles apportent, de leur accessibilité restreinte garantissant une certaine avance sur les concurrents, et en fonction de leur fiabilité et crédibilité. L'objectif du référenceur est d'assurer la maîtrise technologique de l'information grâce à des outils techniques de plus en plus performants et dynamiques,

¹ Annexe n° 13 : Article 2 : « *Mission du référenceur* », *Contrat de référencement*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, édition Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 247.

au service de l'intérêt de son client, le référencé. Pour cela, il se devra de connaître son profil exact, afin d'établir les stratégies les mieux adaptées à ses besoins. En outre, il repèrera et analysera de façon sélective et continue les informations relatives aux technologies. Par conséquent, la veille est un véritable enjeu, ainsi qu'un élément essentiel du savoir-faire du référenceur constitué notamment de son expérience professionnelle, ses connaissances techniques et ses méthodes d'exploitation de l'information. La clause relative à la veille concurrentielle mettra en évidence ce savoir-faire.

914. L'observation et l'analyse des technologies environnantes, ainsi que la diffusion bien ciblée des informations recueillies constituent la pierre angulaire du système de veille. C'est pourquoi, le référenceur doit assurer une veille continue, préventive, impliquant une observation de l'environnement sans interruption aux fins de connaître les axes d'innovation de ses clients, les référencés, et de leurs concurrents et, par conséquent, les principales tendances du marché du référencement. Car, l'enjeu est double : assurer une veille utile et faire en sorte que cette veille soit rentable, c'est-à-dire productive. En effet, le référencé se doit d'affirmer une certaine dynamique sur le plan de la technique, le contexte environnemental imposant d'accroître toujours plus ses performances dans des domaines en constante et rapide évolution tels que le référencement, pour être bien implanté dans un marché où la tendance est la mondialisation. Il faut donc être innovant et efficace à la fois. Le référenceur doit donner au référencé les moyens d'exploiter et d'augmenter ses compétences, de connaître les nouvelles techniques de référencement... Le but étant à chaque fois le même : répondre et satisfaire aux besoins du client.

915. La nécessité de rentabilisation obligera les référenceurs à être attentifs aux demandes habituelles du marché, à être ouverts en permanence sur le monde extérieur, en un mot, à être en perpétuelle alerte, notamment sur tout concurrent potentiel, toute technologie autre que celle utilisée par leurs clients pour les éclairer, les conseiller au mieux, en fonction de leurs projets et de leurs intérêts.

916. Si les développements précédents laissent entendre que la clause concernant la veille concurrentielle implique une obligation de résultat, dans la pratique, elle

impliquera plutôt une obligation de moyen car, il est difficilement envisageable de prévoir toutes les évolutions.

b) Les obligations du client référencé

Contrairement à ce qui existe dans d'autres contrats tels que par exemple les licences d'utilisation de bases de données, les obligations du référencé demeurent « légères ». Certaines seront actives (i) et révéleront sa participation dans le référencement même (ii), tandis que d'autres, seront passives (iii).

i. Les obligations actives

917. De manière générale, le référencé a quatre principales obligations à l'égard du référenceur : une obligation de payer le prix de la prestation, une obligation d'information, une obligation de collaboration, et une obligation de loyauté et de bonne foi.

S'agissant de l'obligation de payer le prix, elle implique un montant global pour le référencement lui-même, les opérations de maintenance, sans oublier l'analyse du site pour déterminer son référencement optimal (infra n° 900 s.). Les modalités de calcul du prix seront précisées, ainsi que les moyens de paiement (pouvant être proposés en fonction du degré de fidélité du référencé), les délais et les sanctions pour défaut de paiement. En général, le prix ne fera l'objet d'aucune modification au cours du contrat, ce qui protège d'autant le client. La clause relative au devoir de payer le prix sera rédigée simplement : *« Le Client s'engage à payer au Référenceur le prix du Référencement, conformément aux délais prévus au présent Contrat. Le prix sera déterminé sur la base des tarifs définis par les Parties au moment de la phase précontractuelle et de l'engagement ferme et définitif du Client, et cela, conformément aux délais prévus au présent Contrat. Le prix est payable à la remise de la facture. »*

918. Quant au devoir d'information, il s'agira pour le référencé de répondre rapidement à toute demande d'information de la part du prestataire, que ce soit sur lui, sur le type de référencement qu'il souhaite, sur son entreprise ou sur son site Internet, sur le public qu'il souhaite cibler, sur les zones géographiques à privilégier, sur les produits ou les services qu'il propose... Car, sa parfaite connaissance par le prestataire

permet d'optimiser le déroulement du référencement. Il ne se contentera pas de transmettre au référenceur ces informations : il les mettra à jour et en vérifiera l'exactitude avant toute transmission. Il se devra d'être réactif, et comme le référenceur, diligent et disponible dans la communication de ces éléments, dans la mesure où il le fera « *en temps utile* », ce qui suppose que pour qu'une prestation soit efficace, les parties ne doivent pas perdre de temps. Car, le temps « joue » et constitue une donnée essentielle dans un contrat. En y insérant l'expression « *en temps utile* », est laissée une latitude aux parties quant au délai de remise des informations, tout en exprimant le fait que ce délai doit être néanmoins raisonnable. Le fait que le délai ne soit pas précisé ne signifie pas pour autant que les parties ne se font pas mutuellement confiance : elles se transmettront les données nécessaires à la bonne exécution du contrat chaque fois que cela s'avèrera nécessaire. Si l'obligation d'information est primordiale dans le contrat de référencement, c'est parce qu'elle conditionne le succès du référencement. Car, il n'y a pas de « médiatisation » possible sans une bonne connaissance du « produit » à médiatiser et du public à cibler. Et le référencé est le seul à pouvoir fournir de tels éléments au prestataire. Ses exigences ne pourront être scrupuleusement respectées que s'il « joue » complètement le jeu. Du respect de l'obligation d'information par le client dépendra l'engagement ou non de la responsabilité du référenceur, ainsi que son étendue. En dépendra également la qualité de la collaboration entre les parties. Dès lors, la clause relative au devoir d'information pourra s'exprimer de la manière suivante : « *Le Client s'engage à fournir au Référenceur, en temps utile, tout élément d'information nécessaire au bon déroulement de la Prestation de Référencement, afin que celle-ci se déroule dans des conditions optimales. Le Client s'engage ainsi, notamment, à répondre aux sollicitations du Référenceur en lui transmettant toutes données, tous renseignements et tous documents susceptibles d'assurer audit Référenceur une connaissance suffisante du Client, et nécessaires à l'exécution de sa mission. Ainsi, le Client informera le Référenceur de tous les détails concernant le Référencement afin que ledit Référenceur soit le plus éclairé possible sur la teneur, l'étendue dudit Référencement et les phases du processus de ce dernier.*

D'autre part, le Client devra régulièrement mettre à jour les informations concernant le Référencement, pour éviter tout risque d'erreur de la part du Référenceur : tout ce qui n'entre pas ou plus dans le champ du Référencement devra être expressément mentionné dans un avenant. »

919. Notons que les obligations d'information et de collaboration sont étroitement liées. En effet, elles sont combinées et apparaissent souvent au sein de la même clause, ce qui amène à penser que le référencement est un travail d'équipe, même si concrètement est le fait du référenceur. L'objectif premier étant de contribuer à sa réussite.

920. Enfin, l'obligation de loyauté et de bonne foi est une obligation mutuelle des parties : chacune s'engage à exécuter dans un souci de transparence ses obligations envers l'autre afin que la prestation se déroule dans les meilleures conditions possibles. S'agissant du référencé, il ne devra pas s'immiscer, ni interférer, directement ou indirectement dans la réalisation des missions du référenceur : autrement dit, le prestataire a une large marge de manœuvre pour exécuter sa mission. Surtout, il s'engagera à ne pas demander au prestataire la réalisation d'actes non prévus au contrat. Tout cela dénote une participation égale des parties dans le déroulement de la prestation, ainsi qu'un réel équilibre des relations contractuelles. Certes, dans la réalité, c'est le prestataire qui réalise l'essentiel du référencement ; l'égalité est donc relative. Toutefois, le client peut jouer un rôle actif non négligeable, notamment lorsqu'il établit lui-même la présentation de son site web, et lorsqu'il effectue certaines démarches pour que le référencement corresponde à ses attentes. C'est ce qui sera étudié dans les développements ci-après.

ii. La participation active dans le référencement

Il s'agit pour le référencé de présenter lui-même son site (α), ainsi que d'effectuer certaines démarches (β).

α . La présentation du site à référencer

921. Le référencé a la faculté d'établir librement la présentation de son site Internet, site cible, à placer sur le site source, c'est-à-dire le site qui va renvoyer au sien par un lien. C'est ce que l'on appelle le « *module* » de présentation d'un site ou « *icône* », « *bouton* » ou encore « *clip* »¹ qui serviront de liens. Il le fera conformément au contrat,

¹« *Un clip est un module de contenu visible sur le site, associé à un site Web édité par le partenaire et qui présente des informations extraites de ce site. Il est composé d'informations provenant de ce site Web, de liens vers ce site et d'une structure permettant la mise en forme automatique des informations reçues...* », *Les contrats du commerce électronique*, M. Vivant, éd. Litec, 1999, n° 119, p. 138.

aux spécifications techniques mentionnées. Il respectera certaines normes du référenceur, par exemple de volume, ainsi que des normes en termes de contenus, comme celle de prévoir une interface en langue française pour certains moteurs de recherche¹... sous peine d'engager sa responsabilité. De même, il évitera de fournir des contenus illicites, provocateurs, contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs², ou tout simplement affichant un slogan contraire à la réalité, autrement dit, mensonger.³ Il se comportera en bon père de famille, dans le sens où le site référencé étant le sien, il ne saurait mettre en péril ce bien immatériel, cette œuvre, en commettant des actes qui lui porteraient préjudice, que ce soit de façon directe ou indirecte, quelques soient la forme ou les moyens utilisés. Notamment, il ne pourra proposer au référenceur des métatags ou mots-clés indus, car leur utilisation, en plus d'être constitutive du délit de contrefaçon, constituerait un manquement à son devoir de loyauté justifiant son déréférencement.⁴ Il est évident que le référenceur ne souhaite pas avoir à faire à ce type d'actes qui risque de le conduire à un refus catégorique d'enregistrement de la part des outils de recherche.

922. En outre, le client garantira qu'il est titulaire de tous les droits de propriété intellectuelle sur les modules (droits d'auteur, droits sur les images utilisées, droits de propriété industrielle sur les marques visées...), qui, au surplus, ne devront pas être contraires à la loi. Au contenu du message de présentation de son site, il pourra ajouter la mention selon laquelle : « *le contenu est conforme à la législation en vigueur.* » Quant au référenceur ou éditeur du site source, il aura un droit de regard sur les modules établis par le client, c'est-à-dire sur la manière de référencer son site, avec toutes les conséquences que cela implique, notamment quant au droit de la propriété intellectuelle. Il s'agit ici d'une manifestation du devoir de collaboration réciproque et, par conséquent, d'un véritable partenariat entre les parties. Dès lors, le référenceur sera autorisé selon les cas, à reproduire, à représenter, voire à modifier le message ou module de présentation du site du client s'il est contraire ou préjudiciable aux intérêts de celui-ci. De même, il peut se réserver la possibilité de ne pas publier le module du client s'il n'est pas techniquement publiable ou si son contenu diffère

¹ Il s'agit ici de respecter la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française dite « *Loi Toubon* » J.O.R.F. n° 180 du 5 août 1994, p. 11392.

² *Nomade* se réserve « *le droit de ne pas répertorier certains services, notamment en cas d'atteintes flagrantes à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* » (cf : Guide Nomade : <http://www.nomade.fr>)

³ A titre d'exemple, *Yahoo France* a refusé de référencer un site qui afficherait un slogan publicitaire du type : « *La meilleure solution Internet* » (<http://add.europe.yahoo.com>)

⁴ *Les contrats du commerce électronique*, M. Vivant, Litec, 1999, n° 110, p. 131 et 132.

« *substantiellement* », c'est-à-dire de façon importante, de ce qui a été prévu initialement au contrat. Une telle décision paraît la plus appropriée lorsque le contrat stipule que le référenceur ne pourra modifier ou altérer tout ou partie du contenu du message. Si l'essentiel du travail de référencement est effectué par le référenceur, le client n'est pas laissé en reste, ce qui illustre une certaine égalité entre les parties, doublée d'une relative égalité contractuelle.

β. Les démarches actives du client référencé

923. Tout un chacun doit prendre certaines précautions avant d'adhérer à un contrat de référencement. En premier lieu, il doit vérifier que son futur cocontractant est connu dans la profession, sérieux, et doué de compétences professionnelles avérées. Lorsqu'il sera choisi, il s'agira ensuite d'imposer certaines dispositions dans le contrat comme le référencement auprès des outils de recherche les plus populaires, et surtout ceux liés à l'activité de son site. Il faudra aussi connaître, dès la négociation, le détail de la prestation ainsi que ses caractéristiques, prévoir les modalités de contrôle du référencement, les formes sous laquelle le client souhaite que son site apparaisse sur la toile... afin de ne pas se retrouver, par la suite, dans une situation inconfortable au cours de l'exécution du contrat. Car, à ce stade, il est encore temps de contester ces éléments. En un mot, la transparence doit être assurée. Cela permet aussi de définir les stratégies de mise en valeur du site visé et d'attirer davantage de visiteurs. Tout cela doit donc être envisagé avec beaucoup de sérieux. Il est aussi conseillé au futur licencié d'exiger un nombre minimum de référencement, ainsi que la liste des outils de recherche auprès desquels son site doit être répertorié.

924. Toutes ces recommandations ne sont pas anodines, sinon déterminantes du contrat, de sa rédaction, de sa portée et de ses conséquences. En effet, la personne en demande d'un référencement est le plus souvent profane en la matière. Elle a alors tendance à se reposer sur le référenceur, à lui faire d'emblée confiance. Certes, dans le cadre d'un contrat, il est souhaitable et même impératif que les parties se fassent confiance dès le départ. Toutefois, si le futur référencé ne présente pas clairement ses demandes, il court le risque que ne soient pas pris en considération certains de ses intérêts. Or, il lui est conseillé d'exiger le référencement le plus complet possible et le plus compatible avec ces exigences. Ainsi, le fait de demander le référencement auprès

des outils de recherche les plus utilisés par les internautes et susceptibles de rendre visible son activité, permettra de définir parfaitement sa cible, et de la rentabiliser. Cela évitera les erreurs de choix des partenaires et les conséquences financières qui en découlent. De même, connaître la liste des outils de recherche auprès desquels le prestataire a l'intention de référencer son site lui permettra d'envisager l'avenir et de s'armer face à d'éventuelles déconvenues. Si le référencement auprès de certains moteurs de recherche ou annuaires n'apporte pas au site la popularité escomptée, son titulaire pourra toujours changer de stratégie et recourir à d'autres outils afin d'attirer les internautes et de les amener, s'il s'agit d'un site d'e-commerce, à conclure des transactions commerciales. Enfin, afin de se protéger, le client doit prévoir des modalités de contrôle du référencement pour se préconstituer une preuve du travail effectué par le référenceur et pour sanctionner tout manquement éventuel. Cela peut donner lieu à la rédaction d'une clause à insérer au contrat.

iii. Les obligations passives

925. Il s'agit d'accepter les liens internet faits par le référenceur. Car, le cœur du contrat est le référencement lui-même. Si le client était en mesure de procéder au référencement, il ne ferait pas appel à un prestataire. C'est pourquoi, une grande latitude est laissée à ce dernier et le client se doit d'accepter les liens internet établis. Toutefois, il prendra soin de prévoir au contrat le droit de s'opposer à un référencement ou à une présentation de son site s'il l'estime inadéquat(e) ou contraire à ses intérêts. En un mot, il a un droit de regard. Car, le site est aussi une œuvre de l'esprit protégée par le droit de propriété intellectuelle : dès lors, son titulaire souhaitera un référencement des plus respectueux. Pour que le référencement soit des plus efficaces, le client référencé laissera son cocontractant procéder à toute investigation nécessaire sur son site. Quant au référenceur, il tiendra compte de ses instructions et directives, afin que leur collaboration soit des plus fructueuses. De son côté, le référencé insèrera les balises méta réalisées par le référenceur dans son code source, fournira la liste des mots-clés qu'il souhaite voir utiliser, les titres, les adresses URL, les références, ainsi que leur description respective, indiquera la catégorie à laquelle son site doit appartenir... S'il jouit d'une grande liberté, il suivra néanmoins les conseils du prestataire, professionnel du référencement. Ses actions se feront dans un esprit de partenariat. Cela créé d'autant un sentiment d'équilibre au niveau des relations contractuelles et fait participer chaque partie dans une certaine mesure.

926. En outre, le référencé s'obligera à respecter la loi, la déontologie d'Internet ainsi que certaines valeurs éthiques, et ne saurait exercer une quelconque activité illicite sur son site, ni faire la moindre publicité mensongère. Son site ne devra pas présenter les éléments constitutifs d'une contrefaçon ou d'une atteinte à l'intimité de la vie privée, à l'honneur, aux bonnes mœurs ou encore à l'ordre public... A défaut, le moteur de recherche ou l'annuaire qui l'indexent pourraient engager leur responsabilité sur le terrain des articles 1382 et 1383 du Code civil, bien entendu à condition qu'une faute de leur part soit prouvée, telle que l'indexation volontaire du site litigieux ou une programmation condamnable du robot qui accepte des mots-clés douteux. ¹ De façon générale, la clause relative aux obligations du client sera formulée comme suit : « *Le client fournira toutes les informations nécessaires au référenceur pour lui permettre d'assurer sa mission. Le client laissera le référenceur investiguer sur le site sans aucune restriction. Le client suivra les préconisations du référenceur, notamment en insérant les balises méta réalisées par le référenceur dans son code source. Le client fournira la liste des mots clés qu'il souhaite voir utiliser, les titres, adresses URL, descriptifs de vingt mots maximum et plus généralement toutes les références requises. Le client s'oblige, sur son site, à ne pas avoir d'activité illicite, pas de publicité mensongère et à respecter la déontologie d'Internet.* »²

6) Le prix

927. Il s'agit ici d'assurer une transparence au niveau du prix du référencement : le client ne doit pas avoir de « mauvaise surprise » au moment du paiement. Autrement dit, il doit avoir eu connaissance du prix dans toutes ses composantes : prix HT, prix TTC, taux de TVA applicable, frais supplémentaires éventuels... pour chacune des phases du contrat (étude, référencement et maintenance). Quant au référenceur, il ne percevra que les rémunérations prévues au contrat. Cela évite bien des conflits inutiles. La clause relative au prix prendra alors éventuellement la forme suivante : « *Le prix convenu pour l'ensemble des prestations de référencement comprenant la partie étude,*

¹ TGI Paris, Réf., 31 juillet 2000, *Bertrand Delanoë c/Société Altavista*, <http://www.legalis.net/jnet>. Précité.

² Annexe n° 13 : Article 3 : « *Obligations du client* », *Contrat de référencement*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, édition Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 247.

celle du référencement et celle de maintenance pour la première année est fixé à (préciser) euros HT, payable de la manière suivante (préciser). »¹

Dans le cas d'un contrat d'adhésion, le prix n'est pas librement négocié entre les parties et dépend du service fourni au client, qui peut aller du simple référencement au service le plus complet. L'insertion de mentions particulières qui mettent en valeur le site référencé dans la page de résultats de l'outil de recherche, telles que « *site recommandé* » a des répercussions sur le prix. Car, en qualifiant ainsi un site, le référenceur comme le moteur de recherche ou l'annuaire donnent leur opinion sur la qualité des services proposés et incitent sans le vouloir l'internaute à le visiter, qui, dans le meilleur des cas, y conclura une transaction commerciale. C'est ce que ressentira toute personne lorsqu'elle sera confrontée à la page de résultats affichée à l'écran de son ordinateur. Dans tous les cas, la crédibilité du référenceur est en jeu : elle peut d'ailleurs être remise en cause s'il s'avère que le site portant la mention de « *site recommandé* » déçoit de nombreux internautes, qui s'attendaient à un tout autre site. A terme, cela peut les conduire à utiliser d'autres outils de recherche et à discréditer ainsi ceux qui les ont, malgré eux, induits en erreur.

928. S'il est logique qu'une prestation telle que le référencement soit à titre onéreux (le contraire est plutôt rare), il est légitime de se demander s'il est déontologiquement acceptable de faire payer cher le référencement et le positionnement d'un site sur le web. Car, cela risque de créer un système à deux vitesses, au profit de celui qui paie le prix le plus fort. En d'autres termes, la visibilité et l'accessibilité sur les réseaux ne seront offertes qu'aux sites ayant le plus de ressources financières. Mais, cela irait à l'encontre du principe d'égalité qui doit régner sur Internet et bouleverserait le paysage virtuel tel qu'il existe actuellement. Un autre débat se situe sur le point de savoir sur quelle base est déterminé le prix du référencement, s'il l'est en fonction des compétences et de la renommée du référenceur ou de la durée du référencement... A ce jour, différentes méthodes de calcul existent : l'une d'elle est fonction du pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par le client, ou proportionnel aux transactions réalisées par son site de commerce électronique (technique du « *paypersale* »). Car, grâce au référencement, le client a pu développer de façon significative son activité. Il paraît alors normal de déterminer le prix en fonction de ces critères. Une autre méthode

¹ Annexe n° 13 : Article 6 : « *Prix* », *Contrat de référencement*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 248.

consiste à calculer le prix en fonction du nombre d'internautes venus visiter le site, grâce aux liens effectués par le référenceur : c'est la technique du « *payperclick* ». Enfin, celle du « *payperlead* » consiste à dénombrer les internautes ayant rempli un formulaire ou s'étant enregistré d'une manière ou d'une autre sur le site du client (voir Seconde Partie, Titre II, Chapitre II). En effet, sans le travail efficace du référenceur en matière de liens internet, le site cible serait laissé à l'abandon et ne connaîtrait pas de visiteurs.

929. Toutefois, il faut distinguer deux types de situations : celles où les internautes ne font que visiter le site référencé et celles les ayant conduit à des achats, sachant que les deux n'ont pas les mêmes conséquences financières pour le client référencé. Le prix du référencement pourrait alors être légitimement déterminé selon la situation envisagée. Par conséquent, la capacité d'achalandage du référenceur fondée sur l'efficacité et l'effectivité des liens qu'il met en œuvre peut être un critère déterminant dans le calcul du prix du référencement. Son talent doit être rémunéré, de même que la rentabilité qu'il offre au site de son cocontractant. Bien évidemment, dans la pratique, il n'est pas toujours aisé de « contrôler » l'activité de ce dernier : il devra tenir une comptabilité des visites de son site et en informer régulièrement le référenceur (voir Seconde Partie, Titre II, Chapitre II). Reste à déterminer la fréquence de l'information à lui communiquer. Une clause de ce type pourra être prévue : « *Le référencé informera mensuellement le référenceur du nombre de visites enregistrées sur son site générées par le référencement.* »¹ Des mécanismes de contrôle techniques directs pourraient être mis en œuvre par le référenceur et spécifiés au contrat. Cependant, ils seraient difficiles à mettre en place car, à la fois onéreux et très lourds techniquement. La solution serait éventuellement de renforcer l'obligation d'information de la part du référencé, au nom de son devoir de bonne foi et de loyauté.

7) La durée

930. En droit français, la durée du contrat peut être librement fixée par les parties, sauf exceptions légales. Mais parfois, la durée n'est pas mentionnée ou alors indiquée de manière vague. Le contrat sera alors considéré comme conclu pour une durée indéterminée avec possibilité de résiliation unilatérale, sous réserve d'un éventuel

¹ *Les contrats du commerce électronique*, M. Vivant, Litec, 1999, n° 123, p. 142.

préavis. Dans d'autres hypothèses, les parties auront la faculté de mettre fin au contrat pour inexécution des obligations contractuelles, par exemple lorsque le client constatera que le référenceur n'a pas demandé le référencement de son site auprès de tel moteur de recherche ou annuaire, ou qu'il n'a pas obtenu la plupart des référencements comme cela était convenu au contrat... En un mot, il souhaite échapper à un contrat qui ne le satisfait plus. Les causes de résiliation, le formalisme de la procédure... devront être indiqués au contrat. Dans tous les cas, la clause de résiliation sera formulée de façon non équivoque : elle pourra prévoir un préavis, de préférence court, pour dénoncer le contrat. En effet, si le délai de préavis est trop long, il y a risque que la partie désireuse de résilier le contrat le laisse passer de façon involontaire, réduisant à néant ses chances de mettre fin à une relation contractuelle inconfortable ou qui ne répond plus à ses exigences. Le contrat serait alors reconduit automatiquement si cela est prévu, avec les conséquences que cela implique. D'où, la remarque suivante : il faut éviter les reconductions tacites. Si une durée précise est prévue, elle tiendra compte des différentes phases de la prestation de référencement : étude, référencement et maintenance, s'il y a lieu. S'agissant de la maintenance, elle pourra faire l'objet d'un renouvellement, par exemple par tacite reconduction car, si le référencement en lui-même s'effectue de façon instantanée, la maintenance se veut par nature continue, s'étalant dans le temps, et peut devenir utile quand il s'agira de proposer des adaptations souhaitables aux liens, ou de vérifier, selon une fréquence déterminée, que les référencements effectués ont bien été pris en compte et maintenus par les moteurs de recherche et les annuaires, que les réponses aux mots-clés sont celles attendues... (infra n° 909 s.). Il est également possible que le client renouvelle son contrat, s'il est satisfait du prestataire, pour demander que son site soit référencé auprès de nouveaux outils de recherche. Dès lors, la clause relative à la durée pourra être rédigée comme suit : « *La durée du présent contrat est d'une année qui commencera à courir le (préciser). La phase d'étude prévue sera d'une durée environ (préciser) semaines, elle sera suivie de la phase de référencement puis de celle de maintenance. Le contrat se poursuivra uniquement en ce qui concerne la maintenance par tacite reconduction par période d'un an sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties en respectant un préavis de trois mois avant la fin de la période en cours.* »¹

¹ Annexe n° 13 : Article 5 : « *Durée du contrat* », *Contrat de référencement*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 248.

931. Quant au référencement lui-même, il peut s'étendre sur une durée qui dépendra du comportement du référencé. Ainsi, s'il s'avère que ce comportement devient contraire à la déontologie du référenceur, celui-ci pourra mettre fin au référencement.¹ Et s'agissant de l'acte particulier de référencement, il sera effectué dans un bref délai, c'est-à-dire dans un délai court dont l'usage veut qu'il soit de quarante-huit heures. En effet, il est faisable techniquement de référencer un site sur les moteurs de recherche et annuaires dans ce délai. Si ce dernier est plus long, le client n'en tirera aucun intérêt car, nécessite que son site soit répertorié rapidement sur les réseaux. Il y va de la pérennité de son activité, de la rentabilité de son site, en particulier s'il s'agit d'un site d'e-commerce, et surtout, de sa visibilité sur la toile.

C) De l'équilibre au sein du contrat de référencement lors de son exécution

Lors de l'exécution du contrat de référencement, les relations entre parties demeurent égalitaires et équilibrées : la clause relative aux droits de propriété intellectuelle (1) ainsi que celle relative à la responsabilité des parties (2) en sont des illustrations auxquelles il convient de s'arrêter.

1) La clause propriété intellectuelle

Une telle clause est importante dans un contrat de référencement car, sont en jeu différents aspects du droit de la propriété intellectuelle : aussi, la nature de la page de référencement (a) et les droits des parties (b) seront envisagés tour à tour.

a) La page de référencement, une œuvre littéraire ?

932. La page de référencement est une page d'un site Internet dédié au référencement sur les moteurs de recherche ou les annuaires. C'est en quelque sorte une page présentant ledit site et renfermant un texte et des mots-clés ou méta-tags, mais non visible des internautes qui sont redirigés vers une autre page du site. Ces mots-clés permettent au site de se positionner dans les premiers résultats d'une recherche sur un moteur. D'où, l'importance et la stratégie de leur choix. De plus, des liens cachés vers ces pages sont accessibles depuis le reste du site, ce qui permet de lui donner une

¹ L'annuaire français *Nomade* a opté pour cette solution : ainsi un site sera référencé dans sa base de données « Aussi longtemps qu'il (votre site) restera actif et que son contenu ne contreviendra pas à la déontologie de *Nomade.fr* ». *Les contrats du commerce électronique*, M. Vivant, Litec, 1999, n° 111, p. 133.

certaine popularité nécessaire pour être positionné au mieux. La jurisprudence admet qu'une page de référencement puisse être envisagée comme une œuvre littéraire et, par conséquent, protégée à ce titre par le droit d'auteur.¹ Autrement dit, les auteurs des pages de référencement sont susceptibles d'être titulaires de droits de propriété intellectuelle sur lesdites pages, dès lors que celles-ci remplissent les conditions légales pour pouvoir être qualifiées d'œuvres de l'esprit. Car, la protection légale n'est pas automatique. Il doit s'agir à chaque fois d'une véritable œuvre, originale, et « *dont le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination sont indifférents* » (art. L. 112-1 CPI), sachant que l'œuvre de l'esprit est « *d'abord une création intellectuelle, et ensuite une création de forme* ». ² C'est plus précisément la formalisation de la page de référencement, c'est-à-dire le choix et la disposition de ses matières qui doit être originale, dans le sens que la simple compilation ou réunion d'informations est dépourvue d'intérêt et, par conséquent, n'est pas juridiquement protégée. Les critères d'originalité sont ceux définis par la loi (art. L. 112-4 alinéa 1^{er}, CPI)³ et par la jurisprudence. A défaut, on ne peut parler d'œuvre de l'esprit et toute protection par le droit est exclue. ⁴

933. La jurisprudence estime que c'est « *l'association peu évidente de mots* »⁵, la manière de composer, de s'exprimer, qui crée notamment l'originalité. Ce sont le choix et la disposition des termes qui importent. Pour qu'une page de référencement soit originale, il faut donc rechercher si le choix des mots-clés est le fruit de l'imagination de son auteur ou s'il est imposé par la nécessité, l'activité du site visé, la logique, la technique de référencement... Dans cette dernière hypothèse, l'absence de toute

¹ Tribunal de commerce de Paris, 18 juin 2003, Affaire *Dreamnax c/Kaligona*, Expertises, 2003, p.355. En l'espèce, les juges ont retenu que « **sur la similitude de la présentation des sites, des mots-clés et des pages de référencement** » (...) « *la société Kaligona s'est rendue coupable de **reproduction et d'usage illicite des droits de création** appartenant à Sexy Avenue, ces agissements étant constitutifs de **contrefaçon**.* » En effet, une société, la société *Kaligona*, ne s'est pas contentée d'utiliser les mêmes mots-clés que son concurrent pour décrire sur le web son activité, activité similaire ; elle a utilisé les mêmes enchaînements, les mêmes suites, les mêmes ordres, les mêmes titres, avec les mêmes fautes d'orthographe ! Ce qui a conduit les juges à la sanctionner pour contrefaçon.

² *Propriété littéraire et artistique*, A. Lucas, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2^{ème} édition, 2003, n° 10.

³ « *Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère **original**, est protégé comme l'œuvre elle-même.* »

⁴ CA Douai, 1^{ère} ch., 7 octobre 1996, D. 1997, somm. 92, obs. C. Colombet. CA Paris, 4^{ème} ch., 29 avril 1998, *Noirot c/Litra*, PIBD 1998, n° 660-III-437. TGI Tours, 1^{ère} ch., 3 avril 1997, *Monsanto c/Sideco*, PIBD 1997, n° 637-III-444.

⁵ CA Paris, 4^{ème} ch., section A, 18 mars 2003, *SA Le Figaro c/SA Editions Raoul Breton et Monsieur Gauthier, Histoire d'un vers protégé et d'une exception prétorienne au monopole*, Comm. Com. Electr., 1^{er} juillet 2003, Ch. Caron, n° 7, p. 26 ; *Propriété littéraire et artistique*, C. Colombet, Dalloz, 9^{ème} édition, 1999, n° 34 ; *Propriété littéraire et artistique*, P.-Y. Gautier, PUF, 4^{ème} édition, 2001, n° 25.

originalité exclut de qualifier une page de référencement d'œuvre de l'esprit. Certes, le choix des mots-clés est déterminant dans le sens où il a pour objectif de faire en sorte que les sites web occupent les meilleures places dans les pages de résultats des moteurs de recherche, en un mot que leur référencement soit le plus productif et le plus rentable possible. Mais, l'originalité est de rigueur ; si elle n'est pas observée, aucune protection ne peut être légitimement accordée à la page de référencement. De plus, il faut qu'il y ait eu activité créative et investissement intellectuel de la personne concernée. En d'autres termes, la personne derrière une œuvre, si supposé qu'elle en soit une, doit avoir conçu « de toute pièce » ladite œuvre, par ses idées, son talent, son inspiration, son travail technique et intellectuel propre à elle seule, et doit la marquer de son empreinte personnelle. Tous ces éléments combinés entre eux ainsi que l'ingéniosité de cette personne doivent avoir contribué à créer l'œuvre en question, une œuvre que personne jusqu'à présent n'avait réalisée. Quant aux investissements intellectuels, ils supposent des efforts de recherche, de sélection et de synthèse, ainsi que du temps et de l'énergie, employés à la réalisation et à l'aboutissement de la création. Et c'est tout cela qui va faire la différence et impliquer que pourra être légitimement qualifiée d'œuvre de l'esprit une création. Dès lors, l'apport intellectuel n'est rien sans l'apport créateur, novateur, de son auteur.

934. De la même manière, les mots-clés seront considérés comme de véritables œuvres de l'esprit. Auparavant, la jurisprudence l'avait admis pour les sites web¹ qu'elle qualifie également d'œuvres multimédia.² Concernant plus précisément la page de référencement, elle se présente sous la forme d'éléments textuels, les uns à la suite des autres, assemblés selon un ordre précis, une méthodologie et un savoir-faire propres à son auteur, qui rappellent un peu ceux des bases de données. D'ailleurs, une page de référencement ressemble à une base de données succincte. Or, l'architecture, la forme de cette dernière (et éventuellement certains de ces éléments) sont protégeables par le droit d'auteur dès lors qu'ils en remplissent les conditions (voir Première Partie, Titre I, Chapitre II). De même, une page de référencement peut révéler un effort de présentation de la part de son auteur, un travail d'agencement spécifique. Le choix ou la disposition

¹ T. com. Paris, 9 février 1998, *Cybio n c/Qualisteam*, Expertises, juillet 1998, 236, J. Bertrand. TGI Toulouse, Réf., 6 juin 2001, *SARL WS Interactive*, Expertises, août 2001, 318, obs. N. Marchet.

² Paris, 4^{ème} ch. B, 28 avril 2000, D. 2001, somm. 2553, P. Sirinelli ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, D. 2003, 1688 ; JCP, E, 2003, 588, obs. Ch. Caron. La protection des sites web concerne chacun de leurs éléments constitutifs (textes, son, images, logiciels, vidéo, photographies...), mais également l'ensemble de ces éléments combinés, c'est-à-dire le site dans son ensemble, en tant qu'entité.

de ses éléments textuels et méta-tags faisant de cette page une œuvre particulière, fait que celle-ci mérite protection au titre de création intellectuelle, et que son créateur puisse être qualifié d'auteur.

935. L'organisation, le classement et la mise en forme de la page de référencement sont donc déterminantes et essentielles dans sa qualification en tant qu'œuvre protégeable. L'arrangement de ses éléments est fondamental : la manière dont est agencé, structuré et formalisé un ensemble de données constitue un savoir-faire à considérer, et peu importe le choix des mots mentionnés sur la page.¹ Le seul fait qu'ils résultent d'un choix personnel, d'un séquençage particulier et d'une combinaison qui l'est tout autant, suppose un effort, un travail, un apport intellectuel qui doivent être relevés. Tout cela est important car, l'auteur a décidé de donner un traitement particulier aux mots et références mentionnés sur sa page : il ne s'est pas contenté de les compiler n'importe comment, ce qui mérite protection juridique. De même, la répétition ou l'absence de répétition, ainsi que l'orthographe des mots et expressions d'une page de référencement ne sont pas le résultat du hasard ; le rédacteur de cette page les a déterminés en connaissance de cause, en fonction des habitudes des internautes, afin que les robots des moteurs de recherche les repèrent facilement. A ce titre, il convient de signaler que, bien souvent, le chemin d'accès vers un site peut être trouvé à partir de mots-clés à l'orthographe erronée tapés dans le moteur de recherche. C'est d'ailleurs en s'appuyant sur ces fautes d'orthographe que les référenceurs optimisent l'indexation des sites. Après tout, leur mission consiste uniquement à référencer les sites de leurs clients auprès des outils de recherche les plus populaires, les plus fréquemment utilisés par les internautes, et non de faire la leçon (d'orthographe) aux internautes. Le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination de la page de référencement important peu (art. L. 112-1 CPI), toute page de référencement, si elle est originale, est potentiellement susceptible d'être protégée par le droit de la propriété intellectuelle en tant que création littéraire, même si est dépourvue de toute esthétique.² La seule limite est la contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, sachant que celle-ci doit être d'un degré de gravité élevé pour empêcher toute protection légale. Car, selon l'époque, les critères d'appréciation des valeurs morales divergent : ce qui choquait autrefois ne choque plus

¹ Tribunal de commerce de Paris, 18 juin 2003, Affaire *Dreamnex c/Kaligona*, précité. En effet, les mots choisis dans la page de référencement peuvent être de toute nature, y compris tendancieux, vulgaires ou grivois.

² Cass. crim. 2 mai 1961, JCP 61, II, 12242, précité. Cass. crim. 13 février 1969, D. 1969, D. 1969, J, 323. Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, *Atari*, D. 1986, 405, B. Edelman.

aujourd'hui. Cela ne signifie pas pour autant que l'homme ne respecte plus aucune valeur. L'appréciation doit rester subjective : chaque homme est différent. Le poids des traditions judéo-chrétiennes demeure et l'homme reste guidé par celles-ci, et sanctionne certains actes au nom de ces mêmes valeurs. En d'autres termes, les comportements et les valeurs ont évolué. Avec les dérives existant en tout genre, et visibles quasi quotidiennement sur tous les supports, analogiques et numériques, l'habitude de voir des images ou de lire des propos tendancieux, à la limite de la décence, de l'obscénité et de la morale, le commun des mortels n'y fait plus attention, en tout cas, pas de la même manière qu'autrefois. En effet, à une époque pas si éloignée, la moindre photo dénudée, la moindre phrase ambiguë ou révélant des idées ou des pensées nouvelles ou « avant-gardistes », faisaient scandale et déclenchaient les foudres de la censure. Aujourd'hui, tout cela a changé. Cependant, ce n'est pas si simple : les technologies issues du numérique sont nombreuses et jalonnent notre quotidien. Celles-ci véhiculent un nombre considérable d'informations, d'images... Quant aux pages web et notamment les pages de référencement, elles sont le point de liaison de milliers d'informations, autrement dit, le maillon d'une chaîne immense, sans fin. La finalité de ces pages est plus informationnelle qu'artistique ou culturelle, contrairement au droit d'auteur. Alors, pourquoi leur donner le même statut qu'une œuvre classique telle qu'un livre ? Sans doute parce que la société a évolué, que les médias aussi et qu'il faut vivre avec son temps. Cette explication paraît simpliste, mais est lourde de sens : un tel progrès était inévitable.

936. Cependant, pour certains, les pages de référencement ressemblent davantage à « des fiches signalétiques qui renseignent les robots des moteurs de recherche sur le contenu du site » et dont la « forme se distingue difficilement de leur fonction informative »¹ et de ce fait, ne méritent pas protection. Or, il saurait en être autrement si elles répondent aux conditions légales précédemment abordées. Encore faut-il qu'elles y répondent exactement sur un terrain objectif et non subjectif. Car, si pour certains, une création peut être qualifiée d'œuvre de l'esprit, pour d'autres, il n'en est rien. Heureusement, le droit a le mérite d'interdire les jugements de valeur, donnant alors le

¹ *La propriété intellectuelle s'encanaille. Protection du site, des « méta-tags et des pages de référencement d'un sex-shop en ligne*, J. Larrieu, Expertises, 2003, p 334.

bénéfice du droit d'auteur à une création qui, de prime abord, ne constitue pas une véritable œuvre.¹

937. Enfin, le fait qu'une page de référencement puisse être considérée comme une œuvre de l'esprit est un grand pas en avant dans l'histoire du droit et dans celle du livre et de l'édition en générale. Car, qui se serait douté qu'un écrit sur un support numérique, et à plus forte raison, une page de référencement qui n'a aucune valeur artistique ou esthétique, bénéficierait de la même protection qu'une œuvre littéraire « classique », considérée comme « raffinée » ?

938. Reconnaître qu'une page de référencement est une œuvre de l'esprit la met sur le même pied d'égalité qu'une page d'un roman ou d'un manuel quelconque et, par conséquent, marque l'intérêt des nouvelles technologies et surtout, leur quasi suprématie sur les supports classiques. De même, les méta-tags, mots-clés jonchant ça et là les pages de référencement, à l'orthographe pas toujours correct et parfois en abrégé, c'est-à-dire à l'apparence volontairement tronquée, acquièrent la même valeur que les mots plus « stylisés » d'un roman. Dès lors, s'il subsistait un doute sur l'importance des technologies issues du numérique, aujourd'hui il est levé.

b) Les droits des parties

939. D'une part, l'intérêt de savoir si la page de référencement créée est une œuvre de l'esprit permettra de déterminer les droits des parties en la matière et de les préciser dans le cadre du contrat de référencement pour éviter tout risque d'ambiguïté et surtout, tout risque de conflit ultérieur. Que ce soit le référenceur ou le référencé qui établit la page en question, il faudra le mentionner expressément et, par la même occasion, préciser qu'il est titulaire des droits d'auteur, ainsi que la nature et l'étendue de ses droits, en prenant garde de ne pas nuire aux droits des tiers. De plus, même s'il est logique que le référenceur ne s'approprie en aucun cas le site de son cocontractant par le mécanisme du référencement, il est utile de le mentionner au contrat et de préciser que ses éléments constitutifs (structure générale, textes, bannières, images, photographies, icônes, dessins, logos, son, vidéo...), à condition d'être originaux, ne peuvent être

¹ Cass. crim. 2 mai 1961, JCP 1961, II, 12242, P. Aymond. Paris, 1^{ère} ch., 18 décembre 1924, *Sté de l'Annuaire du Commerce Didot-Bottin*, D. 1925, 30.

reproduits ou représentés sans l'autorisation de leur propriétaire, par quelque procédé et sous quelque forme que ce soit (art. L. 122-4 du CPI), ni être importés sur un site Internet ou sur tout autre type de support, à quelque titre que ce soit, au risque de constituer le délit de contrefaçon. Dans tous les cas, le référencé conserve l'ensemble des droits de propriété intellectuelle relatifs à ces éléments, ainsi que les prérogatives y afférentes, et lesdits éléments demeurent sa propriété exclusive. Il en est de même des bases de données contenues dans son site, des documents téléchargeables à partir du site du référencé, ou des noms commerciaux, marques, (art. L. 713-2 du CPI), noms de domaine, enseignes et autres signes distinctifs, mis en ligne sur le site du référencé. S'il autorise le référenceur à en faire usage pour l'exécution de sa mission, c'est parce qu'il en est le véritable titulaire : cela induit qu'il soit tenu d'une garantie d'éviction de son fait personnel assurant la jouissance paisible de ces éléments à ceux qui les utilisent. Cet usage sera limité à l'objet du contrat et ne saurait excéder sa durée. Quant au référenceur, il s'engage à ne pas contester les droits y afférents et à ne pas y porter atteinte de quelque façon que ce soit¹, notamment en les modifiant ou en les supprimant. Il s'engage également à user paisiblement de tous ces éléments, et à faire en sorte que toute confusion sur leur usage et sur sa qualité de référenceur soit évitée dans l'esprit du public. De façon générale, le référencé peut accorder des droits à son cocontractant : l'essentiel est qu'ils soient déterminés et précisés.

940. D'autre part, le référencé peut souhaiter que le référenceur optimise la visibilité de son site sur les réseaux en établissant une page de référencement particulière, reflétant une certaine organisation, une structure spécifique, et contenant des méta-tags dans son code-source... Dans cette optique, le référenceur sera titulaire des droits y afférents : le contrat le précisera. De plus, sera remise en cause la surface interactive du site avec les conséquences juridiques que cela implique. A cela, s'ajoute le problème des liens hypertextes contenus dans les pages de référencement et créés par le référenceur. Non seulement, ils ne doivent pas être abusifs, mais ils ne doivent pas diriger les internautes vers des sites illicites. Autrement dit, ils ne doivent pas constituer une atteinte aux droits de propriété intellectuelle du référencé ou des tiers, ni dénigrer, diffamer, pratiquer des actes de concurrence déloyale ou de parasitisme, constituer une publicité trompeuse ou comparative... Il est nécessaire que le référenceur qui établit des liens hypertextes vers la page d'accueil du site de son client précise la mention « *Site de*

¹ A titre d'exemple, le référenceur s'interdira de déposer les marques du référenceur en quelque lieu ou dans quelque classe de produits ou services que ce soit.

(client)... », après en avoir obtenu autorisation préalable, expresse et écrite. Il en est de même pour les liens effectués en direction de pages spécifiques du site de ce même client, appelés communément « liens profonds » ou « deep linking ». A chaque fois, l'U.R.L de la page ciblée devra être indiquée clairement. De plus, le référenceur s'engagera à ce que son propre site web ne fasse pas apparaître le site de son client comme étant le sien, ni à ce qu'il ne dénature son contenu. Le référenceur devra en outre mentionner que l'internaute est dirigé vers le site de son client. Les pages du site web de chaque partie, référenceur et référencé, ne devront pas être imbriquées les unes à l'intérieur des autres, sinon devront impérativement apparaître dans une nouvelle fenêtre entière et indépendante. Enfin, aucune mise en ligne du site du référencé sous une autre adresse que la sienne ne sera autorisée : c'est la pratique du « mirroring » formellement prohibée.

941. En conséquence, tout est fait pour que les droits de propriété intellectuelle du référencé soient protégés et clairement définis. Le contrat de référencement ne manquera pas de les préciser à toutes fins utiles, et notamment pour rassurer le référencé. Bien qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion, cela n'empêche pas que soient pris en considération les intérêts de la partie qui subit le référencement, ni qu'une certaine égalité des relations contractuelles soit observée.

2) La clause relative aux responsabilités

942. Il ne s'agit pas ici de déterminer les responsabilités des outils de recherche, sinon d'envisager celles des parties au contrat : chacune est mise face à ses engagements et doit respecter ses obligations. Dans cette disposition du contrat de référencement, seront expressément mentionnés les actes susceptibles d'engager la responsabilité des uns et des autres, les dommages garantis, ainsi que les sanctions applicables telles que la suspension ou la suppression du référencement, voire la résiliation du contrat. Ainsi, à titre d'exemple, toute violation par le référencé de la législation en vigueur relative à la vente à distance¹, au droit de la consommation, à la publicité, aux jeux et concours... pourra justifier une décision de suspension ou de suppression du référencement. Car, le référenceur ne souhaite pas être associé à de tels

¹ Directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (dite « Directive sur le commerce électronique »). J.O.C.E. n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1-16.

comportements délictueux et le fait savoir à son cocontractant en insérant au contrat une disposition particulière sur ce point, telle que : « *Le client s'engage à respecter les lois et règlements applicables, notamment et de manière non limitative, celles qui régissent la vente à distance, le droit de la consommation, les ventes aux enchères, la protection des mineurs, les droits de la personnalité, la propriété intellectuelle, la cryptographie, la publicité, les jeux et concours. En cas de violation de la législation française ou étrangère, le référenceur pourra, sans mise en demeure préalable, suspendre ou supprimer le référencement.* »¹

Il est toujours préférable pour le référenceur de contrôler le contenu du site de la personne qu'il a l'intention de référencer, afin de se prémunir contre toute poursuite de la part des tiers : il fera de même pour les rubriques figurant sur la page d'accueil du site et pouvant comporter des noms douteux et/ou tendancieux. De même, il est fréquent que le référenceur prévoie des clauses limitatives ou exclusives de sa responsabilité, notamment pour informer son cocontractant qu'il n'est pas responsable des contenus que celui-ci met sur son site. Dans cette perspective, il agit à titre préventif et se protège de toute action ultérieure. La disposition suivante exprimera cette idée : « *Le référenceur assure une obligation de moyen, et en aucun cas de résultat. Il n'est ni en charge, ni responsable du développement du Contenu réalisé par le client.* »²

Le fait d'indiquer de nouveau que le référenceur n'est tenu que d'une obligation de moyen ne constitue pas une redondance par rapport à ce qui est mentionné dans la disposition relative à ses obligations : cela ne fait qu'accentuer sa portée et sa teneur. La responsabilité du référenceur sera encore limitée lorsque l'insertion de mots-clés dans le code-source du site du client ne produira pas les effets escomptés, notamment les effets commerciaux, voire aucun effet du tout, ou aura un impact négatif sur la popularité du site. Avant d'adhérer au contrat, il est alors conseillé au référencé de lire attentivement le contenu de ses clauses dont la finalité est de protéger le référenceur. Bien entendu, de telles dispositions seront réputées non écrites si elles contredisent des dispositions légales ou si elles portent atteinte aux droits des tiers. De son côté, le client-référencé peut également être protégé, notamment dans l'hypothèse où son site Internet renverrait vers un site au contenu illicite, autrement dit, si le référencement ne se déroule pas

¹ Annexe n° 13 : Article 4 al. 2 : « *Responsabilité* », *Contrat de référencement*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 248.

² Annexe n° 13 : Article 4 al. 1^{er} : « *Responsabilité* », *Contrat de référencement*, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 248.

comme prévu. Le référenceur serait seul responsable car, est chargé d'établir les liens pour faire connaître le site du client et, de manière générale, d'effectuer un référencement conformément à ce qui est indiqué au contrat. Le client doit ainsi pouvoir bénéficier d'une prestation de qualité sans encourir le moindre risque. L'engagement de la responsabilité du prestataire se formalisera alors comme suit : « *Dans le cas où le client serait inquieté pour avoir fourni l'accès vers le site cible dont le contenu serait considéré comme illicite, tous les frais, honoraires, dommages-intérêts ou autres conséquences financières seraient entièrement pris en charge par le référenceur.* »¹ Une telle disposition favorable au référencé est l'expression d'un certain équilibre et d'une égalité entre les parties.

943. Mais, dans la mesure où les référenceurs proposent à leurs clients de mettre en place des liens commerciaux et où ils suggèrent des mots-clés, ils interviennent sur le contenu de leurs sites. Si ce contenu est tendancieux, ils pourront être poursuivis. De même, s'ils reproduisent des termes protégés comme des marques ou des signes distinctifs dans le code source du site du client afin que les moteurs de recherche puissent le sélectionner plus efficacement, cela constitue le délit de contrefaçon.² La jurisprudence considère d'ailleurs que le prestataire de référencement, même s'il n'est pas l'auteur de ce délit, en est complice par fourniture de moyens.³ Afin de ne pas engager sa responsabilité, il devra alors vérifier que les mots-clés choisis ne représentent pas la marque ou la dénomination sociale d'un tiers, en un mot, un élément illicite. Car, non seulement, de tels agissements portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle de leurs titulaires, mais sur le terrain commercial, au principe de loyauté des relations commerciales. Ainsi, lorsque certains mots-clés ou balises méta sont manifestement illicites ou si le référenceur a connaissance de cette illicéité, il est tenu d'en interdire l'usage. Il engage sa responsabilité s'il ne déréférence pas un site alors que cela cause un préjudice à autrui et qu'il en est informé par un système de contrôle préalable des mots-clés qu'il a lui-même mis en place⁴, ou par une procédure d'alerte⁵

¹ Annexe n° 13 : Article 4 al. 3 : « *Responsabilité* », Contrat de référencement, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, précité, p. 248.

² CA Paris, 14 mars 2001, *Société Distrimart*, CCE 2002, n° 3, 3^{ème} esp., note Ch. Caron.

³ CA Versailles, 10 mars 2005, *Google c/Viaticum*, PIBD 2005, III, p. 428.

⁴ TGI Paris, 31 juillet 2000, *B. Delanoë c/Alta vista, Kohiba Multimédia*, Expertises 2001, p. 79. TGI Paris, Réf., 27 février 2006, *Afflelou c/Google*, CCE 2006, n° 127, obs. L. Grynbaum. TGI Paris, 3^{ème} ch., 4^{ème} section, 28 mai 2009, n° 2009/00626, *Société Look Voyages c/Google*, PIBD 2009, III, p. 1362. Legalis.net 2009/3, p. 184. TGI Paris, 3^{ème} ch., 2^{ème} section, 10 juillet 2009, *Société Bayard Presse c/Youtube*, RLDI 2009/52, n° 1723, obs. L.C. Gaz. Pal. 2009, 18 novembre.

⁵ CA Paris, 5^{ème} ch. B, 19 mars 2009, n° 08/05175, D. 2009, AJ 1275, obs. C. Manara ; RJDA 2009, n° 1129.

ou encore par un outil de vérification des mots-clés choisis par rapport aux marques déposées¹ à ce jour. Afin de rassurer son client quant au choix des mots-clés et leur validité, le référenceur peut éventuellement prévoir un test de résultats. Mais, cela ne sera pas très probant, de même que le fait de garantir que sur la base de tel mot-clé, le site du client apparaîtra à telle position pour tel outil de recherche. Dans la pratique, cela reste difficilement envisageable, d'autant que les obligations du référenceur sont surtout de moyen. Il n'est donc pas possible de prévoir le positionnement, bon ou mauvais, d'un site sur les réseaux. D'où, l'importance des choix contractuels. De plus, si les mots-clés choisis par le référenceur sont génériques, n'existent qu'en nombre réduit, et renvoient de façon involontaire à des sites litigieux, cela ne signifie pas pour autant que le référenceur soit responsable, ni qu'il ait eu l'intention de diriger l'internaute vers des sites répréhensibles. Il est dangereux d'ériger certains mots en mots suspects, c'est-à-dire de créer de la suspicion autour de certains mots, uniquement parce qu'ils ont une connotation particulière. Dans tous les cas, l'intention de nuire doit être présente chez le référenceur : un rôle actif ou une attitude active de sa part justifiera un engagement de sa responsabilité.

944. Enfin, en cas de suppression d'informations sur les réseaux, des problèmes peuvent survenir car, une donnée n'est jamais totalement supprimée sur Internet. Elle peut même être retrouvée par les outils de recherche grâce à des procédés numériques d'archivage ou de sites miroirs.² Il est alors possible que ces outils retrouvent d'anciennes références qui ne figurent plus officiellement sur des sites et, par conséquent, qu'ils continuent de les répertorier sous des éléments tels que des marques, des noms commerciaux, des enseignes... au risque d'être assignés pour contrefaçon.³ Le référenceur devra alors prouver qu'il a fait tout ce qu'il était humainement possible de faire pour supprimer une référence litigieuse et déréférencer le site en question auprès des outils de recherche. Dans une autre hypothèse, le référenceur ne sera pas responsable des agissements des outils de recherche auprès desquels il référence le site

¹ TGI Paris, Réf., 11 octobre 2006, *Citadines c/Google*, Expertises 2006, p. 438.

² Un site miroir est une copie exacte d'un autre site web. Sa finalité est surtout de fournir plusieurs copies de la même information, en particulier pour les téléchargements de grande envergure, répartissant ainsi la charge générée par un trafic élevé sur plusieurs serveurs et sites totalement séparés.

³ TGI Roanne, 27 février 2002, *Fonthieure*, RJDA 2002, n° 1208. En l'espèce, une société, après avoir cédé sa marque, en avait retiré toute référence sur son site. Mais, les moteurs de recherche continuaient à référencer cette marque en l'associant au site du cédant. Ce qui devait arriver arriva : le cessionnaire assigna le cédant en contrefaçon, mais fut débouté au motif que « *le cédant avait pris les mesures nécessaires pour faire disparaître toute référence à la marque litigieuse, et qu'il n'avait pas la possibilité d'en effacer les « traces » qui subsistaient sur le réseau.* »

de son client, comme le fait pour ceux-ci d'indexer des données illicites ou causant un préjudice à autrui¹, peu importe que lesdits outils n'aient pas directement contribué à ce résultat.

¹ TGI Nanterre, 8 décembre 1999, affaire *Linda Lacoste c/Société Multimania*, JCP éd. G 2000, II, n° 10279, note Olivier et Barbry ; JCP éd. E 2000, p. 657, note Gallot Le Lorier et Varet ; *Droit de l'internet* par l'ERCIM, JCP éd. E 2000, p. 1856, n° 5, note Mallet-Poujol et Vivant ; D. 2000, somm. Comm. p. 274, obs Ch. Caron ; Revue Lamy Dr. Aff. 2000, n° 23, n° 1459, obs Costes ; Comm. Com. Electr., janvier 2000, Actu n° 12, obs. Haas et Nectoux ; Légipresse 2000, n° 169, III, p. 38, note Adler.

Conclusion

945. Le contrat de référencement apparaît comme un contrat aux obligations équilibrées, mettant en avant la protection des droits et des intérêts du référencé, contrairement à d'autres contrats informatiques tels que les licences d'utilisation de bases de données en ligne où la partie dite faible -le licencié- se trouve dans une position précaire. De plus, si le référencé est tenu à peu d'obligations, c'est parce que son rôle est plutôt passif, à l'inverse du prestataire. Il apparaît donc normal que de nombreuses obligations soient à la charge de ce dernier, afin que la prestation à réaliser le soit conformément aux exigences et aux prescriptions de son cocontractant.

946. Aujourd'hui, la nécessité du référencement est indéniable, ce qui a donné lieu à une véritable profession, ainsi qu'à un marché en plein essor. Car, certains acteurs ont les compétences requises pour assurer au mieux la visibilité d'un site sur les réseaux. Dès lors, référencer un site n'est pas si simple qu'il y paraît : il s'agit d'une véritable stratégie marketing et de publicité que tout titulaire ou webmaster doit envisager sérieusement. Il y va de la popularité de son site et, par conséquent, de la rentabilité de son activité.¹

947. Si dans la majorité des cas, le contrat de référencement est un contrat d'adhésion, de plus en plus, des contrats négociés voient le jour, notamment lorsque le titulaire du site à référencer a une certaine notoriété et qu'il mérite de bénéficier d'un traitement particulier. Des enjeux nouveaux se profilent que nul ne peut ignorer, notamment des enjeux juridiques concernant l'utilisation des liens hypertextes, les pages de référencement et les méta-tags.² Quant aux moteurs de recherche et autres annuaires, ils conditionnent la qualité du référencement, et par conséquent, doivent être choisis avec soin. Pour certains, ils « *sont aux cybernautes ce que les points d'eau sont*

¹ *La notion de fonds de commerce à l'épreuve de l'Internet : faut-il admettre le fonds de commerce électronique ?* A. Mendoza-Caminade, dans *Libre Droit, Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz 2008, p. 763. *Le référencement sur les moteurs de recherche : un moyen de valorisation du patrimoine intellectuel d'une entreprise*, L. Tellier-Loniewski et A.-S. Cantreau, *Gaz. Pal.* 2008, 2, doct. p. 2197.

² *L'utilisation des liens hypertextes, des frames ou des méta-tags sur les sites d'entreprises commerciales*, C. Curteline, *DIT* 1999/3, p. 6. *Arpenter le web : liens, indices, cartes*, F. Ghitalla, *Terminal* 2002/86, p. 41. *Les risques numériques à l'épreuve du droit : l'exemple du lien hypertexte*, A. Mendoza-Caminade, *RLDI* 2008, n° 1312. *Un clic de trop. Le droit menace-t-il les hyperliens ?* C. Rojinsky, *Expertises* 2000, p. 430. *L'ingénierie des mots*, J. Larrieu, dans *Libre Droit, Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz 2008, p. 590.

aux nomades du désert. Indispensables à la survie, ils sont des lieux de passages forcés. »¹ Ce qui résume clairement leur utilité indiscutable.

948. Les contrats de référencement tiendront compte de tous ces éléments, et du fait de leur objet ainsi que de la nature des obligations des parties², apparaîtront comme de véritables contrats de partenariat. Ils ont donné lieu aux contrats dits de référencement-affiliation (voir Seconde Partie, Titre II, Chapitre II) qui, si en reprennent certains de leurs aspects, se situent un cran au-dessus, dans la mesure où leur objet ne consiste pas simplement à établir des liens renvoyant vers un site précis, le site cible, sinon à le promouvoir en tant que site partenaire, notamment en lui envoyant du trafic. L'affiliation constituant alors une véritable technique marketing.

¹ *Les glaneurs d'informations sur Internet*, F. Pisani, Le Monde, 6 mai 1996, p. 19.

² *Les contrats de référencement dans Internet*, A. Diméglio, CCE mars 2001, chron. n° 8. *Les contrats spéciaux des réseaux numériques*, in *Le contrat électronique*, J. Larrieu, Travaux de l'Association Henri Capitant, éd. Panthéon-Assas, 2002, Journées Nationales, Tome 5, Toulouse – 2000, p. 85.

TITRE II : SOUPLESSE ET FLEXIBILITE

949. Mises à jour et affiliation sont deux prestations de services intéressantes qu'il convient d'étudier successivement en tant que remèdes respectifs à la maintenance et à l'infogérance. S'agissant des mises à jour, elles sont entendues ici dans un sens d'amélioration et seront analysées sous deux aspects : d'une part, les mises à jour informatiques concernant des « biens » tels que les logiciels, les sites Internet, les bases de données, les liens hypertextes... et des prestations de services telles que l'outsourcing, l'affiliation... ; et d'autre part, les brevets de perfectionnement et les licences de dépendance. Dans les deux cas, l'intérêt est d'apporter un certain progrès, de contribuer à l'évolution de l'état de la technique, en un mot, de favoriser l'innovation. De plus, les contrats de mises à jour en tant qu'antidotes aux contrats de maintenance, apparaissent comme des solutions efficaces offrant souplesse et latitude aux parties.

950. Quant à l'affiliation, elle fait référence à un phénomène fréquent sur Internet que l'on ne peut ignorer depuis quelques années et qui met en relation plusieurs personnes, afin de promouvoir l'activité de l'un d'entre eux. Plus qu'un phénomène, il s'agit d'une véritable stratégie marketing qui bouleverse les relations traditionnelles entre parties et qui mérite quelque attention.

951. Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse de mise à jour (Chapitre I) ou d'affiliation (Chapitre II), les développements qui vont suivre mettront l'accent sur la liberté et la flexibilité qui gouvernent les relations contractuelles.

Chapitre I : L'antidote au contrat de maintenance : Le contrat de mises à jour

Introduction

952. Par définition, les mises à jour consistent à améliorer une chose, un outil, un service, une fonctionnalité... en un mot, à rendre de tels éléments plus efficaces, plus performants et, selon le contexte, plus rentables sur le plan économique. L'intérêt d'une mise à jour étant de prendre en compte les besoins de la personne qui va en bénéficier et de les adapter à ses desideratas : les mises à jour sont donc personnalisables. Dans d'autres cas, elles peuvent être plus générales, dans la mesure où elles seront prévues dans le cadre d'un contrat, peu important les caractéristiques du cocontractant qui en profitera, ce qui suppose un *intuitus personae* faible. Les licences de logiciels constituent un exemple de contrat comportant des mises à jour à destination de licenciés sans considération de leur personne, à l'inverse des licences de logiciels spécifiques qui, au contraire, organisent de telles mises à jour en tenant compte des attentes spécifiques de leurs bénéficiaires. Par ailleurs, quel que soit le domaine concerné, la mise à jour est essentielle : elle parfait les compétences, contribue à l'évolution, est signe de progrès, de développement, voire de réforme, mais de réforme « légère ». A défaut, il s'agirait de refonte complète, ce qui est antinomique à la mise à jour. La mise à jour apparaît donc sous différentes formes : de la simple « retouche » appelée « patch » en anglais, elle peut prendre la forme de révision ou de perfectionnement, ce qui suppose une petite rénovation, mais aucunement un bouleversement radical.

953. S'agissant d'une base de données, la mise à jour consistera à réorganiser, à ajouter, à modifier, à rectifier ou à supprimer une ou plusieurs données de sa table, dès lors qu'elle nécessitera une actualisation pour être en conformité avec un domaine d'activités, une profession, des lois ou des règlements... en un mot, ce qui détermine le contenu de la base. Ainsi, lorsqu'une recherche sera effectuée, l'affichage des résultats sera « mis à jour ». La mise à jour d'un annuaire consistera en la réalisation de tâches similaires, sauf que les données prendront aussi la forme de liens hypertextes ou de noms de domaine. Pour un moteur de recherche, il s'agira d'actualiser ses fonctionnalités techniques pour qu'il puisse afficher rapidement les résultats -sous

forme de liens- renvoyant à des sites Internet en fonction des bons mots-clés insérés. Si ces derniers n'ont pas été correctement mis à jour dans la base du moteur de recherche, les résultats obtenus seront faussés. D'où, l'intérêt d'un travail de mise à jour efficace et régulier.

De même, mettre à jour des liens hypertextes consistera à les actualiser s'ils ne sont plus fonctionnels, c'est-à-dire s'ils ne renvoient plus vers la page sur laquelle ils pointaient, pour différentes raisons. Il s'agira encore de modifier le texte des liens pour améliorer leur utilité et ne pas créer de confusion dans l'esprit du public, donc de faire tout un travail stratégique dans l'intérêt de leurs titulaires.

En matière logicielle, la mise à jour pourra consister à établir une « nouvelle » version du programme, plus efficace et surtout plus stable lorsque celui-ci sera chargé sur un ordinateur, car renfermera les corrections de bogues ainsi que des améliorations mineures. Cette version correspond à un état donné de l'évolution du logiciel.¹ Concrètement, sera téléchargé un nouveau programme logiciel, un élément d'un logiciel ou le contenu de données nouvelles. La société *Microsoft* définit la mise à jour sous un aspect informatique comme « *un correctif généralement publié pour résoudre un problème spécifique. Une mise à jour traite d'un bogue non critique et non lié à la sécurité* ». Quant aux mises à jour logicielles elles-mêmes, elle les définit en les énumérant, puisqu'il s'agit de « *tout correctif², Service Pack³, Feature Pack⁴, mise à jour critique, mise à jour de sécurité ou correctif utilisé pour améliorer ou corriger un produit logiciel publié par Microsoft Corporation.* »

954. Dans le cadre de prestations de services telles que celle d'affiliation, la mise à jour consistera pour l'affilieur à améliorer l'animation de son réseau afin que ses affiliés le restent et soient motivés dans leur rôle de promouvoir le site dudit affilié.

¹ Notons que pour identifier les versions du logiciel, un numéro lui est donné, voire dans certains cas, un nom symbolique. Par exemple, le logiciel de traitement de texte « *Word* » existe en version « *Word 2000* » : il s'agit de la version commerciale car, pour sa version technique, c'est la version 9.0.2812.

² Un « *correctif* » est « *un package cumulatif qui contient un ou plusieurs fichiers utilisés pour résoudre un problème dans un produit et sont cumulatifs au niveau binaire et fichier. Un correctif traite d'une situation de client spécifique et ne peut pas être distribué à l'extérieur de l'organisation du client.* »

³ Un « *Service Pack* » est « *un ensemble cumulatif testé de correctifs, de mises à jour de sécurité, de mises à jour critiques et de mises à jour. Les Services Packs peuvent également contenir des correctifs supplémentaires pour des problèmes identifiés en interne depuis la publication du produit et une quantité limitée de fonctionnalités ou de modifications de conception demandées par les clients.* »

Voir le site de *Microsoft* : <http://www.microsoft.com>

⁴ Un « *Feature Pack* » est « *une nouvelle fonctionnalité de produit d'abord distribuée en dehors du contexte d'une version finale de produit et généralement fournie avec la version finale suivante.* »

Concrètement, ce dernier proposera à ses partenaires des rémunérations alléchantes, des systèmes de bonus... (voir Seconde Partie, Titre II, Chapitre II). La mise à jour consistera également à actualiser les liens ou les outils techniques renvoyant du site de l'affilié vers celui de l'affilieur. Dans la même lignée, en matière de site web, la mise à jour consistera à améliorer son « facies », c'est-à-dire son aspect esthétique, par exemple, au moyen d'effets spéciaux visuels et/ou sonores captant les internautes, ou au moyen de couleurs vives, d'objets, de titres en mouvement, de photos et d'animations... Outre l'aspect commercial et ludique du site, son aspect technique sera également remanié (voir supra n° 999 s.). Des prestations telles que celle d'outsourcing feront également l'objet de mises à jour (voir supra n°1010). Les critères de définition et d'organisation des mises à jour divergeront alors selon les cas de figure.

955. Dans le cadre d'œuvres du monde analogique, des mises à jour sont également nécessaires. C'est le cas des livres regroupant les ouvrages d'actualité, les essais, les manuels pédagogiques ou universitaires pour lesquels des mises à jour régulières interviennent en raison de l'évolution perpétuel des sciences, de l'histoire et des disciplines telles que le droit ou l'économie... En effet, leur contenu change en fonction des découvertes scientifiques, des événements historiques, législatifs, financiers, boursiers... ou autres. D'où, une mise à jour s'impose d'elle-même, afin que l'œuvre poursuive son but d'utilité et ne soit pas déjà « dépassée » pour celui qui cherche des données récentes. Toutefois, contrairement à des œuvres logicielles, l'ouvrage « obsolète » pourra toujours être consulté dans un but historique, donc conservera une certaine finalité. Ces remarques valent tant pour les livres « physiques » que pour les livres numérisés, consultables en ligne. En revanche, un logiciel qui n'est pas mis à jour régulièrement rencontrera des difficultés techniques d'utilisation. De plus, il est voué à être remplacé au bout de quelques années par un logiciel concurrent s'il n'a pas fait lui-même l'objet d'une nouvelle version, l'informatique étant un domaine qui évolue rapidement. Un tel raisonnement ne serait pas envisageable pour un ouvrage qui, même s'il n'a pas fait l'objet de rééditions depuis quelques années, ne peut être véritablement « remplacé » par un ouvrage concurrent. Il aura simplement une utilisation plus limitée, une utilisation historique ou même pédagogique, par exemple, si aucun auteur ne s'est aventuré à traiter du sujet visé. Tous les ouvrages ne traitant pas exactement des mêmes thèmes d'étude, la concurrence est envisagée différemment. Bien entendu, les observations précédentes ne concernent pas les ouvrages de fiction qui, par définition,

sont exclus de toute mise à jour. En effet, les histoires racontées dans les romans ou les bandes dessinées, une fois qu'elles sont publiées, ne changent plus. Il peut y avoir une suite aux histoires, mais l'auteur ne peut jamais revenir sur les faits tels qu'il les a exposés. Enfin, l'absence de clause de mise à jour dans un contrat d'édition pour un livre n'interdit pas à l'auteur et à l'éditeur de convenir ultérieurement des conditions d'une mise à jour si celle-ci n'avait pas été prévue à l'origine : cela est fréquent dans la pratique. Dans le cadre de contrats d'adhésion tels que les licences de logiciels, si des mises à jour ne sont pas prévues, il ne sera pas possible d'en demander par la suite. Par ailleurs, les traductions d'un ouvrage étant incluses dans les mises à jour, si son contenu est actualisé, il doit en être de même pour sa traduction en d'autres langues. A défaut, l'éditeur pourra toujours trouver une solution de « contournement » en procédant lui-même à sa traduction ou en demandant à un tiers de l'effectuer. Cet aspect des mises à jour se retrouve en matière logicielle, les programmes étant édités en plusieurs langues.

956. De ces développements, il en résulte que la mise à jour peut prendre différentes formes et ne s'analyse pas de la même façon selon la nature de l'œuvre visée, matérielle ou immatérielle. Pour les biens ou services liés aux technologies, la mise à jour sert à améliorer leur rendement ou leur efficacité et constitue une adaptation, une amélioration, que ce soit à leur environnement direct, ou à l'état de l'art, de la technique... Il s'agit plus précisément de versions corrigées qui se caractérisent par une identité au niveau des fonctionnalités, mais en aucun cas, d'une nouvelle version au sens courant du terme qui a pour objet une remise en cause, une transformation complète. Car, il ne s'agit pas de transformer en profondeur le produit ou le service visé : une refonte complète aboutirait à la création d'un nouveau produit ou service, qui n'aurait plus rien à voir avec celui prévu initialement. Or, cela n'est pas le but recherché par la mise à jour. C'est pourquoi, certains utilisent le terme de « *mise à niveau* »¹ pour désigner une opération particulière comme changer un composant décisif d'un ordinateur pour le rendre plus performant ou plus adapté aux logiciels qui y seront installés. Il est entendu que la mise à niveau vise aussi une prestation de services téléchargeant ou chargeant un nouveau logiciel aux fonctionnalités additionnelles, ou le contenu de données nécessaires à son fonctionnement... Cela signifie que les mises à

¹ Microsoft définit la mise à niveau comme un « *logiciel qui remplace une version installée d'un produit par une version plus récente du même produit. Le processus de mise à niveau laisse généralement intactes les données et les préférences existantes du client tout en remplaçant le logiciel existant par la version plus récente.* »

Voir le site de Microsoft : <http://www.microsoft.com>

jour suivront toujours une logique similaire : celle adaptée à tel ou tel matériel sur lequel est installé le logiciel en question. Si la méthode utilisée ne convient plus pour de multiples raisons, une autre viendra la remplacer.

957. Toutefois, en aucun cas, la mise à jour n'aura vocation à corriger ou à réparer. A défaut, il s'agirait de maintenance (Voir Première Partie, Titre II, Chapitre I). De plus, les mises à jour doivent être impérativement distinguées des versions adaptées ou réactualisées entrant dans le cadre d'une maintenance adaptative et qui se situent à mi-chemin entre la mise à jour et la maintenance car, comportant certains de leurs aspects. Elles seront également distinguées du suivi logiciel entrant dans le cadre de la maintenance évolutive ainsi que des nouvelles versions appelées « *releases* » en anglais, impliquant que les logiciels visés ont subi des modifications importantes. Si les modifications sont réellement substantielles, cela donnera naissance à un nouveau logiciel. Enfin, le « *support* » suggère parfois une mise à jour : en réalité, il entre dans le cadre de la maintenance corrective. Une telle confusion de la mise à jour avec la maintenance n'est donc pas envisageable, même si elle n'est pas rare dans la pratique, en particulier par les novices en la matière. Pourtant, les mises à jour au sens strict du terme n'ont rien à voir avec la maintenance, même si elles en sont indiscutablement liées (voir Première Partie, Titre II, Chapitre I). Les mêmes observations pourraient s'appliquer aux sites Internet, puisque les mettre à jour implique une mission différente de celle de la maintenance. Il s'agit également de savoir jusqu'à quel degré on peut légitimement parler de mise à jour.

958. La mise à jour pose donc de nombreuses difficultés quant à sa définition et son champ d'application. Pour éviter tout risque d'ambiguïté ainsi que tout problème d'interprétation, le contrat prévoyant les mises à jour devra utiliser expressément le terme approprié de « mise à jour » à défaut de tout autre. Notamment, dans une clause relative aux définitions, seront définis les termes de « mise à jour », de « nouvelle version », de « release »... Ainsi, seront évacués les problèmes de sens. Dans le cadre du présent chapitre, il sera essentiellement question de mise à jour dans le cadre des technologies issues du numérique, et l'accent sera mis sur l'opposition avec la maintenance. Ainsi, sera principalement envisagée l'étude de la mise à jour de biens incorporels tels que les logiciels et les sites Internet. La mise à jour des prestations de services ne sera pas en reste, puisque sera envisagée celle d'infogérance. Des

croisements seront alors effectués avec les chapitres abordant ces différents thèmes, ce qui rendra l'analyse d'autant plus complète et intéressante. La mise à jour sera entendue au sens large car, elle révèle des réalités différentes. Ainsi, elle englobera tant les développements et améliorations informatiques que les brevets de perfectionnements d'inventions, en particuliers logicielles. Ces deux aspects des mises à jour seront présentés au mieux en mettant en évidence leurs conséquences juridiques. Il sera également expliqué en quoi la mise à jour constitue un remède à la maintenance. L'intérêt consistera également à répondre aux questions suivantes : la mise à jour est-elle une forme d'assistance ? Et si oui, jusqu'à quel point ? De plus, le perfectionnement est-il une mise à jour conséquente ?

959. En premier lieu, les mises à jour réalisées dans le cadre des technologies issues du numérique seront étudiées (Section 1). Si elles paraissent s'opposer à la maintenance, non seulement au niveau de leur définition, mais aussi par la souplesse du cadre contractuel dans lequel elles s'insèrent, il faut nuancer certains aspects des mises à jour. En effet, à première vue, la liberté et la flexibilité de leur mise en œuvre, ainsi que parfois la gratuité, les caractérisent. Mais, en réalité, tout cela doit être tempéré. De plus, les caractères de souplesse, d'adaptabilité et de facilité d'application des mises à jour justifient leur succès par rapport à la maintenance et expliquent en quoi elles représentent un antidote à ladite maintenance. Ces mises à jour « en tant que telles » seront suivies de l'analyse d'une autre catégorie de mises à jour : les brevets de perfectionnement qui nécessitent la rédaction de licences de dépendance pour pouvoir exploiter légitimement l'invention visée (Section 2).

Section 1 : Les mises à jour informatiques ou un régime de souplesse et de liberté

Remplacer purement et simplement un matériel informatique, un logiciel ou même un site web peut coûter cher : d'où, l'intérêt des mises à jour les « dépoussiérant », les rénovant d'une certaine façon, et mettant en place des applications plus récentes. Ces améliorations s'insèrent dans le cadre de contrats qu'il convient de présenter (A) avant d'envisager leur analyse sous l'angle des biens et services visés. Ceux-ci sont nombreux (contrats de mises à jours de bases de données, de moteurs de recherche, d'annuaires, de liens hypertextes...) ; cependant, notre étude se focalisera sur celle des mises à jour des logiciels en ce qu'ils nous interpellent comme référentiel en matière de mises à jour dans le domaine informatique (B). Sera également abordé le thème des mises à jour des

sites Internet (C). S'agissant des mises à jour des prestations de services, l'outsourcing (D) fera l'objet d'une attention particulière.

A) Les principes régissant les contrats de mises à jour

Organiser le déroulement des mises à jour ne s'improvise pas : un contrat réfléchi doit être élaboré (1). Car, les mises à jour sont essentielles pour tout bien ou service informatique. Ce qui amène à se poser la question suivante : les mises à jour relèvent-elles d'une obligation de moyen ou de résultat ? (2)

1) Une organisation des mises à jour réfléchie

960. La mise à jour en tant que telle est organisée au sein d'un cadre contractuel cohérent, clair et transparent, prenant la forme, soit de stipulations contractuelles précises, soit d'un contrat entier, voire dans certains cas, d'une annexe audit contrat. Des contrats prévoyant des mises à jour peuvent également être prorogés autorisant leur poursuite : certaines licences de logiciels mettent en oeuvre un tel dispositif. De même, des contrats d'abonnement de mises à jour sont possibles, contrat à exécution successive ou plutôt à exécution échelonnée¹, impliquant une exécution plus ou moins prolongée dans le temps. Certains concernent les bases de données² avec différentes options laissées au bénéficiaire.

961. Tout d'abord, certains contrats feront la distinction entre les différents types de mises à jour fournies, à l'instar de *Microsoft* qui a adopté une terminologie standard en la matière.³ Sont ainsi définies : les mises à jour en tant que telles, les mises à jour logicielle, les mises à jour critiques, les mises à jour à la demande, les mises à jour critiques à la demande, les mises à jour cumulatives, les mises à jour de sécurité, afin qu'il n'y ait pas la moindre confusion dans l'esprit du cocontractant, mais aussi, dans un souci d'exhaustivité. L'intérêt étant de bien cibler le problème du client et qu'à chaque problème, il y a une solution précise. Dans tous les cas, seront pris en compte différents critères tels que les besoins, les objectifs, les exigences du cocontractant demandeur de mises à jour, ainsi que le budget consacré si le contrat n'est pas d'adhésion. Dans une

¹ *Les contrats à exécution échelonnée*, L. Cros, D. 1989, chron. n° 49.

² *Contrat d'abonnement au disque Télécom*, Revue Expertises 1994, p. 102 et 103.

³ Voir la terminologie standard de *Microsoft* en matière de mises à jour logicielles sur son site : <http://www.microsoft.com>

telle hypothèse où la négociation est possible, la partie sollicitant les mises à jour aura quelques requêtes à satisfaire, ce qui implique qu'elle ait en face d'elle un prestataire à son écoute, d'ailleurs choisi en connaissance de cause. Si les mises à jour sont effectuées de façon ponctuelle, au gré de leurs bénéficiaires, en fonction de la survenance de certains événements, on considèrera que le contrat est aléatoire, ce qui est fréquent en matière d'abonnement, celui-ci pouvant être commutatif ou non selon les cas. Les obligations des parties découlent donc d'un événement incertain et ne sont pas forcément équivalentes. La conséquence est que les modifications apportées au contrat ont peu d'importance, sont hors de proportion avec le prix ou les redevances versées, ce qui ne constitue pas une cause de nullité dudit contrat.¹ D'où, la flexibilité caractérisant les contrats de mises à jour.

962. De plus, si le contrat est d'abonnement, cela implique que le prix puisse être modifié par une clause de révision, même si ledit prix est forfaitaire, fixé globalement à l'avance, ce qui donne encore une grande souplesse au contrat. D'ailleurs, si les mises à jour ne doivent pas être prises à la légère sur le terrain contractuel, c'est parce qu'elles constituent un « passage obligé » et en réalité, le premier pas vers un projet maîtrisé, qu'il s'agisse de conception de logiciel, de site web, de base de données, ou de réalisation de prestation telle que celle d'outsourcing. En effet, ces différents biens et services ne peuvent sérieusement se concevoir sans une mise à jour bien organisée, et surtout, strictement encadrée. Dès lors, le contrat de mise à jour présentera l'essentiel des règles du jeu en la matière et sera un document de référence destiné à éviter les « débordements » de l'une ou l'autre partie, ainsi que les malentendus. En outre, les résultats attendus des mises à jour avec la définition des indicateurs pour les évaluer seront précisés. Ce dernier élément est essentiel : en dépend le succès des mises à jour. Car, il est nécessaire de ne pas s'engager dans un projet s'il n'est pas voué à évoluer, en particulier dans un domaine aussi mouvant que les technologies de l'information et de la communication. Les logiciels, les bases de données, les sites web et même les liens hypertextes, ne peuvent rester figés dans le temps et sont inévitablement amenés à être modifiés. Il en est de même pour les prestations de services telles que l'infogérance ou l'affiliation mettant en jeu pour l'un, un système informatique, des logiciels et, par conséquent, des licences, et pour l'autre, les sites Internet de deux partenaires avec les outils informatiques qui y sont attachés. Aussi, bien connaître les tenants et les

¹ CA Paris, 24 mars 1992, DIT 1994/2, p. 32.

aboutissants des mises à jour envisagées est fondamental. Cela permettra d'autant plus de calculer le retour sur investissement réalisé, les biens et les services mis à jour représentant d'une certaine façon un investissement qu'il faut développer et améliorer continuellement. Dans cette perspective, les modes de mise à jour doivent être expressément indiqués au contrat, ainsi que leur fréquence, leur délai, leur prix ou leur gratuité... Au surplus, les mises à jour seront faciles d'accès, même pour un utilisateur non averti, ce qui lui donne une grande autonomie et une indépendance en la matière.

963. Même dans le cadre d'un contrat où la négociation est de rigueur, les mises à jour seront envisagées selon une fréquence déterminée en fonction des critères précités. Certes, les besoins de la partie visée seront considérés, mais avec l'œil averti du prestataire et selon ses conseils de professionnel : aussi, même dans le cas d'un contrat où chacune des parties aura exprimé ses intentions, ledit prestataire aura le dernier mot et organisera les modalités d'exécution des mises à jour, leur planning, ainsi que leurs conditions d'intervention. Pour ce faire, il s'appuiera notamment sur la « maturité » du produit ou du service visé (c'est-à-dire son état évolué à un instant t) le nombre d'utilisateurs, son organisation interne technique et commerciale... Seront également mentionnées la nature des mises à jour, mineures ou majeures, les personnes habilitées à les réaliser, la nature des actes qu'ils effectueront concrètement... Si des mises à jour en tant que telles ne peuvent être effectuées, des solutions dites de contournement ou de remplacement pourront être prévues afin de permettre au bien ou à la prestation visée de continuer à remplir son rôle (supra n° 977). Bien entendu, il ne s'agira pas de mettre en oeuvre une quelconque maintenance, qui se distingue en tous points de la mise à jour.

964. Par ailleurs, le contrat indiquera que les mises à jour seront fournies progressivement, qu'elles ne pourront l'être à n'importe quel moment de la vie du bien ou du service qui en est l'objet. En d'autres termes, elles se feront au fur et à mesure de leur réalisation et de leur disponibilité. Leur bénéficiaire ne pourra les exiger quand bon lui semblera¹ : elles lui seront fournies dès lors que son cocontractant le jugera

¹ A l'inverse, *Microsoft* prévoit des mises à jour « à la demande », définies comme des « correctifs devant respecter certains critères : l'activité du client doit fonctionner avec peu ou pas d'interruption de service. Il peut s'agir d'une absence de solution contournement efficace, d'une conséquence critique sur l'entreprise ou d'autres raisons. » *Microsoft* prévoit également les « mises à jour critiques à la demande », d'un niveau supérieur, et qui sont des « correctifs particuliers demandés par tout client qui subit une perte importante ou la dégradation de services professionnels. » Dans les deux cas, qu'il s'agisse de mises à jour à la demande ou de mises à jour critiques à la demande, elles pourront être demandées par tout client, quel que soit son niveau de support, et seront adaptées à ses besoins.

nécessaire¹, compte tenu de sa maîtrise de la technique, de son expérience et de ce qui se fait dans la pratique, et selon le respect de délais, s'ils sont précisés. Rares sont donc les mises à jour fournies dans l'urgence.² Pendant la durée du contrat, le prestataire s'engagera à assurer le service des mises à jour selon les moyens prévus (fourniture de CD-ROM comprenant les mises à jour, téléchargement direct des mises à jour avec communication d'un login et d'un mot de passe...).

965. Tout cela sera envisagé différemment selon la nature de l'objet mis à jour (voir infra n° 952 s.). A titre d'exemple, la périodicité des mises à jour d'un logiciel sera différente de celle d'un site web : si un logiciel a besoin de mises à jour régulières du fait de son obsolescence rapide, de l'évolution constante des systèmes informatiques sur lequel il fonctionne, des attaques virales toujours plus inédites dans le but de le rendre instable ou d'empêcher son fonctionnement..., un site web nécessite des mises à jour moins fréquentes. Elles dépendront ainsi de l'évolution naturelle du site, de son caractère « dépassé », « vieillot », lié davantage à son aspect esthétique que technique. A côté de cela, les mises à jour d'un site d'e-commerce concerneront les prix des produits ou des services commercialisés qui doivent être modifiés régulièrement à chaque fois que cela est nécessaire, afin de ne pas tromper le consommateur. De même, les liens hypertextes et les interfaces graphiques seront actualisés en fonction des articles ou services présentés en ligne, des commentaires auxquels ils renvoient. Des « rafraîchissements » seront opérés en quelque sorte.

966. Par conséquent, la mise à jour ne désigne pas à chaque fois la même réalité : il s'agira tantôt d'amélioration, tantôt d'actualisation, ou encore d'évolution... et leur rythme de distribution variera d'un prestataire à l'autre. D'où, l'intérêt de le préciser au contrat pour éviter tout litige ultérieur. Dans tous les cas, pour bénéficier de nouvelles mises à jour, il faut que cela soit expressément stipulé au contrat. Sera également

Voir le site de *Microsoft* : <http://www.microsoft.com>

¹ Lorsqu'un client est abonné aux mises à jour, il les reçoit régulièrement ou est informé qu'il peut les trouver sur internet.

² La société *Microsoft* distingue entre différents types de mises à jour : les mises à jour « critiques » ou « dans l'urgence » étant des « correctifs publiés pour résoudre un problème spécifique relatif à un bogue critique mais non lié à la sécurité ». Les « mises à jour de sécurité » étant des « correctifs généralement publiés pour résoudre un problème de sécurité spécifique. Les problèmes de sécurité sont évalués en fonction de leur gravité », sachant que l'évaluation de cette gravité est indiquée dans le bulletin de sécurité *Microsoft* comme risque critique, important, modéré ou faible. Les mises à jour de sécurité sont disponibles par téléchargement et sont accompagnés de deux documents : un bulletin de sécurité et un article de la « *Base de connaissances Microsoft* ».

Voir le site de *Microsoft* : <http://www.microsoft.com>

précisée la manière dont le bénéficiaire sera informé de l'existence de ces mises à jour : à ce titre, le courrier électronique est le moyen le plus utilisé en matière de logiciel, et pour une prestation aussi individualisée et personnalisée que l'outsourcing, plusieurs options seront laissées au prestataire, allant de l'envoi du courrier postal à l'envoi d'un e-mail ou autre... Le contrat précisera également ce qui est exclu ou non de son objet, comme, par exemple, l'assistance technique, l'installation elle-même des mises à jour, la formation... Parfois encore, le contrat prévoira la remise de documentation relative aux mises à jour afin de mieux les appréhender et d'utiliser le bien visé : c'est notamment vrai en matière de logiciel. L'installation des mises à jour sera précisément organisée ainsi que leur recette. C'est là que se manifesterà le devoir de conseil, d'information, voire de formation du prestataire à l'égard de ses clients.

967. En outre, le contrat doit laisser la possibilité à la partie concernée de refuser la mise à jour. Certes, en matière de logiciel, il lui sera recommandé de ne pas la refuser, tant il s'agit d'un domaine technique complexe pour lequel un novice n'a aucune visibilité et ne peut que se fier à l'expérience de son cocontractant. A l'inverse, par exemple, en matière de sites web, certaines mises à jour non indispensables pourraient être refusées sans conséquence, en particulier s'il s'agit de mises à jour esthétiques. Certaines mises à jour ne sont donc pas obligatoires et le contrat doit être transparent sur ce point. Tout cela est synonyme de souplesse et implique une latitude laissée au bénéficiaire, ce qui n'est pas courant en matière contractuelle.

968. Quant à la durée elle-même du contrat, elle variera selon la nature du bien mis à jour ou la prestation visée. En matière de logiciel, elle sera souvent d'un an, renouvelable par tacite reconduction. Dans l'hypothèse d'un contrat d'abonnement, il sera laissé au bénéficiaire des mises à jour la possibilité de le limiter dans le temps. Le contrat pourra être également indéterminé, en particulier si le contrat de mise à jour est un contrat d'abonnement, ce qui autorise à le résilier à tout moment, sous réserve d'un délai de préavis suffisant et, parfois, du paiement de certaines échéances selon les termes du contrat. La partie concernée décidera ensuite si elle souhaite continuer à bénéficier des mises à jour après l'expiration de son contrat. Si tel est le cas, un avenant sera rédigé, à condition que le contrat offre la possibilité de négocier. Dans d'autres hypothèses, un nouveau contrat venant à la suite du contrat initial pourra intervenir pour renouveler les mises à jour. Certaines licences apportent une telle solution.

969. Enfin, une clause relative aux droits de propriété intellectuelle peut être insérée au contrat pour déterminer qui est titulaire des droits sur les mises à jour. Un logiciel, une base de données ou un site Internet représentant des œuvres de l'esprit juridiquement protégées, il est nécessaire de considérer cet aspect et de mentionner que les mises à jour n'appartiennent pas à leur bénéficiaire : elles restent la propriété du titulaire de l'œuvre visée.¹ De même, la mise à jour de liens hypertextes à la disposition d'un affilié par un affilié pour les besoins de sa mission soulèvera les mêmes interrogations.

970. La question des droits intellectuels est également liée à celle de la considération de la personne. En effet, les mises à jour étant fournies à une personne en particulier et concernant le plus souvent une œuvre de l'esprit, le contrat sera considéré comme conclu *intuitus personae* et les mises à jour ne pourront être cédées à un tiers. A défaut, la résiliation serait de droit. Les mises à jour ne pouvant être restituées, étant intégrées aux biens ou aux prestations visées, la sanction paraît justifiée car, il est difficile de réparer concrètement un tel manquement à ses obligations. Afin de se prémunir de toute situation, le contrat envisagera la question de la responsabilité de chacun.

971. Quant à la clause de résiliation, elle prévoit en général qu'en cas de manquement de l'une des parties à ses obligations, le contrat sera résilié, avec pour particularité que dans le cadre des contrats d'abonnement, les sommes versées par le client fautif demeureront acquises du prestataire. Dans l'éventualité où le prestataire aura manqué à ses obligations il sera tenu de rembourser au client les sommes versées au titre de l'abonnement annuel.

972. Les développements précédents laissent entendre que la mise à jour doit être facilitée et optimisée, et qu'est recherché un équilibre entre les parties. Les termes du contrat exprimeront ces valeurs. Ainsi, les mises à jour seront réalisées selon une idée de bon sens à laquelle sera associée l'expérience professionnelle de l'un et les besoins particuliers de l'autre. L'objectif est de ne pas laisser le bénéficiaire des mises à jour dans une situation inconfortable, c'est-à-dire dans une situation précaire, et de faire en sorte que les intérêts de chacune des parties soient quasi-équivalents. Dans tous les cas,

¹ A titre d'exemple, *Microsoft* précise que « les clients ne peuvent pas redistribuer de correctifs cumulatifs sans le consentement légal écrit de *Microsoft* ». Ces correctifs cumulatifs étant une catégorie de mises à jour. Voir le site de *Microsoft* : <http://www.microsoft.com>

les contrats relatifs aux mises à jour seront plus souples que dans les autres contrats : selon qu'ils seront ou non d'adhésion, ils laisseront une large marge de manœuvre à la partie bénéficiaire qui pourra choisir la nature des mises à jour ou en refuser purement et simplement. Les choix d'organisation des mises à jour ne seront donc pas pris à la légère. Le contrat pourra proposer un service actualisé régulièrement et déployer une nouvelle version de ce service. Le prestataire chargé des mises à jour mettra en garde son client sur son efficacité. Il le conseillera au mieux de ses intérêts et, par exemple, pour que son système informatique fonctionne sans problème technique, lui recommandera d'installer les mises à jour aux moments indiqués. Devoir de collaboration du client et devoir de conseil, de mise en garde et d'information du prestataire se complètent alors dans un contrat mettant en oeuvre l'équilibre des relations contractuelles, et qui condamne toute ambiguïté technique et organisationnelle. En effet, le prestataire devra inciter le client à retenir une solution de mise à jour qui corresponde objectivement à ses besoins et qui ne risque pas de désorganiser son système informatique, voire son entreprise, dans les cas les plus extrêmes. Quant audit client, il fera connaître expressément ses besoins à son cocontractant et les définira avec précision.¹ Dès lors, les informations échangées entre parties et destinées à rendre le bien ou la prestation mise à jour performante et opérationnelle, dans un cadre sécurisé pour les personnes, l'objet du contrat et son environnement, favorisent la transparence et apportent davantage d'harmonie au sein du contrat. Est également atténué le sentiment de précarité de la partie bénéficiant de la mise à jour, l'objectif premier étant que leur déroulement ne soit pas compromis et s'effectue dans les meilleures conditions possibles, et conformément au contrat.

La rédaction du contrat de mise à jour ou de la clause de même nom appelle aussi à se demander s'il est judicieux que les mises à jour répondent à une obligation de moyen ou de résultat.

2) Le succès des mises à jour : une obligation de résultat ?

973. Comme dans la plupart des contrats, les prestataires préféreront assurer une obligation de moyen à l'égard de leurs cocontractants, l'obligation de résultat étant trop contraignante. Les termes du contrat revendiqueront fermement cette position, en

¹ Cass. com., 11 janvier 1994, RJDA n° 6, 1994, p. 937.

particulier lorsqu'ils seront d'adhésion. Si le contrat est négocié, il est conseillé au client d'exiger une obligation de résultat s'agissant des mises à jour, dans le sens où celles-ci devront être opérationnelles et efficaces, livrées dans le respect des délais prévus, prêtes à l'emploi et les plus complètes possible. Pour ce dernier aspect, il est recommandé de demander des mises à jour qui contiennent tous les correctifs importants publiés actuellement, ainsi qu'une solution de contournement. Devront être pris en compte les problèmes habituellement relevés pour éviter qu'ils ne se reproduisent et qu'ils aient des répercussions sur l'activité du client. D'où, la nécessité de mettre au point des mises à jour efficaces. Certains prestataires ont prévu un tel dispositif dénommé « *mise à jour cumulative* », à une fréquence régulière.¹ Il se veut très protecteur et sur-mesure, recherché par tout client désireux de ne courir aucun risque et de bénéficier de la meilleure protection existant sur le marché. Il serait aussi judicieux de prévoir des pénalités pour absence de mises à jour convenues. Une telle demande du client peut sembler exagérée et difficile à faire accepter dans la pratique ; cependant, il ne coûte rien de la proposer. Tout dépendra alors des relations existant entre les parties.

974. Toutefois, il est des domaines où les mises à jour doivent être impérativement performantes. A défaut, elles sont inutiles. L'informatique est justement l'un de ces domaines et imposera que les mises à jour apportent une amélioration notable au logiciel ou au système informatique concerné. Néanmoins, il faut également préciser que l'informatique a cette caractéristique d'être mouvant et qu'une mise à jour réalisée aujourd'hui ne sera peut-être plus valable demain. Une mise à jour appelant d'autres mises à jour, il faut être prudent dans l'analyse et ne pas être trop catégorique sur le point de savoir si sa réalisation doit rentrer dans la catégorie des obligations de moyen ou de résultat. C'est pourquoi, il ne faudra pas s'étonner de voir mentionner dans certains contrats une obligation de moyen quant à la réussite de l'opération. En revanche, dans le cadre de certaines prestations de services, les mises à jour s'inséreront

¹ Microsoft a ainsi prévu des mises à jour cumulatives. Elles se définissent comme des « *mises à jour cumulées qui contiennent tous les correctifs à la demande importants publiés à ce jour. En outre, une mise à jour cumulative contient des correctifs pour les problèmes qui répondent aux critères d'acceptation du correctif. Ces critères incluent la disponibilité d'une solution de contournement, l'incidence client, la reproductibilité du problème, la complexité du code qui doit être modifié, ou d'autres raisons. Ces mises à jour peuvent être demandées par n'importe quel client, quel que soit son niveau de support. Ces mises à jour sont publiées tous les deux mois.* » Quant aux correctifs mis en œuvre, ils englobent « *les mises à jour de sécurité, les mises à jour critiques et les mises à jour qui sont réunies afin de faciliter leur déploiement. Un correctif cumulatif vise généralement une zone spécifique, telle que la sécurité, ou un composant d'un produit, tel que les services Internet.* » Microsoft précise que « *les clients ne peuvent pas redistribuer de correctifs cumulatifs sans le consentement légal écrit de Microsoft* ».

Voir le site de Microsoft : <http://www.microsoft.com>

plus naturellement dans le cadre d'une obligation de résultat. C'est le cas par exemple de celles demandées en matière de sites web : les mises à jour devront aboutir dans le sens où elles devront répondre exactement aux spécifications demandées par le client. L'intérêt de la distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat s'observe en matière de responsabilité : dans le premier cas, le prestataire ne sera pas responsable en cas d'anomalie ou de dysfonctionnement observé du système, du logiciel ou autre mis à jour, tandis que dans le second cas, sa responsabilité sera engagée de plein droit. Cela signifie que le prestataire sera tenu de remédier ou non aux préjudices observés selon les cas, voire selon le contrat, de fournir une assistance technique. Dans l'hypothèse d'une obligation de moyen, seule une faute lourde de sa part ou un dol pourra engager sa responsabilité et réduire à néant toute clause limitative de responsabilité. S'il est prouvé que le prestataire a manqué à son obligation essentielle, sa responsabilité sera engagée de plein droit.¹

975. Pour se dégager de sa responsabilité et de son obligation de résultat, le prestataire prouvera soit un cas de force majeure, soit que la défaillance ayant provoqué le dommage au client provient non pas des mises à jour effectuées, mais d'une autre cause telle que le dysfonctionnement d'une interface. Etant expérimenté en matière informatique, il ne rencontrera pas de difficultés pour remonter à la source et trouver l'origine du problème. S'il n'atteint pas le résultat attendu ou si les mises à jour ne sont pas réalisées, le client pourra invoquer l'exception d'inexécution (art. 1146 C. civ.)² et ne pas payer le prix restant dû ou, dans le cadre d'un contrat d'abonnement, les redevances à échoir. Il devra alors prouver que le prestataire a manqué à ses obligations. Dans tous les cas, le prestataire n'engagera pas sa responsabilité en cas d'utilisation du bien mis à jour de façon non conforme aux dispositions contractuelles et à la documentation jointe. Les dommages ainsi causés au matériel ou à l'installation informatique du client n'auront pas à être réparés, qu'ils soient directs ou indirects, et *a fortiori*, s'ils résultent de la force majeure. Par conséquent, il est conseillé au client de prendre toutes les précautions nécessaires pour que l'objet du contrat mis à jour ne subisse aucun incident : il est seul responsable de l'usage qu'il en fait, à moins qu'il prouve l'insuffisance des outils mis à sa disposition et des conseils prodigués par son

¹ Cass. com., 22 octobre 1996, JCP G 1997, II, 22881, note D. Cohen ; D. 1997, chron. 145, C. Larroumet : « Toute clause limitative de responsabilité du contrat qui contredit la portée de l'engagement pris, doit être réputée non écrite. »

² Cass. civ., 5 mai 1920, DP 1920, 1, 37 ; Req. 17 mai 1938, D.H. 1938, 419.

cocontractant, voire un défaut de mise en garde. S'il n'est pas un professionnel, il sera d'autant protégé par le droit de la consommation.

976. Hormis toutes ces considérations, une solution peut être recherchée dans le fait que la réalisation de mises à jour s'insère dans le cadre d'une obligation de faire, ce qui signifie qu'un défaut d'accomplissement risque de se heurter à l'art. 1142 C. civ. disposant que l'inexécution des obligations de faire « *se résout en dommages et intérêts* ». Dans le cadre des mises à jour, contrairement à la maintenance, il n'est donc pas possible d'être aussi radical quant au fait de savoir si l'obligation du prestataire est de moyen ou de résultat, la solution variant selon la nature du bien ou du service visé. Cela n'empêche pas pour autant de maintenir l'idée que les mises à jour demeurent l'antidote au déséquilibre et à l'inégalité existant au niveau des relations contractuelles instaurées par les contrats de maintenance. Afin de dissuader les utilisations non respectueuses des consignes du prestataire ou des stipulations contractuelles, ledit prestataire pourra insérer une clause selon laquelle son intervention pour remédier aux préjudices donnera lieu à facturation complémentaire. Et l'on sait que trop que l'argument financier est décourageant.

B) Les mises à jour logicielles

Analyser les mises à jour des logiciels n'est pas une tâche aisée dans la mesure où les logiciels ne sont pas des « biens » comme les autres. D'où, la nécessité de poser en premier lieu les bases de la mise à jour logicielle (1) avant d'envisager la position de la jurisprudence sur ce point (2), ainsi que la rédaction des clauses y afférentes (3).

1) Les bases de la mise à jour logicielle

977. Avant de définir l'expression de mise à jour logicielle, il est nécessaire de partir du postulat selon lequel la mise à jour logicielle est radicalement opposée de la maintenance : à ce titre, la jurisprudence fait la distinction entre les deux notions.¹ D'ailleurs, il n'existe pas véritablement de maintenance pour les logiciels malgré l'utilisation de ce mot par la pratique : le terme approprié est plutôt celui de « suivi », voire de « révision » qui constitue l'un des aspects de « l'entretien » du logiciel (voir Première Partie, Titre II, Chapitre I) à ne pas confondre avec la capacité à évoluer qui

¹ TGI Paris, 11 fév 1998, PIBD, 1998, III, p. 358.

est un aspect de la conformité. Par définition, la mise à jour logicielle désigne l'ensemble des moyens utilisés pour améliorer un programme informatique déjà installé. Elle peut prendre la forme de petites applications, de « patches », d'états techniques, de correctifs (pour les petits bogues), et a notamment pour objet d'apporter des modifications ou de créer des fonctionnalités supplémentaires, de résoudre un trouble particulier qui empêche le fonctionnement normal du logiciel ou encore qui menace sa stabilité... Elle a pour but de rendre utilisable une version d'un logiciel affecté de problèmes de paramétrage, d'écriture ou autre. Par-dessus tout, elle est nécessairement à la base d'une nouvelle version, ou plutôt en amont de toute nouvelle version. La mise à jour est utile en raison de la nature même du programme qui appellera des corrections régulières. Pour les bogues les plus importants, c'est-à-dire ceux qui ne peuvent être résorbés par une simple mise à jour, une véritable maintenance sera indispensable.

978. Deux cas de figure se présentent : lorsqu'il s'agit de corriger des erreurs de programmation, c'est l'exercice de la garantie normale prévue dans tout contrat ; tandis que lorsqu'il s'agit d'adapter le logiciel à un nouveau besoin et de mettre en œuvre les nouvelles applications, on parlera d'amélioration ou de mise à jour. Quant aux modifications d'un logiciel, elles font état du développement d'un nouveau programme à l'intérieur de l'ancien. Il n'y a donc pas activité de maintien du logiciel en état de fonctionnement, sinon activité de suivi, contrairement à ce qui se produit dans le cadre de la maintenance au sens strict du terme. En d'autres termes, la mise à jour vise à apporter une amélioration et s'insère dans un contrat d'entreprise. A l'inverse, la maintenance a plutôt pour objet de « maintenir » un équipement, un système informatique, un matériel ou appareil technique, un logiciel, et même un site Internet ou une base de données... à un niveau optimal de performance. Cela recouvre à la fois des prestations de support, d'assistance technique, d'entretien, de vérification, de réparation, de dépannage, d'amélioration, de soutien logistique... dont la finalité est de veiller à ce que les éléments précités demeurent dans leur état de fonctionnement. La définition officielle de la maintenance étant justement : « *un ensemble de toutes les actions techniques, administratives et de management durant le cycle de vie d'un bien, destinées à le maintenir ou à le rétablir dans un état dans lequel il peut accomplir la fonction requise.* »¹ ou encore : « *Toutes les actions qui ont pour objectif de garder ou de remettre une chose en état de remplir la fonction qu'on exige d'elle. Ces actions*

¹ Il s'agit d'une définition datant de 2001, définition européenne (NF EN 13306 X 60-319).

regroupent toutes les actions techniques et toutes les actions d'administration, de direction et de supervision correspondantes ». ¹

En matière de logiciel, il existe plusieurs types de maintenance : la maintenance adaptative, la maintenance évolutive, et la maintenance préventive. La première consiste à corriger les défauts de fonctionnement ou les non-conformités d'un logiciel, et a pour finalité d'adapter l'application du logiciel afin que celle-ci continue de fonctionner sur des versions plus récentes des logiciels de base, voire à faire migrer l'application sur de nouveaux logiciels de base². Son objectif n'est pas de modifier la fonctionnalité du logiciel. Quant à la maintenance évolutive, elle consiste à faire évoluer l'application logicielle en l'enrichissant de fonctions ou de modules supplémentaires, ou en remplaçant une fonction existante par une autre, voire en proposant une approche différente. Une telle modification du logiciel et de sa documentation intervient en réponse à des besoins particuliers de la personne visée, par exemple pour se mettre en conformité avec la législation ou pour faire face aux évolutions touchant l'environnement du logiciel. La jurisprudence considère que les mises à jour sont incluses dans la maintenance évolutive et donnent le droit au prestataire chargé de la maintenance d'effectuer une facturation spécifique.³

Enfin, la maintenance préventive fournit à la personne visée des journées consacrées à l'analyse du logiciel objet du contrat, afin de recenser et d'étudier les problématiques d'une éventuelle montée en charge dudit logiciel. Le but étant de proposer différents plans (par exemple, plans de migration pour optimiser le logiciel et le rendre plus performant et plus facile d'utilisation), ainsi que des séances de formation complémentaires du personnel sur le site du client ou dans tout autre local prévu au contrat. En résumé, la « maintenance » de logiciel consiste en trois tâches principales : l'entretien, la portabilité et l'évolution du logiciel (Voir Première Partie, Titre I, Chapitre I). En matière logicielle, la mise à jour est fondamentale : un logiciel qui n'est pas mis à jour devient rapidement obsolète⁴ et tombe en désuétude, son utilisation devenant sans intérêt. De sa mise à jour dépend donc la poursuite de son utilisation. Dès lors, d'une certaine façon, il peut être affirmé que mettre à jour un logiciel se veut une

¹ Il s'agit de la définition donnée par la Fédération européenne des sociétés nationales de maintenance (European Federation of National Maintenance Societies ou EFNMS).

² Un logiciel de base est un logiciel requis pour l'exécution d'une application. C'est le cas notamment des systèmes d'exploitation, des systèmes de gestion de base de données...

³ CA Dijon, 4 février 1999, *Moiroux*, JCP E 1999, p. 767, note Y. Mino-Guers.

⁴ L'obsolescence des logiciels intervient généralement au bout de cinq ans.

tâche « naturelle » et nécessaire. Outre, les mises à jour, l'utilisateur sera invité à changer de version de logiciel de manière périodique.¹ Dans le langage technique, les mises à jour appelées « *update* » en anglais et les évolutions ou « *upgrade* » ne sont pas incluses dans les garanties contractuelles si ne sont pas expressément mentionnées. Si les premières sont les versions corrigées des logiciels, les secondes constituent de nouvelles versions et consistent en la correction d'erreurs et en de nouvelles fonctionnalités qui n'existaient pas dans la version précédente. On considère que les évolutions mineures font partie des mises à jour car, améliorent le logiciel, ce qui est justement le but poursuivi par lesdites mises à jour. Seront exclues de l'analyse les évolutions profondes ou majeures qui transforment radicalement le programme informatique.

979. Les mises à jour sont nécessaires et tout utilisateur de logiciels en a conscience. Il a surtout conscience de la durée de vie courte d'un logiciel et de la nécessité de « migrer », c'est-à-dire de passer d'une version à une autre, à un rythme régulier², dans un souci d'efficacité. Cette migration impliquera la modification du code source du logiciel, donc des transformations, pour qu'il puisse continuer à fonctionner correctement, à remplir ses fonctions, et cela, en interopérabilité avec les autres programmes. Une période de tests vérifiera que le logiciel n'a subi aucune régression par rapport à ses fonctionnalités antérieures, c'est-à-dire qu'il ne s'est pas amoindri au niveau de ses qualités techniques. Le fournisseur pourra apporter une assistance technique à l'utilisateur du logiciel pour l'aider dans le cadre de la migration qui, parfois, peut s'avérer compliquée pour un novice. Une procédure de recette sera alors mise en œuvre (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I, *in* Section 3). A défaut de réalisation d'une telle mise à jour, le logiciel « périmé » rapidement et ne répond plus à l'état de la technique. Pendant ce temps, d'autres logiciels concurrents évoluent, sont améliorés et peuvent conduire un utilisateur à remplacer son ou ses programmes « défectueux » par d'autres qui, eux, suivent l'état de l'art et répondent désormais à ses attentes. En général, l'utilisateur d'un logiciel qui s'est vu concéder une licence s'engage à payer un supplément de prix pour pouvoir bénéficier d'une évolution, alors que les mises à jour sont fournies gratuitement. La mise à jour consistera donc à élaborer une version corrigée du logiciel, stabilisée par rapport à la précédente, et surtout sécurisée si la sécurité faisait défaut contre certains programmes malveillants, logiciels espions, virus, bombes logiques et autres chevaux de troie. En effet, le pire comme le meilleur en

¹ T. com. Paris, 5 mai 2004, *Sté Peyre c/Sté Silog*, Expertises 2004, p. 278.

² T. com. Paris, 5 mai 2004, *Sté Peyre c/Sté Silog*, précité.

matière informatique peut intervenir, ce qui fait référence aux attaques quotidiennes perpétrées par les moyens techniques précités. L'informatique étant un domaine sujet à évolution, il faut s'attendre à rencontrer quelques problèmes. Pour y remédier, des « patches » pourront constituer une première solution, rapidement complétée si elle ne suffit pas, lesdits patches n'étant que des sections de code ajoutées à un programme pour y apporter des modifications mineures. Le logiciel visé n'est pas remanié complètement : à défaut, il s'agirait d'une nouvelle version.

980. Mettre à jour implique aussi de gérer la configuration du système informatique « abritant » le logiciel et d'ajouter un élément logiciel appelé « *plug-in* » (ou « *plugin* ») au logiciel de base pour lui apporter de nouvelles fonctionnalités. De même, sera qualifiée de mise à jour l'adaptation du logiciel à un nouvel environnement imposé par la loi¹ ou par l'évolution de la technique² : il ne s'agit pas tout à fait de « *maintenance-adaptation* »³. Une telle mise à jour semble tomber sous le sens et apparaît logique en plus d'être « naturelle ». Toutefois, la jurisprudence considère qu'elle n'est pas de droit et qu'elle doit être prévue au contrat.⁴ Si un complément de programmation suffisait seul, on parlerait de révision ou de suivi de logiciel. S'agissant des mises à jour imposées par la loi, elles sont obligatoires car, le fournisseur de logiciel n'est pas censé ignorer la législation en vigueur. De plus, sur un plan technique, étant un professionnel de l'informatique, il est réputé avoir les compétences pour suivre et connaître les progrès en la matière. Il ne peut donc pas se dérober aux mises à jour qui s'imposent logiquement et dont il ne peut faire abstraction en raison de son profil et de ses compétences spécialisées. De plus, étant le seul à pouvoir décider de l'opportunité des mises à jour⁵, il paraît également le seul à pouvoir les envisager et les mettre en œuvre. Dans une certaine mesure, la mise à jour d'un logiciel peut être qualifiée de suivi -à ne pas confondre avec la pseudo maintenance logicielle- car, il ne s'agit pas de le réparer, sinon de l'améliorer et de faire en sorte qu'il évolue dans le temps. Or, de telles

¹ CA Paris, 5^{ème} ch. B, 20 février 2009, *Sté Askienazy c/Sté Agfa Healthcare*, Juris-Data n° 375693: en l'espèce, la mise à jour du logiciel était motivée par la modification des tarifs et de la nomenclature des actes médicaux par un règlement. Mais, elle n'était pas prévue au contrat. Le demandeur a obtenu gain de cause.

² CA Paris, 5^{ème} ch. B, 20 février 2009, *Sté Askienazy c/Sté Agfa Healthcare*, précité : les juges considèrent ici que le fournisseur du logiciel était tenu de mettre à jour le logiciel en fonction de l'évolution des techniques normalement connues de lui.

³ *Contrats informatiques et électroniques*, Ph. Le Tourneau, Dalloz, 6^{ème} édition, 2010/2011, n° 7.41, p. 290.

⁴ CA Paris, 5^{ème} ch. B, 20 février 2009, *Société Askienazy c/Société Agfa Healthcare*, Juris-Data n° 375693. *Contra* CA Versailles, 26 février 1999, D. 1999, IR 97.

⁵ CA Versailles, 26 février 1999, D. 1999, IR 97.

démarches impliquent de « suivre » le logiciel pas à pas et de le rendre conforme à l'état de l'art et à l'avancée des techniques, ce qui justifie que la mise à jour s'insère dans un certain suivi.

981. Les améliorations viseront notamment les fonctionnalités des logiciels ou les performances apportées à chaque nouvelle version, et qui seront communiquées au bénéficiaire des mises à jour. Certains les qualifient de « mises à niveau »¹ à ne pas confondre avec la « maintenance-évolution »², les premières ciblant mieux une action particulière effectuée sur le logiciel, d'autres de « gestion de la configuration », ou de « mises à jour-évolution »³. Souvent, des « contrats d'abonnement aux mises à jour » les encadrent tels que celui de *Microsoft*.⁴ Ces contrats peuvent être annexés au contrat principal, comme des contrats « liés », c'est-à-dire dépendants du contrat principal et n'existant que parce qu'un tel contrat a été signé. Certains auteurs parlent à ce titre d'« après-contrat »⁵, par analogie aux avant-contrats.

982. Par conséquent, un logiciel qui n'est pas sujet à mise à jour régulière, c'est-à-dire à évolution, perd du terrain et se met en danger économiquement. D'où, un logiciel doit avoir la capacité d'évoluer⁶, qu'il s'agisse d'un logiciel spécifique ou d'un progiciel⁷, quelle que soit sa nature (logiciel d'application, logiciel d'exploitation...) et quelles que soient les circonstances de sa mise en œuvre ou le contexte dans lequel il se situe. A défaut, il est conseillé à l'utilisateur du logiciel visé de demander qu'une mise à jour soit organisée et prévue au contrat. Tout contrat peut être visé, dès lors qu'il concerne l'utilisation d'un programme d'ordinateur. Ainsi, les licences de logiciels ou de progiciels peuvent prévoir des mises à jour (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I). Nous nous intéresserons particulièrement à ces contrats. A l'inverse, en matière de

¹ CA Paris, 11 février 1998, *Texel informatique*, PIBD 1998, III, p. 358.

² *Contrats informatiques et électroniques*, Ph. Le Tourneau, précité, n° 7.41, p. 290.

³ CA Paris, 11 février 1998, *Texel informatique*, PIBD 1998, III, p. 358. La jurisprudence préfère le terme de « contrat d'assistance technique », qui à notre sens ne relève pas des mises à jour, sinon d'une aide apportée à l'utilisation d'un logiciel, à la mise en œuvre de sa configuration appropriée...

⁴ *Microsoft* a qualifié son contrat de mises à jour de « contrat d'assurance logiciel » si l'on traduit l'expression « *Software Assurance* ». Or, les mises à jour n'ont rien à voir avec les assurances ; quant au contrat lui-même, il ne fait référence à aucune disposition en matière de droit des assurances. D'où, la qualification choisie n'est pas ici appropriée.

⁵ *Contrats informatiques et électroniques*, Ph. Le Tourneau, Dalloz, 6^{ème} édition, 2010/2011, n° 7.41.1, p. 290.

⁶ CA Paris, 27 septembre 1996, *Mai France*, Expertises 1997, p. 42, obs. B. Richard. CA Versailles, 4 octobre 2001, *Thomas*, RJDA 2002, n° 327.

⁷ CA Montpellier, 5 juillet 2000, *Courtex France*, CCE 2001, n° 37, note Ch. Le Stanc. Cass. com., 19 février 2008, n° 06-17.669, *Sté Sigma informatique c/Sté Tradival*, NP ; RJDA 2008, n° 644 ; Gaz. Pal. 2008, 2, somm., p. 2734, obs. J.-F. Forgeron et V. Lukia.

maintenance, il n'existe pas d'obligation d'évolution¹, contrairement à ce qu'avancait une réponse ministérielle aberrante fondée sur une directive communautaire inexistante.²

983. Sur le plan juridique, l'absence de capacité d'évolution du logiciel constitue un vice ou un défaut de conformité selon les cas.³ Si l'incapacité d'évolution apparaît après la délivrance du logiciel, celui-ci sera affecté d'un vice caché ; au contraire, si elle apparaît lors de la délivrance, il s'agira d'un défaut de conformité, autrement dit, d'un manquement à l'obligation de délivrance impliquant que le logiciel ne réponde pas à l'usage qui en est normalement attendu et tel qu'il est spécifié au contrat. Dans les deux cas, la législation relative aux vices cachés et aux défauts de conformité s'appliquera. Si l'utilisateur du logiciel, par exemple licencié, est un consommateur ou un professionnel de spécialité différente que celle du concédant, il bénéficiera obligatoirement d'une garantie de vices cachés (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I, *in* Section 3). Bien souvent, pour éviter d'engager sa responsabilité à l'égard du licencié et de supporter les corrections au titre des vices de conception, le concédant insèrera une clause prévoyant les mises à jour intégrant les corrections des bogues⁴. Ces mises à jour seront assimilées à des nouvelles versions du logiciel, ce qui dépasse leur cadre habituel. Dès lors, le droit à garantie de bon fonctionnement du logiciel se trouvera transformé en une obligation de paiement au titre d'un contrat de maintenance distinct. Il est donc conseillé à l'utilisateur de bien faire la part des choses et de comprendre la portée de son engagement : l'objet du contrat de mise à jour ou de licence prévoyant une mise à jour doit être précis sur les prestations qu'il inclut. Car, certains prestataires peuvent profiter du manque d'expérience de leurs clients pour joindre à leur contrat principal un contrat de maintenance à titre onéreux, allant largement au-delà de ce qui était convenu, et dont l'objet n'a forcément rien à voir avec celui des mises à jour. Lorsque le fournisseur d'un logiciel s'engage à corriger ses erreurs d'écriture de programmation ou bogues, c'est dans le cadre d'une garantie contractuelle ; il ne s'agit pas de maintenance. Avant la remise et l'installation de sa version corrigée, il pourra mettre en place une solution

¹ TGI Mâcon, *Jean M. c/Bel Air Informatique*, 28 septembre 1998, Expertises 1998, p. 397, obs. S. Lemarchand et S. Rambaud ; DIT 1998/4, p. 79.

² Réponse ministérielle n° 47262 du 10 mars 1997, DIT 1997/3, p. 63.

³ CA Bordeaux, 2 mai 2006, *Sté Tradival c/Sté Sigma informatique*, RLDI 2006, n° 671. Cass. com., 19 février 2008, n° 06-17.669, *Sté Sigma informatique c/ Sté Tradival*, NP ; RJDA 2008, n° 644 ; Gaz. Pal. 2008, 2, somm. p. 2734, obs. J.-F. Forgeron et V. Lukia.

⁴ On parle de « *bug* » en anglais. Notons que le CPI ne fait référence qu'à la notion de « *correction* » (art. L. 122-6-1).

provisoire dite de « contournement » (ou « *work-around* » ou encore « *by-pass* ») permettant de rétablir le fonctionnement du logiciel tout en paralysant momentanément certaines fonctionnalités secondaires. Ainsi, les mises à jour seront rendues nécessaires, par exemple à la suite d'une réforme législative qui remet en cause l'utilisation d'un logiciel de traitement de bases de données ou ayant une autre fonction. Les éditeurs des logiciels se doivent de tenir compte de toutes ces évolutions. Si les logiciels en question n'ont pas été capables de s'adapter aux changements, ils deviendront inutilisables. De même, un logiciel destiné à un domaine d'activités ou à une branche professionnelle précise, est un « produit » nécessairement évolutif qui doit s'adapter aux changements rapides de la technique, à l'état de l'art. Cela s'explique par le fait que la fonction d'un logiciel est de traiter des données mouvantes, sujettes à fluctuation dans le temps, sachant qu'une telle observation vaut tant pour les logiciels que pour les progiciels.¹ Si la mise à jour ne peut être effectuée par la partie qui est tenue de le faire, en général la partie « forte », un tiers doit pouvoir s'en charger, sauf clause contraire.

984. Mais, en général, aucun contrat ne laissera l'utilisateur dans une situation de « défaillance », sans solution. De même, la loi autorise l'utilisateur du logiciel à procéder à des corrections dans certains cas et dans certaines conditions strictes (art. L. 122-6-1, I al. 1^{er} CPI), notamment en cas de défaillance de l'auteur dudit logiciel, afin d'en permettre l'utilisation, conformément à sa destination. Soit l'auteur se réservera par contrat le droit de corriger les erreurs (art. L. 122-6-1, I al. 2 CPI), soit l'utilisateur pourra procéder lui-même aux corrections, à l'observation, à l'étude et aux tests de fonctionnement du logiciel en question, afin notamment de déterminer si le logiciel a bien été mis à jour ainsi que « *les principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel lorsqu'est effectuée toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage* » (art. L. 122-6-1, III CPI). Par ailleurs, la décompilation qui permet de passer du code objet au code source du logiciel sera notamment permise dans un but d'interopérabilité avec les autres logiciels installés sur le système informatique de l'utilisateur (art. L. 122-6-1 IV, 1^o CPI). Cette décompilation peut s'avérer très utile lorsqu'il est nécessaire de rendre des programmes compatibles entre eux, ce qui constitue également la finalité de certaines mises à jour. En outre, pour palier à la carence de l'auteur du logiciel, une procédure de dépôt du code source auprès d'un organisme privé tel que l'Agence pour la Protection des

¹ CA Montpellier, 5 juillet 2000, *Courtex France*, CCE 2001, n° 37, note Ch. Le Stanc.

Programmes (APP), pourra être organisée, prévoyant les cas et les conditions dans lesquels l'utilisateur du logiciel visé pourra y avoir accès. Le dépôt devant faire l'objet de mises à jour, chaque fois qu'une modification ou une nouvelle version du logiciel aura été installée chez l'utilisateur, ce dernier continuera de bénéficier d'améliorations. Toutefois, dans la pratique, il est difficile pour un novice en matière informatique d'effectuer lui-même de telles opérations de correction, d'adaptation, de modification ou d'arrangement du logiciel, et, par conséquent, la moindre mise à jour, même si la loi l'y autorise (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I). Par ailleurs, les mises à jour sont nécessaires, à la fois pour satisfaire aux besoins des utilisateurs des logiciels et pour répondre aux obligations imposées par la loi. Ces obligations seront celles prévues ou normalement prévisibles pour la durée de vie d'un logiciel, environ trois ou quatre ans, durée de l'amortissement, ou six ou sept ans, durée d'utilisation effective. Car, dans la pratique, il y a un écart entre la durée pendant laquelle un logiciel est réellement utilisé et celle au bout de laquelle il est considéré comme obsolète. Comme indiqué lors de développements précédents, le logiciel évolue vite et doit être rapidement remplacé. Il ne peut « stagner » et rester dans le même état. Dès lors, la mise à jour devient naturelle, presque évidente : elle découle logiquement de la nature et de la spécificité même du logiciel, et c'est à ce titre qu'elle doit être prévue au contrat. Si elle n'est pas prévue, il faudra exiger un avenant. Dans tous les cas, l'absence de mises à jour se répercutera sur son prix global et ce dernier sera d'autant plus onéreux que des mises à jour seront incluses.

985. En outre, le logiciel doit encore avoir la capacité d'évoluer, donc d'être mis à jour, pour éviter d'évoir à le réécrire dans son entier, notamment en présence d'un changement de l'environnement informatique censé « accueillir » ledit logiciel. Comme la capacité d'évolution, les mises à jour exigées ne doivent pas être disproportionnées, et afin d'éviter les demandes injustifiées ou démesurées, il est préférable que le contrat, un avenant ou un document annexe en précise les limites matérielles ou temporelles. Car, si les mises à jour sont nécessaires, tout ne peut être non plus revendiqué. En général, dans l'hypothèse des licences de progiciels, les mises à jour sont automatiques dans le sens où leur utilisateur reçoit régulièrement des messages, notamment par Internet, qui indiquent que des mises à jour sont disponibles et qu'il peut les télécharger. Le logiciel étant par définition standard, c'est-à-dire non individualisé à la personne de l'utilisateur, les mises à jour sont tout aussi standards, ce qui implique que ledit

utilisateur ne pourra revendiquer des aménagements particuliers, ni se plaindre des limites de son logiciel, dès lors qu'elles lui auront été indiquées.¹ C'est à lui de paramétrer le programme et donc les mises à jour en fonction de ses besoins.² Certains contrats peuvent prévoir un abonnement pour la fourniture de versions ultérieures ou « releases » et de leurs mises à jour. Un fournisseur pourrait même imposer à ses clients une nouvelle version, mais à condition qu'il prenne à sa charge les frais des modifications et mises à jour nécessaires.³ La fréquence des mises à jour sera précisée au contrat et aucun supplément de prix ne sera versé par le licencié. Mais, si elles ne sont pas prévues, il ne sera pas possible pour le licencié de les imposer auprès de son cocontractant, l'éditeur du logiciel ou le concédant, le contrat étant d'adhésion.

986. Dans l'hypothèse des licences de logiciels spécifiques, les mises à jour sont également prévues car, les programmes sont particuliers, conçus sur-mesure et il apparaît alors logique d'inclure les mises à jour dans le prix du contrat pour permettre à leur utilisateur de s'en servir, sans encombre. Le logiciel étant particulier, adapté aux besoins de son utilisateur, il en est de même pour ses mises à jour.⁴ Non seulement, le fournisseur du logiciel doit maîtriser toutes les spécificités de son logiciel, mais il doit aussi maîtriser celles de ses mises à jour.⁵ Cependant, dans des cas où les mises à jour ne seraient pas prévues, il sera toujours possible, mais pas évident, de négocier avec le concédant la prise en charge des mises à jour. Si celles-ci sont acceptées, leur prix se répercutera sur le prix global de la licence. L'objet des licences de logiciels spécifiques étant d'en concéder un droit d'usage et ainsi de « mettre à disposition » des licenciés un programme réalisé suivant leurs spécifications, les mises à jour seront souvent prévues au contrat pour mettre en œuvre cette conformité. Dans les deux cas, qu'il s'agisse de logiciels ou de progiciels, la plupart des licences comportent une clause prévoyant leur

¹ Cass. com., 9 mai 1995, n° 93-16539, NP ; Expertises 1995, p. 271. Cass. com., 5 janvier 1999, n° 96-16.521, *Laboratoires Fournier*, NP ; Expertises 1999, p. 269 ; RJDA 1999, n° 399. CA Paris, 26 février 1999, *CGIP c/Start informatique*, RJDA 1999, n° 776. Cass. com., 14 mars 2000, n° 97-16.299, *Bibas*, NP ; JCP E 2000, p. 1430, note D. Talon.

² CA Paris, 6 octobre 2006, *Société Peyre c/Société Silog*, Gaz. Pal. 2007, somm. p. 1290.

³ TGI Montpellier, 18 juin 1987, DIT 1988/3, p. 46, note M. Espagnon.

⁴ Cass. com., 13 février 2007, n° 05-17.407, *Société Faurecia c/Société Oracle*, Bull. civ. IV, n° 43 ; D. 2007, AJ 654, obs. X. Delpech ; RDC 2007, p. 707, note D. Mazeaud et p. 746, note S. Carval ; Legalis.net 2007/1, p. 55 ; JCP G 2007, II, 10063, note J.-M. Serinet ; JCP G 2007, I, 185, obs. Ph. Stoffel-Munck ; JCP E 2007, 2336, note J. Huet ; RJ com. 2008, p. 187, note H. Alterman et N. Herzog ; Defrénois 2007, p. 1042, note R. Libchaber ; RLDC 2007, n° 2511, note G. Loiseau. CA Paris, 25^{ème} ch. A, 26 novembre 2008, *Société Faurecia c/Société Oracle*, CCE 2009, n° 37, note Ph. Stoffel-Munck ; Gaz. Pal. 2009, 1, somm. p. 1438, obs. J.-F. Forgeron et C. Michau ; RJ com. 2009, p. 20, note H. Alterman ; JCP E 2009, 1674, n° 3, obs. M. Vivant, N. Mallet-Pujol et J.-M. Bruguière ; RDC 2009, p. 1010, note T. Genicon.

⁵ CA Pau, 4 septembre 2006, *Société Adour C/Société ACIP*, JAMP 2006/3, p. 572.

mise à jour, soit gratuitement, soit moyennant un prix modique, à condition d'avoir demandé l'enregistrement de la licence auprès du fournisseur (dans le cas d'un progiciel, cela se fait souvent par l'envoi d'un document annexé au support le contenant). Parfois, il s'agit de conclure un abonnement. Il peut arriver que les mises à jour ne soient pas prévues dans une clause spécifique, sinon dans le cadre des garanties contractuelles. La mise à jour devrait être automatique pour les clients de longue date, c'est-à-dire enregistrés depuis plusieurs années. Même dans cette hypothèse, l'obligation de fournir des mises à jour ne saurait excéder une certaine durée, en général cinq ans, durée de l'obsolescence naturelle d'un logiciel. Dès lors, le licencié n'aurait qu'à payer la mise à jour pour être rassuré de l'usage de son logiciel : le prix de telles améliorations ne saurait aucunement être prohibitif.

2) La position de la jurisprudence sur les mises à jour logicielles

987. La jurisprudence considère que le domaine informatique en particulier logiciel étant spécialement sujet à évolution, le contrat ayant pour objet la fourniture d'un logiciel ne peut mentionner que celui-ci fera l'objet d'un « usage perpétuel ». L'indiquer serait malhonnête en plus d'être inexact et l'exiger ne servirait à rien en plus d'être totalement aberrant. Plus précisément, nul ne peut exiger la délivrance d'un logiciel « *d'usage perpétuel* »¹, impliquant la mise en œuvre d'une garantie perpétuelle, peu importe qu'il soit un utilisateur de longue date, et au demeurant, dans un domaine technique aussi mouvant que l'informatique.² Cela ne lui donne pas plus de droits que tout autre utilisateur. La mise en œuvre d'une telle garantie ne relève pas de l'obligation de conseil du professionnel, en l'occurrence, le fournisseur de logiciel.³ De plus, une garantie perpétuelle ne serait pas concrètement possible car, le programme informatique tel qu'il se présente dans un contrat ne peut rester « figé » dans le temps. Il évolue nécessairement et inévitablement pour être « au goût du jour » et apte à répondre à de nouvelles fonctionnalités et à de nouveaux environnements. En effet, tout logiciel subit une obsolescence rapide et, de ce fait, ne peut faire l'objet d'un usage illimité dans le

¹ T. com. Créteil, 16 juin 1998, *S.A.R.L. Appel 24/24 c/Cariven*, Expertises 1998, p. 316 ; D. Affaires, 1998, p. 1734, obs. J. F. ; DIT 1998/4, p. 83. Appel rejeté par CA Paris, 1^{er} juillet 1999, D. Affaires 1999, 1281, obs. J. F. ; JCP E 1999, pan. p. 1215. TGI Mâcon, *Jean M. c/Bel Air Informatique*, 28 septembre 1998, Expertises 1998, p. 397, obs. S. Lemarchand et S. Rambaud ; DIT 1998/4, p. 79. Le jugement fut infirmé par CA Dijon, 4 février 1999, *Moiroux*, JCP E 1999, p. 767, note Y. Mino-Guers. T. com. Flers, 22 octobre 1999, *Corvéa*, RJDA 2000, n° 148, 1^{ère} espèce.

² *Le point de vue d'un juriste d'une société de services informatiques*, G. Reynaud, D. Affaires, n° 153, 18 mars 1999, p. 464.

³ T. com. Créteil, 16 juin 1998, *S.A.R.L. Appel 24/24 c/Cariven*, précité.

temps, sachant que ce dernier ne fait pas référence à la durée du contrat sinon à l'époque dans laquelle appartient et s'intègre le logiciel. Si, de par sa nature, un logiciel doit faire l'objet de mises à jour et d'améliorations régulières afin de ne pas disparaître et de ne pas être remplacé par un logiciel plus performant, le rôle de son fournisseur n'est pas éternel. A ce titre, la jurisprudence considère que le fournisseur d'un logiciel qui a fonctionné sans trop d'encombre pendant des années, notamment grâce aux mises à jour élaborées, ne peut être tenu d'un engagement à perpétuité « *sans rapport avec les usages professionnels et les réalités économiques, au point d'exiger une adaptation, une mise à jour particulière et gratuite pour faire face à certains événements non prévus au contrat* ». ¹ Autrement dit, des relations contractuelles de longue durée ne peuvent légitimer l'octroi de mises à jour supplémentaires et, de surcroît, gratuites, pour remédier à des événements dont on ne sait pas s'ils vont se réaliser, autrement dit, des événements aléatoires. Les contrats informatiques ne sont pas des contrats d'assurance dont l'objet est de prendre en compte des risques dont la réalisation est incertaine. ² Leur objet est prévu et précisément mentionné : il n'est pas possible de sortir de leur cadre, même en cas de circonstances particulières.

988. Par conséquent, le fournisseur d'un logiciel ne peut être tenu de le modifier et de l'améliorer s'il a été concédé à une époque où les mises à jour n'étaient pas nécessaires et pas encore envisageables, pour la simple et bonne raison que les difficultés n'étaient pas encore clairement identifiées. Si un quelconque dommage se produit, il ne peut être que le résultat d'un événement de force majeure, celui-ci étant imprévisible, irrésistible et extérieur à l'homme. Les prestataires chargés de la mise à jour ne manqueront pas alors de l'invoquer en cas de litige, et de mentionner cette hypothèse au contrat pour se prémunir de toute action ultérieure de leur cocontractant. De façon générale, lorsqu'un contrat n'a rien prévu concernant la nécessité d'une mise à jour, les fournisseurs de logiciels ne peuvent prendre en compte l'existence d'un événement qui risque de ne bouleverser le fonctionnement d'un système informatique que dans un délai très court, dans tous les cas trop court pour envisager et préparer une quelconque mise à jour ainsi que de nouveaux réglages. ³ Et s'il s'avère que le système en question ne sera pas susceptible de supporter de tels changements, la partie visée, en général, le bénéficiaire

¹ TGI Mâcon, *Jean M. c/Bel Air Informatique*, 28 septembre 1998, précité.

² La définition du contrat aléatoire est donnée à l'art. 1964 C. civ. : « *Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain.* »

³ Cass. com., 19 février 2008, n° 06-17.669, *Sté Sigma informatique c/ Sté Tradival*, précité.

de la mise à jour doit être prévenu. Autrement dit, il doit être informé du fait que des mises à jour ne seront pas possibles, au nom du devoir d'information de son cocontractant, professionnel. A titre d'illustration, sont visés tous les événements qui peuvent bouleverser l'utilisation d'un logiciel et qui nécessitent l'instauration de mises à jour, comme ce fut le cas lors du passage à l'an 2000.¹ Même si des mises à jour ont été effectuées ou proposées, elles seront inefficaces dans certains cas, indépendamment du fait du prestataire. Celui-ci doit pouvoir s'exonérer de sa responsabilité en faisant appel à la notion de force majeure. La jurisprudence considère d'ailleurs que « *l'irrésistibilité de l'événement est à elle seule constitutive de la force majeure lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets.* »² En résumé, le prestataire ne peut rien y faire, malgré les mesures telles que des mises à jour prises antérieurement à titre préventif. Quant aux préjudices, ils ne seront réparés que dans l'hypothèse d'un contrat aléatoire, la partie visée s'engageant en connaissance de cause et acceptant de subir un tel aléa. Or, comme il a été expliqué précédemment, les contrats informatiques ne sont pas des contrats aléatoires, ce qui exclut toute réparation.

989. Dans un autre registre, lorsqu'un projet porte sur l'externalisation prochaine du système informatique d'une entreprise auprès d'un tiers, et que des mises à jour et adaptations sont nécessaires, tant que cela demeure à l'état de projet, il est inutile de se lancer dans l'élaboration de tels changements et l'entreprise visée ne peut les exiger. De même, lorsque la configuration d'un ordinateur nécessite des mises à jour pour « accueillir » un nouveau logiciel, les mises à jour n'interviendront qu'au moment venu, c'est-à-dire si ledit logiciel sera effectivement installé. Dans les contrats négociés, la solution serait de prévoir une clause envisageant de telles situations et les réglant de façon équitable. Une autre option serait pour l'utilisateur du logiciel d'effectuer lui-même tous les tests nécessaires pour vérifier son efficacité et sa compatibilité avec d'autres systèmes, en un mot, de l'auditer. Cela relève de son devoir de collaboration, son rôle ne devant pas demeurer passif. L'objectif étant de contrôler les qualités du programme et de vérifier s'il peut supporter certains événements. Il lui restera alors à informer son cocontractant des problèmes rencontrés, qui, au nom de son devoir de conseil, l'éclairera ou, du moins, tentera de lui donner quelques éléments de réponse.

¹ T. com. Flers, 22 octobre 1999, *Corvée*, précité.

² Cass. com., 1^{er} octobre 1997, D. Affaires 1997, p. 1217.

990. Toutefois, une telle solution comporte des limites : non seulement, l'utilisateur du logiciel n'a pas toujours les compétences requises pour effectuer de tels tests, mais quand bien même il les aurait, il ne pourrait exiger de son cocontractant la résolution de problèmes qui n'existent pas encore, et ce, sans déboursier le moindre sou. Le droit, la logique et les usages de la profession, ne l'autorisent pas. Par conséquent, le rédacteur du contrat prendra garde aux termes qu'il emploiera et aux dispositions qu'il insèrera pour éviter tout problème d'interprétation et tout risque d'ambiguïté sur ce qui est prévu ou non dans le contrat, notamment au titre des mises à jour. En guise d'exemple, s'il mentionne expressément que la « *disponibilité des nouvelles versions du logiciel est gratuite pour tous* », cela impliquera que toute nouvelle version sera fournie, et cela, à titre gratuit. Mais, qu'en est-il des mises à jour ? Certains pourraient penser qu'elles n'ont pas à être fournies si le contrat ne le précise pas, tandis que d'autres pourraient penser que la fourniture d'une nouvelle version d'un logiciel implique logiquement celle de ses mises à jour, les deux étant étroitement liées, et d'une certaine façon, indivisibles. En effet, livrer un logiciel sans rien prévoir pour ses mises à jour ne serait pas très professionnel, en plus d'être dangereux. La réaction de l'utilisateur serait de faire appel à un autre fournisseur susceptible de lui offrir ce qu'il attend, ce qui entraînerait des pertes économiques pour le fournisseur initial. En outre, la situation se complique si la nouvelle version du logiciel ne comporte que des corrections par rapport à l'ancienne version, en un mot, des améliorations : dans une telle hypothèse, le terme le plus approprié sera celui de mise à jour et aucun prix supplémentaire ne sera demandé à l'utilisateur du logiciel. D'où, les risques d'interprétations différentes du contrat doivent être pris au sérieux, et il ne faut pas préjuger d'une situation qui, au départ, semble correspondre à tel cas de figure ou tel autre. Dans tous les cas, le fait pour une partie de ne pas appliquer des stipulations contractuelles sera considéré comme un manquement à ses obligations.¹ Cela est valable pour tout document qui engage les parties, y compris une lettre. En revanche, ne sera pas considéré comme un manquement à ses obligations le fait de demander un prix pour des mises à jour et autres adaptations alors que, lors de la conclusion du contrat, il n'était pas possible de prévoir que de telles mises à jour seraient nécessaires. Ces dernières étant justifiées par un événement déterminant non prévisible lors de la signature du contrat, il faut y faire face lorsque ledit événement survient, afin de remédier efficacement aux problèmes qui en découlent.

¹ CA Dijon, 4 février 1999, *Moiroux*, JCP E 1999, p. 767, note Y. Mino-Guers.

Ainsi, dans le domaine de l'informatique, les frontières sont minces entre les hypothèses observées, ce qui amène à envisager les mises à jour par rapport à la maintenance logicielle.

3) La rédaction de la clause de mises à jour logicielles

La rédaction de la clause de mise à jour logicielle fera la distinction entre mises à jour mineures et mises à jour majeures (a) et tiendra compte de plusieurs éléments (b).

a) La distinction entre mises à jour mineures et mises à jour majeures

991. Pour un outil aussi sujet à modifications et évolutions que le logiciel, les mises à jour doivent être organisées strictement, afin que son utilisateur ne demande pas à son cocontractant des mises à jour injustifiées et, à tout bout de champ. Dans cette optique, le contrat tel qu'une licence d'utilisation de logiciel veillera à limiter et à garantir dans le temps le nombre et le contenu des mises à jour, pour lesquelles il aura payé des redevances. Pour des mises à jour spécifiques, un supplément de prix pourra être éventuellement demandé. Dans certains cas, le contrat pourra autoriser expressément l'utilisateur du logiciel à faire une copie des mises à jour, parfois appelée « copie additionnelle », et qui poursuit le même but qu'une copie de sauvegarde. Il lui sera également possible de conserver ou d'installer des correctifs sur un dispositif de stockage. La clause concernant la mise à jour d'un logiciel fait en général la distinction entre les mises à jour mineures et les mises à jour majeures. Les premières, comme leur nom l'indique, n'impliquent pas de grands bouleversements du logiciel lui-même. Il s'agit en général de quelques adaptations, notamment par le biais de patches, pour « corriger » le logiciel dans un sens d'amélioration, voire de stabilisation, si son utilisation connaît parfois quelques dysfonctionnements, sans trop de gravité. De telles mises à jour sont souvent gratuites ou moyennant un prix symbolique, et installées facilement par leurs bénéficiaires qui les reçoivent directement et automatiquement par Internet, sur leur messagerie. Leur fréquence de réception variera selon le logiciel visé, la nature du contrat et, surtout, selon la volonté de la partie à l'origine des mises à jour. Dès lors, la clause concernant les mises à jour pourra être rédigée comme suit, dans un contrat de prestation informatique : « *En cas de changement mineur du produit mentionné en objet (sans changement de numéro principal de version), le Prestataire contactera les Clients équipés d'une connexion internet et disposant d'une adresse e-*

mail pour les en informer. Les Clients ne disposant pas d'adresse e-mail pourront se tenir informés des mises à jour par téléphone. Les Clients intéressés pourront alors se procurer ces mises à jour mineures : gratuitement par internet : téléchargement via notre site web (préciser) : par courrier au tarif unitaire hors taxe de (préciser) euros correspondant aux frais de duplication et affranchissement. »¹

Quant aux mises à jour majeures, elles consistent en des améliorations beaucoup plus profondes du logiciel : celui-ci peut en effet faire l'objet d'un remaniement aboutissant à une nouvelle version en remplacement de l'ancienne. Le logiciel considéré comme un produit commercial est alors transformé radicalement pour aboutir à un nouveau produit, différent au niveau des fonctionnalités, des interfaces qu'il présente, de l'ergonomie... ce qui justifie le versement d'un nouveau prix à payer par l'utilisateur du logiciel. Car, cette fois, il ne s'agit pas de simples mises à jour sans conséquences : la refonte du logiciel doit être rémunérée. Bien entendu, ces mises à jour ne sont pas aussi fréquentes que les mises à jour mineures : à défaut, le prix qui serait à la charge de l'utilisateur du logiciel serait prohibitif. Quant aux éditeurs de logiciels, ils ne pourraient conserver leur marché s'ils modifiaient trop fréquemment leurs produits. Aussi, une nouvelle version de logiciel sortira à un rythme différent selon sa nature : en principe, les logiciels anti-virus ou de lutte contre les systèmes et attaques malveillantes font l'objet d'une nouvelle version chaque année. Cela est dû au domaine même de la sécurité informatique qui nécessite un renouvellement et des améliorations perpétuelles des mises à jour. Les informaticiens ont en effet pour mission de travailler continuellement à l'amélioration des performances des programmes de façon à concevoir un nouveau produit chaque année. Cela relève également d'une stratégie marketing bien élaborée. Mais, certaines licences de ces logiciels peuvent être acquises pour deux ans. Dans tous les cas, les mises à jour majeures seront incluses et reçues par le licencié au moyen d'alertes mails régulières.

992. Dans l'hypothèse des logiciels bureautiques, les mises à jour majeures sont moins régulières dans la mesure où un programme peut faire l'objet d'une nouvelle version au bout de trois ou quatre ans. Cela ne signifie pas pour autant que leurs utilisateurs les changeront automatiquement à chaque fois : bien souvent, ceux-ci, étant

¹ Clause « *Mise à jour mineure de logiciel* », Contenu dans le Contrat « *Prestations caractéristiques des contrats informatiques* », Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, éd. Lamy, décembre 2006, I.415, n° 95, p. 13.

aussi des consommateurs, conserveront longtemps la version de leurs logiciels auxquels ils se sont habitués et dont ils maîtrisent l'utilisation et les interfaces graphiques. Ils ne les changeront que si nécessaire car, auront quelques réticences à bouleverser leurs habitudes et automatismes. Quant aux logiciels des systèmes d'exploitation, leurs mises à jour majeures sont également ponctuelles, dans le sens où elles n'ont pas lieu tous les jours.¹ La clause concernant les mises à jour majeures sera susceptible d'être rédigée comme suit : « *En cas de changement majeur du produit mentionné en objet (avec changement du numéro principal de version), le Prestataire contactera directement le Client par voie postale pour lui proposer cette mise à jour. Le Client pourra alors commander la nouvelle version du produit au tarif public en vigueur.* »²

Qu'il s'agisse de mises à jour mineures ou majeures, le prestataire qui les a élaborées sera titulaire des droits dessus. Il ne manquera pas de préciser au contrat que les mises à jour lui appartiennent et que celui qui en bénéficie n'a que le droit de les installer sur son ordinateur pour améliorer le fonctionnement de son logiciel. Toutefois, en aucun cas, il ne peut se les approprier, et encore moins les céder, les louer... En un mot, aucun acte à titre onéreux ne peut être effectué sur les mises à jour par une personne autre que le prestataire. Un tel raisonnement se rapproche de celui effectué en matière de logiciel : un licencié n'est pas propriétaire du logiciel objet du contrat, il n'a que certains droits dessus.

993. En outre, le prestataire reste seul maître de l'échelonnement des mises à jour périodiquement fournies à ses clients utilisateurs. Il veillera à ce que toutes les mises à jour, qu'il s'agisse de simples corrections ou d'améliorations, soient adaptées aux spécifications et performances du logiciel, ainsi qu'à leur matériel. En d'autres termes,

¹ A titre d'exemple, le système d'exploitation « Windows » a fait l'objet de nombreuses versions : en 1985, apparaît la première branche, « Windows 1.0 », fonctionnant uniquement sur PC, en mode 16 bits. D'autres versions suivront, jusqu'à la 3.11. A côté d'elle, une seconde branche est créée en 1993 : la branche « Windows NT », couvrant Windows NT 3.1, NT 4.0 et Windows 2000. Ce développement est destiné aux ordinateurs personnels, aux serveurs et à des ordinateurs non compatibles PC. Cette branche est d'abord utilisée dans les entreprises. En 2001, sort « Windows XP » pour le grand public, qui se poursuit avec « Windows Vista » et « Windows 7 ». La troisième branche, « Windows 9x », est apparue en 1995 et a existé parallèlement avec la branche NT. Elle a débuté avec Windows 95, Windows 1998 et Windows Me. C'est la première branche grand public 32 bits dont la finalité est de remplacer à terme la première branche. Enfin, la quatrième branche dite « Windows CE » est apparue en 1996 avec Windows CE 1.0 et concerne les matériels légers et portables tels que les assistants personnels, les téléphones portables... Elle est la base de « Windows Mobile » et de « Pocket PC ».

² Clause « Mise à jour majeure de logiciel », Contenu dans le contrat « Prestations caractéristiques des contrats informatiques », Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, éd. Lamy, décembre 2006, I.415, n° 95, p. 13.

il veillera à la conformité du logiciel à ce qui est attendu ou, du moins, à ce qui est normalement attendu de l'usage prévu au contrat. Les mises à jour suivront la même orientation, puisque devront permettre à tout utilisateur de logiciel de l'utiliser conformément à sa destination. Cela signifie que, malgré la présence des mises à jour, le logiciel ne doit pas être « perturbé », « destabilisé » : sa finalité est la même. Aussi, des mesures concrètes doivent être prises pour organiser les mises à jour et éviter tout dysfonctionnement et les dommages qui pourraient en résulter. De plus, les mises à jour seront fournies après s'être assuré qu'elles ne risquent pas de provoquer une régression par rapport aux spécifications du logiciel. Cela signifie que les mises à jour ne doivent pas aggraver la situation du logiciel, sinon l'améliorer ; elles ne doivent pas non plus endommager le système informatique sur lequel elles sont mises en oeuvre. Il sera alors judicieux de prévoir au contrat encadrant les mises à jour des tests réguliers des logiciels par les prestataires : en dépend l'efficacité des mises à jour. Si le contrat est bien négocié, s'ajoutera une disposition selon laquelle les préjudices qui risquent de découler de l'installation des mises à jour seront à la charge du prestataire. Autrement dit, l'interopérabilité entre tous les logiciels et la compatibilité avec le matériel sont de rigueur : aucun conflit ne saurait apparaître. La compatibilité doit également concerner les mises à jour entre elles. A défaut, les mises à jour n'auraient pas lieu d'être et seraient totalement inutiles en plus d'être dangereuses. Rappelons que le but des mises à jour est de rendre plus efficace l'utilisation des logiciels et de les rendre plus performants, et qu'à ce titre, elles s'insèrent dans une démarche pragmatique, voire de bon sens. Au surplus, il faut éviter que la responsabilité des prestataires ne soit engagée en cas de dysfonctionnements, notamment dus aux logiciels des tiers. Cela se produira si ces logiciels ne sont pas mis à jour par leurs éditeurs. La difficulté consistera alors à rechercher l'origine du dysfonctionnement et à effectuer un partage de responsabilités.

994. C'est pourquoi, l'installation des mises à jour doit se faire suivant certaines règles. Une solution consisterait pour le prestataire à fournir les utilitaires de conversion nécessaires. Il est conseillé de le mentionner au contrat afin de ne pas se trouver dans l'embarras, par la suite. De même, dans le cas de mises à jour complexes, le prestataire peut avoir des obligations de formation, de conseil et d'assistance technique à l'égard de son client. Il expliquera notamment en quoi consiste les mises à jour, pourquoi elles sont utiles, dans quelles sens elles apportent une amélioration au logiciel visé, permettant à celui-ci d'évoluer... Une information à titre préventif concernant les mises

à jour et leur adaptabilité avec les systèmes informatiques, ne sera pas non plus superflue. Le prestataire peut aussi devoir procéder à des démonstrations des nouvelles mises à jour, pour que leur installation se déroule dans des conditions optimales. En fonction de ce qu'elles apporteront concrètement à la personne visée, les mises à jour fournies par tel ou tel prestataire auront plus ou moins de succès. C'est à ce titre que les mises à jour constituent, dans certains cas, un moyen de sélectionner son fournisseur de logiciel en connaissance de cause, et par conséquent, un moyen de pression intéressant.¹

b) Les éléments à prendre en compte pour rédiger la clause de mises à jour logicielles

995. Les mises à jour seront fournies au fur et à mesure de leur diffusion commerciale pour des raisons évidentes et seront accompagnées de la nouvelle documentation correspondante. Le contrat ne manquera pas de le préciser. Leur bénéficiaire devra les installer progressivement pour éviter les difficultés techniques par la suite. Si le contrat n'est pas d'adhésion, le client aura la possibilité de poser ses exigences en matière d'amélioration de son programme, ainsi que ses priorités. Il pourra également souhaiter l'insertion de clauses insistant sur l'obligation de conseil et de mise en garde du prestataire, celles-ci conditionnant l'existence des mises à jour. Ces clauses spécifieront qu'en cas de leur défaillance, la responsabilité du prestataire sera engagée. Le rythme de distribution des nouvelles versions est variable d'un prestataire à l'autre. Il sera déterminé en fonction de plusieurs critères tels que celui de la « maturité » du logiciel, dans le sens où s'il ne répond plus à l'évolution de la technique, il sera modifié pour être en conformité et pour répondre aux finalités pour lesquelles il a été conçu. Un logiciel arrive à maturité dès lors qu'il est « au bout de ses performances » et qu'il est temps de le mettre à jour pour parfaire son utilité. Le rythme des mises à jour sera encore influencé par les utilisateurs eux-mêmes des logiciels et des systèmes informatiques. En effet, ils jouent un rôle non négligeable dans l'évolution naturelle de ces derniers, de par leurs besoins d'exploitation, leurs contraintes budgétaires et techniques... notamment pour cette dernière hypothèse, lorsqu'il s'agit pour l'utilisateur de rendre compatibles les logiciels installés sur son ordinateur avec les mises à jour et donc, les nouvelles applications qui viendront s'y greffer. En effet, les mises à jour ne doivent pas créer de « division » au sein du système informatique : une harmonie doit

¹ *Logiciels et systèmes*, février 1997, p. 68. *Informatiques Magazine*, janvier 1997, reprenant une analyse du CIGREF (Club Informatique des Grandes Entreprises Françaises) représentant les utilisateurs de systèmes informatiques et de logiciels. BRDA, 1997-7, p. 7 et 8. J.O.A.N. Débat, 10 mars 1997, p. 1221.

dominer dans le sens que le système entier doit évoluer et pas uniquement certains de ses éléments. Tout doit être « mis à niveau » en même temps. Au surplus, l'évolution d'un des éléments ne doit pas mettre en péril l'entier système. Or, il est difficile de démontrer qu'un dysfonctionnement trouve son origine dans tel composant plutôt que dans tel autre. Ce qui amène à s'interroger sur le problème des garanties selon lesquelles les mises à jour sont efficaces, ainsi que sur le problème des garanties contre les vices cachés. En effet, on pourrait considérer que des vices cachés sont à l'origine de bogues, en particulier si ces derniers persistent malgré les corrections apportées, et que lesdits bogues rendent les mises à jour « *impropres à l'usage auquel elles sont destinées* » (art. 1641 C. civ.). Or, la législation relative aux vices cachés ne s'applique qu'aux choses corporelles, ce qui n'est pas le cas pour les mises à jour ou pour les logiciels. Elle pourrait s'appliquer au support matériel contenant les mises à jour, mais non les mises à jour elles-mêmes. Toutefois, la plupart du temps, ces dernières sont simplement téléchargées, donc dépourvues de tout support, ce qui rend tout débat inutile. C'est l'application du principe d'indépendance du support matériel par rapport à son contenu ou, pour aller plus loin, du principe d'indépendance du support matériel par rapport aux droits de propriété intellectuelle de l'œuvre qui y est contenue (art. L. 111-3 CPI¹), si l'on considère que les mises à jour d'un logiciel sont l'une de ses « extensions ». Aussi, une clause relative aux garanties contre les vices cachés ne servirait à rien pour l'utilisateur des mises à jour. En cas de bogues persistants, il faudra donc se tourner vers d'autres arguments et prévoir l'insertion d'une clause stipulant que le prestataire est considéré comme défaillant et, qu'à ce titre, il doit être déclaré responsable. Car, les mises à jour ont pour rôle de corriger les bogues dans les meilleurs délais ; si elles ne sont pas en mesure de le faire, le prestataire doit y remédier. A défaut, c'est toute sa crédibilité qui est remise en cause. Pour l'utilisateur d'un logiciel qui ne bénéficierait pas automatiquement de mises à jour et qui subirait des dysfonctionnements à répétition, une solution pourrait être d'invoquer l'art. L. 122-6-1 CPI l'autorisant à intervenir sur ledit logiciel et à effectuer des corrections et adaptations, pouvant être qualifiés de mises à jour, notamment en cas de défaillance du fournisseur du programme, ainsi que des actes de décompilation (art. L. 122-6-1 IV, 1° CPI). Toutefois, n'ayant pas toujours les compétences requises, une telle solution paraît inutile. Par conséquent, la totalité des risques informatiques doit être prise en compte, de même que le comportement des utilisateurs qui conditionne l'élaboration des mises à

¹ Art. L. 111-3 al. 1^{er} CPI : « *La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel.* »

jour ainsi que leur application. En particulier, dans l'hypothèse de contrats négociés, ils s'informeront, n'attendent pas que le prestataire leur fournisse directement l'information. De plus, ils collaboreront avec le prestataire sur le déroulement des mises à jour.

996. Le comportement des utilisateurs est encore important dans le cadre des mises à jour car, ils se doivent d'être actifs quant à « l'entretien » de leurs logiciels, dans la mesure où ils sont tenus d'appliquer les mises à jour pour lesquels ils reçoivent des alertes régulières. Car, si leur cocontractant remplit correctement son rôle en informant systématiquement les utilisateurs de l'existence de mises à jour, qu'elles soient mineures ou majeures, lesdits utilisateurs doivent se montrer réactifs et installer les mises à jour proposées, qui le sont pour une bonne raison. L'information du prestataire couplée par un devoir de réactivité de l'utilisateur caractérise ainsi l'obligation de collaboration réciproque auquel tous deux sont tenus. Ainsi, solliciter des mises à jour est la manifestation d'un comportement de bon père de famille à l'égard de la chose logicielle, et exprime l'idée que l'utilisateur entend poursuivre son utilisation en toute quiétude, en toute sérénité, et surtout sans problème technique. Une certaine stabilité est apportée grâce aux mises à jour et l'utilisateur ne souhaite pas s'en priver. Un tel comportement est également un signe de prudence de sa part dans le but de protéger ses intérêts, à savoir l'utilisation normale d'un programme avec les mises à jour adéquates pour lesquels il a payé un prix global. Quant à la recette elle-même des mises à jour, elle est organisée au contrat et est très utile, en particulier lorsqu'elle concerne les corrections des anomalies bloquantes. Elle sera en général prononcée après la reprise de l'exploitation du programme ou des programmes visés dans la demande de mises à jour. A l'inverse, la recette des mises à jour corrigeant les anomalies non bloquantes sera prononcée lors de la remise en conformité du logiciel avec l'état de référence tel que défini au contrat. L'organisation technique et commerciale du prestataire représente un autre facteur déterminant l'élaboration des nouvelles versions du logiciel. Ainsi, certains prestataires mettront à jour plus souvent leurs produits et en éditeront de nouvelles versions à un rythme moins espacé que d'autres qui, au contraire, élaboreront de nouveaux produits sur une durée s'étalant plus longuement dans le temps.

997. Enfin, d'après les développements précédents, mettre à jour un logiciel implique de garantir sa transparence par rapport aux évolutions naturelles des matériels sur

lesquels il est installé. Si le logiciel doit être amélioré, cela ne doit pas entraîner des désagréments pour l'utilisateur, ni une nécessité de changer par exemple d'ordinateur pour pouvoir l'utiliser, en particulier si le logiciel en question a été à l'origine conçu pour pouvoir être utilisé sur tel ou tel équipement. Les avantages de l'amélioration logicielle ne doivent pas peser sur les inconvénients matériels. Un juste équilibre doit être trouvé pour que la mise à jour soit utile. Cela implique aussi que la mise à jour du logiciel soit compatible avec ses versions successives pour ne pas entraîner un trop grand bouleversement. En particulier, le fournisseur du logiciel s'engagera à ce qu'une nouvelle version n'entraîne pas de changement ou de modification concernant le matériel de l'utilisateur, à moins qu'une nette augmentation des performances n'en découle. C'est la seule hypothèse qui sera tolérée pour justifier un tel changement radical. Dans tous les cas, chaque nouvelle version devra atteindre le niveau de qualité requis, niveau dont sera seul juge le fournisseur. De plus, quelle que soit l'importance de la mise à jour, le contrat doit la prévoir dans un souci de transparence et d'information de la partie concernée, afin d'établir un équilibre entre les parties. Il mentionnera également le coût d'une formation à l'utilisation de la nouvelle version d'un logiciel s'il s'avère qu'elle est radicalement différente de la précédente, ou précisera si le prix de la formation est inclus dans le prix initial. Enfin, sera précisé à la charge de quelle partie au contrat seront supportés les éventuels frais de port, d'emballage... Un des problèmes qui doit être envisagé dans la rédaction de la clause relative aux mises à jour est celui du risque d'écrasement de fichiers lors d'une mise à jour, même s'il est rare dans la pratique, et même s'il est possible d'en limiter les effets par des sauvegardes sur des supports externes tels que des CD-ROM ou des clés USB. Les conséquences d'une telle mise à jour, qu'elle soit effectuée dans l'urgence ou non, ne doivent pas être ignorées. Le problème sera de prouver que le préjudice en résultant tel qu'une perte de données est dû à la mise à jour, ce qui ne sera pas chose aisée. Car, il faudra prouver que les données détruites ou perdues existaient avant la mise à jour. Il faudra également apporter la preuve de leur consistance. De telles mises à jour s'avèrent alors contrariantes et il n'est pas évident d'apporter la preuve de ces dommages imprévisibles au sens juridique du terme, c'est-à-dire au sens de l'art. 1150 du Code civil. Quand bien même une telle preuve serait apportée, la partie concernée ne serait pas légalement tenue de les réparer, sauf dol ou faute lourde de sa part¹, cette dernière

¹ L'art. 1150 C. civ. disposant en effet que : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.* » En effet, en matière contractuelle, seul le dommage prévisible et qui est une cause

étant une faute non intentionnelle, mais d'une exceptionnelle gravité. C'est sans compter la présence de clauses limitatives de responsabilité admises par la jurisprudence¹, sauf exceptions, qui pourraient exonérer le prestataire de toute responsabilité en cas de problèmes dans les mises à jour. D'où, l'intérêt, dans le cadre d'un contrat négocié de prévoir les hypothèses donnant lieu à réparation en cas de préjudice pouvant être regroupées sous le terme global de « risques informatiques », à condition que ces risques soient évalués et identifiés. Concrètement, des tests dits de « vieillissement » seront effectués pour vérifier l'aptitude des logiciels à fonctionner selon de nouvelles spécificités et instructions, à traiter des données... en conditions réelles, c'est-à-dire dans l'environnement d'exploitation des utilisateurs, dans leur système informatique, comme cela est convenu au contrat. De tels audits sont recommandés et constituent le seul moyen de découvrir la présence de dysfonctionnements, ajoutés à la consultation de leurs cocontractants. Dans l'hypothèse d'un contrat d'adhésion, une telle démarche semble compromise. Une autre solution serait d'envisager l'application de la loi du 19 mai 1998² relative à la responsabilité du fait des produits défectueux³, dans l'hypothèse où des bogues seraient répétitifs et constitueraient un préjudice à l'utilisateur du logiciel visé.

998. Mais, une telle législation peut-elle valablement s'appliquer ? Une telle loi met à la charge de tout fabricant une obligation de sécurité ainsi qu'une obligation de réparation des préjudices corporels ou matériels subis par toute personne du fait d'un produit défectueux. La question qui se pose est alors de savoir si une mise à jour peut entrer dans la définition juridique d'un produit défectueux et si le prestataire chargé des mises à jour peut être qualifié de « producteur » ou de fabricant. Si l'on peut admettre que la responsabilité de ce producteur ne peut être engagée que pour les défauts de « produits » mis en circulation sur le territoire de l'Union européenne, sachant que les « victimes » peuvent être tant les acquéreurs des produits visés que les tiers, incluant

directe de la convention est réparable (art. 1151 C. civ.) : les dommages indirects (préjudice commercial, pertes d'exploitation, perte de clientèle...) sont donc exclus de toute réparation.

¹ *Droit civil, Les obligations, Le contrat, Tome III*, Ch. Larroumet, Economica, 1996, n° 694 bis.

² Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (J.O.R.F. n° 117 du 21 mai 1998, p. 7744), transposant la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (J.O.C.E. n° L 210 du 7 août 1985, p. 29-33). Cette loi introduit dans le Code civil les articles 1386-1 et suivants.

³ *Le logiciel et la loi de 1998 sur la responsabilité des produits défectueux*, S. Leriche, Droit Informatique et Télécoms, 1^{er} juillet 1999/3, p. 31-41. *La responsabilité du fait des produits défectueux : commentaire de la loi 98-389 du 19 mai 1998*, F.-X. Textu et J.-H. Moitry, D. Affaires 1998, p. 1995 (dossier spécial) ; Rép. min. n° 15677, D. Affaires 1998, p. 1999, Rép. min. n° 19728.

tout utilisateur de logiciel (Pour une comparaison voir Seconde Partie, Titre I, Chapitre I), pour les mises à jour, cela est moins évident à admettre. Car, il ne s'agit que d'améliorations d'un produit existant, aucunement un produit en tant que tel. Dès lors, l'utilisateur des mises à jour semble être exclu de ce mécanisme et ne peut être qualifié d'« *utilisateur du produit* » au sens de la loi de 1998. Le fournisseur du logiciel pourrait être responsable « *du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime* » (art. 1386-1 C. civ.), mais pas causé par une mise à jour. Même si la loi précitée inclut dans les produits défectueux les biens incorporels (art. 1386-3 C. civ.), il paraît difficile d'y admettre les mises à jour. Au surplus, si un défaut de conformité peut définir la défectuosité¹, cela n'est pas le cas d'une mise à jour majeure dont la finalité est de perfectionner un logiciel et à terme de le remplacer par une nouvelle version plus performante.² De plus, de nouvelles mises à jour étant fournies régulièrement, la personne visée en bénéficierait pour corriger les problèmes rencontrés, ce qui rendrait inutile toute action en responsabilité, d'autant que de tels préjudices sont rares dans la pratique. C'est pour toutes ces raisons qu'il est difficile d'envisager dans la pratique l'application de la législation de 1998 aux mises à jour. Quel que soit le contenu de la clause de mise à jour ou du contrat de mise à jour, ses termes devront refléter la recherche d'équilibre entre les parties. En effet, la mise à jour étant une prestation beaucoup plus « légère » que la maintenance *stricto sensu*, il semble inutile de vouloir l'alourdir et de créer une inégalité ainsi qu'un déséquilibre contractuels. L'idée qui doit apparaître dans le contrat est que toute mise à jour doit être effectuée conformément à ce qui est prévu dans ses dispositions, et éventuellement, s'il y a distinction, selon la nature du logiciel visé.

C) Les mises à jour des sites Internet

Il est ici nécessaire d'appréhender le champ d'application des mises à jour des sites web (1) en vue d'envisager sereinement les questions de droit d'auteur (2) et de déterminer si de telles mises à jour s'analysent en une obligation de moyen ou de résultat (3). Cela permettra de faire un bilan complet de la situation (4).

¹ Art. 1386-4 al. 2 C. civ. « *Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment (...) de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu (...).* »

² Art. 1386-4 al. 3 C. civ. « *Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation.* »

1) Le champ d'application des mises à jour des sites Internet

999. Le propriétaire d'un site web peut souhaiter qu'il soit mis à jour. Pour cela, il fera appel au prestataire qui l'a conçu si le contrat de conception/réalisation du site comporte une clause de mise à jour. A défaut, il fera appel à un tiers et encadrera juridiquement les mises à jour demandées dans le cadre d'un contrat afin qu'il n'y ait aucune « mauvaise surprise » et que tout soit fait conformément à ses attentes. Il ne s'agit aucunement de maintenance dans la mesure où celle-ci consiste surtout à réparer les dysfonctionnements et anomalies techniques du site (voir Première Partie, Titre II, Chapitre I). Car, il s'agit plutôt d'effectuer les modifications nécessaires à l'évolution du site (et à ce titre, sont à la base de nouvelles versions), notamment sur un plan technique, graphique et esthétique, par exemple, pour améliorer et faciliter la navigation à l'intérieur dudit site, en mettant en place des rubriques intelligentes, bien agencées, structurées, hiérarchisées, au sein d'une arborescence, en misant sur l'esthétique pour capter davantage d'internautes et les conserver en tant que clients si l'activité est de commerce électronique... A titre d'illustration, les démonstrations interactives du fonctionnement de certains produits représentent des animations courantes pour un site marchand, et doivent être continuellement mises à jour. Cela permettra à l'ergonomie du site de refléter une certaine aisance ou « fluidité » dans la navigation. Les mises à jour permettront ainsi aux utilisateurs de s'adapter facilement et rapidement aux interfaces du site, à son système, dans un souci d'efficacité et de satisfaction. De plus, une charte graphique sera élaborée et susceptible d'être mise à jour. Dans la même lignée, une charte sonore et une ligne ou conception éditoriale personnalisant le fonctionnement du front office du site, suivront un traitement similaire. L'entreprise bénéficiant des mises à jour de son site pourra conserver la maîtrise de son graphisme et de ses fonctionnalités, tout en laissant une certaine marge de manœuvre au prestataire chargé des dites mises à jour. Elle appréciera alors certaines solutions informatiques plus que d'autres, en confrontant ses besoins avec les solutions proposées par son cocontractant. Dans le cas d'un projet international, plusieurs versions du site en différentes langues seront logiquement proposées : le site contiendra alors un dispositif technique spécial capable de gérer plusieurs langues, en respectant les normes ISO propres à chacune d'elles et sera tenu de mettre régulièrement à jour les traductions. La mise à jour d'un site implique donc qu'il soit mis « au goût du jour » en fonction de l'évolution des techniques, des progrès informatiques, mais aussi en fonction de l'évolution légale et réglementaire... Pour un site marchand, s'ajoutent l'exposition des

nouveaux produits et le retrait de ceux qui ne sont plus en vente, les changements de prix, les nouvelles promotions et publicités... Les informations mises à jour seront collectées et mises au format de description de page souhaitée, puis ces pages seront intégrées à l'arborescence du site, se rajoutant ou se substituant aux anciennes pages. Parfois, la maintenance d'un site web nécessite l'obligation d'adapter ses éléments logiciels pour permettre l'actualisation des données, et pour être techniquement envisageable, ce qui nécessite de prévoir une obligation d'adaptation au contrat.

1000. La mise à jour consistera alors en la réalisation de plusieurs prestations selon ce qui aura été prévu au contrat, allant de l'actualisation des données et des liens hypertextes, à la refonte ou au « relookage » du graphisme du site, en passant par le remaniement de son arborescence et de ses interfaces, c'est-à-dire des modifications adaptées aux besoins du titulaire du site. Si les mises à jour sont prévues dans le cadre d'un contrat, c'est pour organiser des changements de qualité en toute sérénité et selon un savoir-faire recherché. Professionnalisme et expérience sont donc exigés du prestataire. Les mises à jour tiennent donc un rôle important dans le fonctionnement optimal de l'interactivité et facilitent les échanges au sens large du terme. Ainsi, à titre d'exemple, si un site web met du temps à s'afficher, les internautes « iront voir ailleurs ». D'où, l'obligation d'une mise à jour efficace du système d'ouverture des pages.¹

Une observation mérite encore d'être faite : dans le cadre d'un site web, les mises à jour sont naturelles, le site ayant un caractère forcément évolutif et interactif. Le contrat ne manquera pas de le préciser, et dès son préambule, si ce n'est dans une clause spécifique. Par conséquent, la construction elle-même du site, la réorganisation de sa présentation ou de ses composants seront modifiées pour les besoins futurs de son propriétaire. Le contrat liant ce dernier avec le prestataire chargé des mises à jour le mentionnera expressément. Si ce prestataire n'a pas été désigné, il sera sélectionné selon des critères définis au sein du cahier des charges de conception/réalisation du site, premier document contractuel de référence.

¹ La pratique révèle que le temps d'affichage d'une page web doit être de cinq secondes maximum : au-delà, l'internaute se lasse et navigue vers d'autres horizons, c'est-à-dire vers d'autres sites.

1001. Si une grande liberté est laissée au titulaire du site quant au choix des mises à jour qu'il souhaite voir instaurées et intégrées à son site, pour des mises à jour plus techniques, il devra se fier à l'expérience de son cocontractant, afin que soient atteints des résultats optimaux en matière de mises à jour. C'est à ce titre qu'entreront en jeu les obligations d'information, de conseil et même de « créativité » du prestataire, afin que son client puisse orienter au mieux ses décisions vers des choix logiques et stratégiques, tout en évitant des surcoûts inutiles. A ces obligations, s'ajouteront celles de réactivité et de respect des délais pour éviter les « débordements ». D'ailleurs, les contrats de mises à jour prévoieront souvent qu'en cas de dépassements réguliers ou d'interventions inférieures aux prix forfaitaires mis en place (solution la plus fréquemment choisie), une réévaluation du forfait pourra avoir lieu selon une certaine périodicité prévue. Le prix pourra également être tributaire du temps passé à réaliser les mises à jour et à les mettre en œuvre.

1002. Enfin, un cas particulier de mise à jour est intéressant : celui concernant un site portail car, si son titulaire souhaite le mettre à jour sur un plan technique ou esthétique, il en informera les titulaires des sites adhérents et recueillera leur opinion, sachant que celle-ci ne le lie pas. Si les adhérents refusent les mises à jour, ils mettront fin à leur contrat si une clause les y autorise pour ce motif, ou invoqueront tout argument juridique légitime pour sortir d'un contrat qui ne leur donne plus aucune satisfaction.

2) Les questions de droit d'auteur

1003. Sur le terrain de la propriété intellectuelle, des problèmes sont soulevés, un site web étant une œuvre de l'esprit à part entière, une œuvre multimédia complète, associant sur un même support « *plusieurs modes de représentation des informations tels que texte, son, image* »¹ et pouvant également comporter d'autres éléments tels que des liens hypertextes, des vidéos, ainsi que des œuvres numérisées telles que des photographies, des dessins, des peintures... Ce sont donc autant d'éléments qui méritent protection par le droit si sont originaux. De même, un site web pris dans sa globalité

¹ Définition donnée par l'Arrêté du 2 mars 1994 relatif à la terminologie des télécommunications, J.O.R.F. n° 68 du 22 mars 1994, p. 4347.

sera considéré comme une œuvre de l'esprit protégeable par le droit de la propriété intellectuelle si revêt le caractère d'originalité.¹

1004. S'agissant maintenant de savoir qui est titulaire des droits sur cette œuvre, la réponse sera donnée par l'art. L. 131-3 CPI. En effet, bien souvent, ce n'est pas le titulaire du site lui-même qui le crée, sinon un prestataire choisi en fonction de ses compétences, qui le conçoit, le réalise entièrement et même, le met en ligne. Dès lors, d'après la loi, c'est ce prestataire qui doit être considéré comme l'auteur légitime, l'art. L. 111-1 al. 1^{er} CPI disposant que : « *L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.* » En d'autres termes, celui qui a créé une œuvre en est l'auteur et est titulaire de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle y afférents, incluant droits patrimoniaux et droits moraux. Toutefois, dans la pratique, l'auteur du site va céder ses droits patrimoniaux à celui qui l'a commandé -ledit site est qualifié alors d'œuvre de commande- mais pas son droit moral, essentiel au sens de la propriété intellectuelle, car symbolisant son empreinte et prouvant qu'une telle œuvre a été conçue par lui seul. D'ailleurs, à ce titre, figureront sur les pages du site la mention du nom de l'auteur, ses coordonnées et éventuellement son logo. Grâce au mécanisme de la cession prévu à l'art. L 131-3 CPI dont le formalisme doit être respecté², celui qui a demandé sa conception en sera titulaire des droits d'auteur. Et si le logo est réactualisé, adapté, mis au « goût du jour », le bénéficiaire d'une telle mise à jour lui reviendra. Il s'agit d'un élément-clé symbolisant son site et lui donnant une « image », une identité, et qui, à ce titre, mérite attention. Concrètement, le titulaire du site disposera du droit de reproduire, directement ou indirectement, par tous procédés techniques connus ou inconnus à ce jour, sur tout support, de tout ou partie du site et des éléments qui le composent, qu'ils soient mis à jour ou non. De même, il disposera du droit de représentation qui comporte le droit de rendre accessible, de diffuser ou de communiquer au public d'une

¹ T. com. Paris, 9 février 1998, Expertises 1998, p. 236. CA Paris, 10 octobre 2003, *Société Belleville*, CCE 2004, n° 14, note Ch. Caron : cet arrêt définit l'originalité du site web par le concept même, c'est-à-dire l'idée du site. TGI Lille, 24 février 2005, *Société Courta Finance*, www.foruminternet.org. CA Douai, 23 février 2004, *Société Courta Finance*, Gaz. Pal. 2005, 1, somm. p. 642. TGI Paris, 13 février 2001, *Prisma Presse*, Expertises 2001, p. 275. CA Paris, 12 janvier 2005, *Kalinoga c/Dreamex*, Expertises 2005, p. 118. CA Paris, 12 octobre 2006, *Société DSD c/Société Blue Acacia*, CCE 2006, n° 123 ; Juris-Data n° 299982. TGI Paris, 3^{ème} ch., 4^{ème} section, *Jérôme S. c/Association Lexseek*, Legalis.net 2009/4, p. 42.

² Aux termes de l'art. L. 131-3 al. 1^{er} CPI, la cession doit faire l'objet « *d'une mention distincte dans l'acte de cession* » et le domaine d'exploitation des droits cédés doit être « *délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée.* » La jurisprudence le souligne également : CA Paris, 20 novembre 2003, *Société CD Edition c/Société Créanet*, Expertises 2004, p. 236.

quelconque façon, directement ou indirectement par tous procédés connus ou inconnus à ce jour, tout ou partie du site et de ses éléments reproduits ou mis à jour. Cela signifie que non seulement celui qui a commandé l'œuvre sera titulaire des droits dessus et pourra l'exploiter comme il l'entend, mais il en sera également de même pour ses mises à jour. D'une certaine façon, on pourrait dire qu'il s'agit de l'application de l'adage selon lequel « *l'accessoire suit le principal* », si l'on considère que les mises à jour sont l'accessoire du site lui-même. Quant au prestataire, il conservera uniquement ses droits sur les méthodes, les procédés, le savoir-faire, les outils techniques... utilisés pour réaliser les mises à jour. Tous ces éléments demeurent sa propriété et ne font pas partie de la cession en faveur du titulaire du site. Le contrat de mise à jour du site ou, à défaut, le contrat de conception/réalisation précisera que la cession est consentie pour le monde entier et pour la durée légale de protection des droits de propriété intellectuelle sur le site et sur les éléments qui le composent. Cela évite tout problème d'interprétation par la suite. De plus, il sera conseillé de préciser que toute mise à jour, qu'il s'agisse d'adaptation ou d'évolution ultérieure, ne saurait porter atteinte à l'œuvre que constitue le site web, à sa destination, ni ne saurait la dénaturer de quelque manière et par quelque moyen que ce soit. Or, les mises à jour en tant que telles impliquent inévitablement une modification de l'œuvre, et donc une atteinte, aussi minime soit-elle.

1005. Par conséquent, chaque mise à jour devrait être validée par le titulaire du site. Mais, dans la pratique, cela s'avèrerait trop fastidieux. C'est pourquoi, le contrat précisera par exemple que les mises à jour mineures, comme les petits ajustements ou réglages, ne nécessiteront pas l'accord du titulaire du site, contrairement aux mises à jour majeures qui s'analyseront comme de véritables œuvres -œuvres de commande- s'incorporant à l'œuvre initiale, à savoir, le site. Dès lors, seront cédés automatiquement au titulaire du site les droits d'auteur sur ces œuvres intégrées, au moins pour ce qui est des droits patrimoniaux, et de tels œuvres suivront le même traitement que ledit site et bénéficieront de la même protection juridique. C'est ainsi que pareillement au site web, ses mises à jour feront l'objet d'une protection par le droit de la propriété intellectuelle, et le titulaire pourra les utiliser en toute légitimité ou plutôt en « profiter ». C'est le cas par exemple de l'architecture du site, de ses méthodes d'organisation, de sa présentation, de son concept¹, qui remaniés, constituent des mises à jour protégeables et pouvant donner lieu à une action en cessation et en dommages-intérêts pour

¹ Cass. com., 7 février 1995, n° 93-14.569, NP ; JCP G 1995, II, 22411, note Ph. Le Tourneau.

concurrence déloyale ou pour parasitisme.¹ Une telle protection s'explique par le fait que les mises à jour en tant qu'œuvres intégrées « se fondent » en quelque sorte dans l'œuvre initiale et, qu'absorbées, suivent inévitablement le même régime juridique.

1006. Enfin, un site étant amené à évoluer, le contrat précisera que la partie chargée des mises à jour se montrera disposée le moment venu à coopérer à cette évolution, ce qui fait au surplus référence à son devoir de collaboration. Il ne pourrait s'engager au-delà, puisque « *la cession des œuvres futures est nulle* », selon les termes de l'art. L. 131-1 CPI. Dans tous les cas, le contrat précisera avec détails le devoir de la partie visée en matière de mises à jour, afin de déterminer avec exactitude l'étendue et la portée de ses obligations.

1007. La clause relative aux droits de propriété intellectuelle est donc importante en matière de mises à jour de sites web, et doit être rédigée avec soin. En effet, il ne faut pas sous-estimer les problèmes soulevés par l'application du droit d'auteur dans le cadre de cette œuvre à la fois complète et complexe.²

3) Les mises à jour des sites Internet : une obligation de moyen ou de résultat ?

1008. Une question intéressante est celle de savoir si les mises à jour s'insèrent dans le cadre d'une obligation de moyen ou de résultat. Si l'on considère que le site Internet en tant que création doit impérativement être conforme aux spécifications de celui qui le commande et respecter les délais de réalisation qui sont imposés au prestataire, il s'agit d'une obligation de résultat.³ En effet, lorsqu'est demandée la conception d'un site, elle doit répondre exactement aux critères exigés. En d'autres termes, le prestataire chargé des mises à jour ne doit pas se contenter de mettre en œuvre tous les moyens pour y parvenir : il doit atteindre son but, en l'occurrence, celui de satisfaire son cocontractant, ce qui exclut l'obligation de moyen. Ces mises à jour doivent être fonctionnelles et

¹ CA Aix-en-Provence, 17 avril 2002, Hauguel, JCP G 2003, II, 10095, note D. Bosco. CA Paris, 12 janvier 2005, *Kalinoga c/Dreamex*, précité. CA Paris, 9 février 2007, *Société Mossalgue*, PIBD 2007, III, p. 266. TGI Paris, 3^{ème} ch., 25 avril 2007, www.legalis.net; RLDI 2008/35, n° 1164, obs. J.-B. A. TGI Paris, 3^{ème} ch., 4^{ème} section, *Jérôme S. c/Association Lexseek*, précité. T. com. Paris, 15^{ème} ch., 30 octobre 2009, *Dreamnex c/Inn'Exes*, RLDI 2010/57, n° 1885, obs. M. T. *Internet et concurrence déloyale*, L. Marino, CCE 2007, chron. n° 27.

² *Il ne faut pas sous-estimer les questions de droits d'auteur lors de la création d'un site internet*, A. Bac, JCP E 2000, p. 930 et s. *Conception de site web et propriété intellectuelle*, P. Fernandez, Expertises 2001, p. 301 et s.

³ CA Paris, 25^{ème} ch. A, 4 mars 2009, *Société VRDCI/Société Nom d'un Net*, Juris-Data n° 2009-375695.

efficaces : en revanche, aucune obligation n'est exigée en ce qui concerne la qualité du site et son efficacité¹, par exemple, à attirer un maximum d'internautes et à être rentable financièrement. L'identité de régime entre le site web et ses mises à jour s'explique par le fait qu'en tant qu'œuvres incorporées à une œuvre initiale -le site- elles doivent être traitées pareillement, comme cela est expliqué plus haut, et donc s'insérer dans le cadre d'obligations de résultat. Car, elles répondent à des besoins bien précis et s'inscrivent dans le cadre d'une continuité à l'œuvre initiale. Afin de conserver cette continuité et d'aller au-delà, une certaine indivisibilité doit être instaurée entre l'œuvre elle-même et ses mises à jour. Le contrat de mise à jour ou tout autre document tel que le cahier des charges de conception/réalisation du site web ou une annexe y veillera. Bien entendu, certaines mises à jour « légères », sans conséquence sur le fonctionnement du site, relèveront de simples obligations de moyen. Ce qui importe est que le site et ses mises à jour soient conformes aux besoins et aux attentes du client.

4) Bilan

1009. Ainsi, un site web doit être régulièrement mis à jour pour demeurer actif, tant au niveau de son contenu que de sa structure : à défaut, il risque de ne plus attirer d'internaute, qu'il s'agisse de professionnels ou de simples consommateurs, et, par conséquent, de ne plus être rentable. C'est pourquoi, les mises à jour ont une vocation stratégique et doivent être particulièrement bien pensées. Dans tous les cas, elles doivent être régulières, « cohérentes » et vraiment utiles. L'intérêt étant notamment d'offrir une seconde jeunesse à un site qui compte déjà quelques années d'existence et qui paraît « démodé ». Aussi, pour le mettre à la page et être davantage populaire, il est nécessaire de le moderniser, de rendre son aspect physique plus agréable, de faciliter sa navigation et, sur le plan technique, de flexibiliser ses fonctionnalités. Le contrat de mises à jour offrira alors souplesse et liberté aux parties. Dans la même lignée que les sites Internet, les blogs et les réseaux sociaux seront susceptibles de faire l'objet de mises à jour.

¹ CA Paris, 28 janvier 2005, *Société Grenke location et Société Cybervitrine*, CCE 2005, n° 103, note L. Grynbaum. CA Lyon, 31 mars 2005, *Pernot c/Société Locam*, Juris-Data n° 2005-272612 ; CCE 2006, chron. 4, n° 37. CA Paris, 25^{ème} ch. A, 4 mars 2009, *Société VRDCI/Société Nom d'un Net*, précité.

D) Les mises à jour d'une prestation de services informatique : l'infogérance

Les mises à jour réalisées dans le cadre de l'infogérance comportent des enjeux qu'il convient de mettre en évidence (1) afin de déterminer au mieux les bases de la rédaction de la clause qui les concerne (2).

1) Les enjeux pratiques des mises à jour

1010. Dans le cadre de l'infogérance appelée aussi outsourcing, des mises à jour sont prévues. Bien entendu, elles seront différentes de ce que l'on rencontre en matière de logiciels ou de sites Internet, les enjeux étant différents. Toutefois, leur objectif est le même : apporter amélioration et efficacité. Afin d'appréhender l'infogérance comme il se doit, il faut partir du postulat selon lequel son bénéficiaire est placé dans une situation de dépendance vis-à-vis du prestataire, dans la mesure où il confie l'intégralité de la gestion et de l'exploitation de son système informatique à celui-ci. Il n'a alors plus « la main » sur son système informatique, ce qui suppose qu'il laisse une grande liberté d'action au prestataire, et qu'il n'a qu'un faible poids dans la négociation. Pour encadrer l'infogérance, un contrat bien ficelé est rédigé (voir Première Partie, Titre II, Chapitre II) prévoyant notamment la tenue de comités de suivi, ainsi que la réalisation d'audits pour contrôler la réalisation effective et satisfaisante des mises à jour prévues. Ce contrat peut également inclure des dispositions en matière de maintenance du système du client, à moins que cela ne soit laissé à la compétence d'un tiers, étant entendu que ladite maintenance n'aura strictement rien à voir avec les mises à jour de la prestation d'outsourcing. En outre, des conventions de niveau de services annexées au contrat d'outsourcing évalueront le niveau de qualité de la prestation, englobant les mises à jour, et garantiront le maintien d'une certaine qualité tout au long de son exécution. Ces outils rendent ainsi compte aux parties des mesures à prendre et des éventuelles corrections et adaptations à faire au niveau de la prestation d'outsourcing aux fins de l'améliorer. A ce titre, ils apparaissent comme de véritables instruments d'inspection et de vérification. Au surplus, ils testent le respect du devoir de collaboration des parties, en particulier du prestataire, chargé d'effectuer les mises à jour. Ces dernières sont nécessaires pour identifier et surmonter la situation de dépendance précédemment abordée, dépendance vis-à-vis d'un système informatique qui peut rapidement devenir « dépassé », obsolète, et qui, de surcroît, est géré par une personne autre que son propriétaire. Pour y remédier, une clause de mise à jour dite aussi d'évolution est prévue au contrat. Elle résulte d'une négociation des conditions et des modalités d'application

des mises à jour du système informatique, et est indispensable car, le contrat d'outsourcing s'installant dans la durée, des mises à jour sont logiquement nécessaires. Seront envisagées à la fois les évolutions de la prestation d'infogérance en tant que telle et celles des éléments constitutifs du système informatique qu'elle vise pour qu'il fonctionne, sans discontinuité. Le comité de suivi se penchera sur les conséquences techniques de ces mises à jour qui varieront en propension des besoins du client tout au long de l'exécution du contrat. Le but étant de rassurer la partie faible, le client, et de lui faciliter la tâche car, au final, ne fait que subir l'externalisation de son système dans son entier, logiciels compris.

2) La rédaction de la clause de mises à jour

La rédaction de la clause dépendra de la personne à l'initiative de laquelle les mises à jour seront demandées, client (a) ou prestataire (b). En dehors de ces hypothèses, elle résultera également d'événements extérieurs qui inciteront à modifier le système informatique objet du contrat. Dans tous les cas, les parties doivent donner leur accord aux mises à jour proposées et un prix doit être déterminé pour tenir compte de l'évolution du champ d'application du contrat.

a) Mises à jour à l'initiative du client

1011. Le client peut informer le prestataire de la nature des mises à jour qu'il souhaite voir intégrées au contrat, par exemple, lorsqu'il s'aperçoit que certaines mises à jour sont nécessaires pour optimiser le fonctionnement de son système, ou parce que le nombre de ses utilisateurs va augmenter, ce qui nécessite de modifier la capacité dudit système. Une lenteur au niveau du temps de réponse de ce dernier, de nouvelles applications à mettre en œuvre, incitent quelques aménagements. Bien entendu, il laissera un délai suffisant au prestataire pour les mettre au point, délai à déterminer conjointement et au cas par cas ; un prix sera également négocié. Dans la mesure du possible, le prestataire doit avoir la faculté de refuser de tels changements s'ils ne peuvent être objectivement réalisés, notamment pour des raisons techniques que ledit prestataire ne manquera pas de préciser. Cela peut concerner, par exemple, le développement de nouveaux programmes spécifiques. Le client peut également proposer des mises à jour après avoir reçu des renseignements de la part du prestataire, dans le cadre de ses obligations de conseil, d'information, et de veille technologique. En

effet, le prestataire est tenu de proposer toute mesure qui lui apparaît « souhaitable » pour assurer la bonne exploitation et l'amélioration du système informatique, compte tenu des besoins de son cocontractant et des conséquences de la réversibilité, si elle se produit. Dans cette dernière hypothèse, est organisée la reprise par le client de son système à l'expiration du contrat. La question qui se pose est alors de savoir comment sera réglé le sort des mises à jour en cas de réversibilité. Une chose est sûre : le prestataire doit continuer à mettre à jour le système même s'il est informé de sa prochaine reprise par le client : son comportement ne doit pas changer, étant tenu d'un devoir de diligence et de collaboration à son égard. Ses obligations doivent perdurer tout au long du contrat, incluant la période de transfert du système vers son cocontractant. Ensuite, le client est libre de faire appel aux services d'un tiers pour effectuer les mises à jour. La tentation est en effet grande pour un prestataire d'arrêter de faire les mises à jour dès lors qu'il a connaissance de la fin prochaine de sa mission. Pour éviter cela, le contrat d'outsourcing ou une annexe précisera qu'il est tenu de respecter ses obligations pendant toute la durée du contrat, sous peine de sanctions. Reste au client d'imposer une telle disposition, ce qui ne devrait pas poser problème si le prestataire est un professionnel consciencieux et de bonne foi. Contrairement au contrat de maintenance, le contrat d'infogérance apporte donc une certaine souplesse en faveur de la partie faible.

1012. Dans tous les cas, étant chargé et responsable de l'exploitation du système, le prestataire aura son mot à dire quant aux mises à jour proposées par son cocontractant, même si celui-ci est animé d'intentions louables, comme améliorer ledit système et le rendre plus performant et efficace, peu importe que les mises à jour soient mineures, majeures ou plus simplement « naturelles ». Cette dernière hypothèse fait référence aux mises à jour prévisibles telles que celles touchant à « l'architecture » technique, à la structure du système informatique permettant son fonctionnement. Elles seront donc automatiquement prises en charge par le prestataire aux conditions et modalités financières prévues au contrat et celui-ci ne pourra s'y opposer car, rentrent directement dans le cadre de l'objet du contrat.

1013. S'agissant des mises à jour non prévues initialement au contrat, les parties feront la distinction entre mises à jour mineures et majeures. La plupart du temps, elles conviendront que les premières n'entraîneront pas de coût supplémentaire et qu'une

simple demande écrite suffira. En revanche, les secondes engendreront des frais pour le prestataire et un prix supplémentaire à payer pour le client. Cela s'explique en raison de la complexité de la tâche et du temps nécessaire à leur mise en œuvre : dès lors, un avenant au contrat sera plus que nécessaire et devra obligatoirement faire l'objet d'une validation par le comité de suivi. Enfin, les mises à jour devront être réalisées conformément au respect de l'état de l'art et en mettant en œuvre les techniques nouvelles, ainsi que les préconisations des professionnels du milieu. C'est en tenant compte de l'ensemble des indications précédentes que la clause de demande de mises à jour à l'initiative du client pourra être rédigée ainsi : « *Le Client peut être amené pour différentes raisons, dont notamment pour des raisons attachées à des meilleurs délais de réponse, à l'exploitation d'applications supplémentaires, ou en raison de l'évolution du nombre de ses utilisateurs..., à demander au Prestataire des évolutions et/ou modifications profondes de son système, du réseau existant, du matériel... Dans cette hypothèse, les parties conviennent de se rencontrer et d'arrêter conjointement un calendrier et de définir les conditions d'exécution des modifications techniques. Les parties conviennent également que ces demandes pourront donner lieu à révision des conditions financières tel que précisé à l'article <x>.* »¹

b) Mises à jour à l'initiative du prestataire

1014. Le prestataire peut solliciter des mises à jour et les mettre en œuvre, justifiées par ses compétences professionnelles. Il procèdera ainsi à quelques ajustements du matériel, des logiciels qui lui appartiennent, sous réserve de ne pas modifier intégralement le service d'outsourcing fourni au client. Autrement dit, les mises à jour ne doivent pas dégrader les performances du système, sinon offrir des conditions de service égales à celles existant avant les mises à jour. Dans le cas contraire, c'est tout l'objet du contrat qui serait remis en cause. De plus, comme dans le cadre des mises à jour à l'initiative du client, le contrat précisera les conséquences financières des interventions du prestataire, en faisant la distinction entre mises à jour mineures, majeures et naturelles. Si les mises à jour effectuées par le prestataire sont importantes, peut-être faudra-t-il envisager les conséquences sur le terrain de la propriété intellectuelle et organiser une cession de droits, par exemple, si ledit prestataire met à jour des logiciels qu'il a lui-même conçus et dont il est l'auteur. Le contrat ne manquera

¹ Clause « *Evolutions à l'initiative du client* », Contenu dans le Contrat « *Prestations caractéristiques des contrats informatiques* », 1^{er} modèle de clause, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, éd. Lamy, décembre 2006, I.415, n° 455, p. 76.

pas de le préciser. De même, si le prestataire crée une base de données originale au sein du système du client ou s'il procède à une nouvelle configuration de cette base protégeable par le droit d'auteur, il faudra régler juridiquement son sort afin d'éviter tout litige ultérieur.

1015. Par ailleurs, si le prestataire procède, dans le cadre de transfert de licences, à la correction, à l'adaptation, à l'arrangement... de logiciels propriétaires comme l'y autorise l'art. L. 122-6-1 CPI, notamment en cas de défaillance de son auteur ou de son fournisseur, pour en permettre l'utilisation, conformément à sa destination (voir Première Partie, Titre I, Chapitre I), il devra en faire part à son cocontractant, dans un souci de transparence. Il s'engagera également à l'informer de l'existence de toute nouvelle version plus performante du logiciel sur le marché. Une telle solution s'applique aussi dans l'hypothèse d'un système mettant en oeuvre des logiciels libres modifiés par le prestataire. Dans ce cas, il ne fait que jouer son rôle de contributeur à leur développement (voir Seconde Partie, Titre I, Chapitre I) et il est normal qu'il informe son cocontractant des mises à jour effectuées. Le contrat d'outsourcing précisera aussi les modalités de réversibilité de la nouvelle configuration du système en fin de contrat, mises à jour incluses. Dans tous les cas, le prestataire se réserve la possibilité de modifier le système d'exploitation du client, sous réserve que ces modifications ne dégradent pas ses performances et qu'elles offrent des solutions techniques équivalentes à celles existant avant les modifications. Le système doit continuer de fonctionner dans les mêmes conditions et doit bénéficier d'une stabilité et d'une sécurité équivalentes. Enfin, l'évolution du système peut s'avérer nécessaire, le prestataire décidant que les moyens qu'il met en oeuvre évolueront en fonction de ses besoins et de la nature dudit système, dans le respect des niveaux de qualité de service prévus dans la convention du même nom. Il est entendu que toute mise à jour devra être conforme au plan d'assurance-qualité prévu dans le contrat d'infogérance.

Des développements précédents, il résulte que la clause de mise à jour à l'initiative du client peut se formuler comme suit : « *Sous réserve d'en informer préalablement le Client, le Prestataire pourra procéder à des modifications des configurations et des solutions techniques retenues en ce qui concerne les configurations informatiques, sous réserve :*

- *du respect des niveaux de qualité de service définis dans la Convention de Service ;*
- *de l'absence de conséquence pour le Client du point de vue technique, organisationnel et financier. »¹*

Après l'analyse des différents types de mises à jour pouvant se produire et touchant une large gamme de biens incorporels et de services, il est nécessaire d'envisager les mises à jour dans le cadre des inventions (Section 2).

Section 2 : La liberté surveillée des mises à jour ou l'hypothèse des brevets de perfectionnement

Les brevets de perfectionnement constituent une mise à jour des plus importantes qu'il ne faut pas ignorer (A). Mais, afin de pouvoir exploiter l'invention améliorée protégée, il est nécessaire d'obtenir une licence de dépendance dont l'analyse mérite quelque attention (B).

A) Le perfectionnement en tant que mise à jour conséquente

Dans la pratique, il n'est pas toujours évident de savoir si un brevet déposé est le perfectionnement ou non d'une invention déjà brevetée. Aussi, il est nécessaire d'envisager chacun des éléments de la situation afin de l'appréhender au mieux (1). Mais, une telle démarche est inutile si n'est pas expliqué en quoi consiste le perfectionnement (2)

1) Position du problème

1016. Par définition, le brevet est un titre de propriété industrielle conférant un monopole d'exploitation exclusive pendant une durée de vingt ans maximum sur une invention, à celui qui la révèle, en donne une description suffisante et complète, et revendique ce monopole. Il protège donc une innovation technique : au-delà de cette durée, l'invention tombe dans le domaine public et est exploitable par tous. Le brevet est délivré par les pouvoirs publics -l'Institut National de la Propriété Industrielle

¹ Clause « *Evolutions à l'initiative du prestataire* », Contenu dans le Contrat « *Prestations caractéristiques des contrats informatiques* », 1^{er} modèle de clause, Formulaire commenté Lamy droit de l'immatériel, éd. Lamy, décembre 2006, I.415, n° 455, p. 77.

(INPI)- et est applicable sur le territoire national¹, en contrepartie du paiement d'annuités par son titulaire. Ainsi, grâce au brevet délivré, son titulaire ou ses ayants-droit bénéficient, moyennant l'exécution de certaines obligations, d'un droit exclusif temporaire d'exploitation de l'objet d'une invention, susceptible d'application industrielle. Si le titulaire peut exploiter lui-même son brevet, il peut également autoriser d'autres personnes à le faire, notamment par le biais de contrats de licences. Bien entendu, avant de délivrer un brevet, l'autorité compétente s'assurera qu'il s'agit bien d'une invention au sens juridique du terme, c'est-à-dire qu'elle répond aux conditions exigées par la loi : la nouveauté (art. L. 611-11 CPI), l'implication à une activité inventive (art. L. 611-14 CPI), et la production d'un effet technique ou d'une application industrielle (art. L. 611-15 CPI). La première condition faisant référence à tout ce qui n'est pas compris dans l'état de la technique, donc tout ce qui n'est pas divulgué au public ; la seconde nécessitant pour l'homme de métier que l'invention « *ne découle pas de façon évidente de l'état de la technique* », de ce qui est connu, condition la plus difficile à mettre en œuvre dans la pratique ; enfin, la troisième condition signifiant que l'invention doit appartenir au domaine des réalisations et non des abstractions : elle doit pouvoir être « *fabriquée ou utilisée dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture* ». Il est évident que les brevets dits « de perfectionnement » devront répondre à ces conditions cumulatives car, restant des brevets, la loi ne créant pas de régime particulier pour eux. A ce titre, ils sont soumis aux mêmes règles de base que tout brevet (obligation de payer des taxes et annuités fiscales, durée de validité courant du jour où il est demandé...). L'étendue de la protection par le brevet est déterminée par le contenu des « revendications » (art. L. 613-2 CPI), éventuellement interprétées en considération des descriptions et des dessins contenus dans la demande de brevet.² Pour que le breveté conserve son droit exclusif sur son invention, il devra l'exploiter soit dans un délai de trois ans à compter de la délivrance de son brevet, soit dans un délai de quatre ans à compter du dépôt de sa demande³, et payer des redevances

¹ Des extensions du brevet sont possibles pour le territoire de l'Union Européenne et pour l'étranger, afin que l'invention soit également protégée dans ces pays. Des démarches supplémentaires seront alors nécessaires auprès des offices de brevets compétents. Dans la pratique, il est recommandé de faire appel à un Cabinet de Conseil en propriété industrielle, tant les démarches sont complexes. Celui-ci veillera à la protection des intérêts de l'inventeur et au paiement régulier de ses annuités, afin qu'il ne perde pas le bénéfice de son brevet.

² L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 31 mars 2004, PIBD 2004, n° 789, III, p. 373 ; Propr. ind. 2005, comm. n° 2, obs. P. Vigand, intéresse directement la théorie des revendications. Un brevet est composé de quatre éléments : la description de l'invention, des dessins, des revendications, et un abrégé qui n'est que le résumé du contenu technique de l'invention. La description sert de support aux revendications.

³ Sachant que c'est le délai le plus favorable au breveté qui sera en principe retenu.

annuelles, sous peine de perdre son brevet. Les droits du breveté acquis du fait de son statut sont très utiles car, lui permettent d'interdire tout acte de reproduction ou d'exploitation (tels que la fabrication, l'utilisation, la vente, la location, le prêt...) de son invention par des tiers, telle que celle-ci est définie dans les revendications, et ainsi de la protéger. S'il est imposé au breveté d'exploiter son invention, c'est pour en faire profiter la société dans son ensemble : à défaut, elle devient inutile et dépourvue de tout intérêt. Or, le propre d'une invention est de faciliter le quotidien des individus par une application technique utile. On imagine alors aisément à quel point une amélioration sera utile pour le plus grand nombre.

1017. Dans les développements qui vont suivre, nous ne nous arrêterons pas sur les conditions de brevetabilité, ni sur l'étude du brevet lui-même, l'intérêt étant plutôt de montrer en quoi un brevet peut avoir pour objet une amélioration et, par conséquent, une mise à jour de l'invention visée. La solution est apportée par les brevets de perfectionnement ayant pour objet une invention qui représente le perfectionnement technique d'une autre invention, elle-même protégée par un brevet. Concrètement, un premier brevet protège une invention initiale dite aussi invention « de base », « d'origine » ou « primaire » ; un second inventeur intervient ensuite pour améliorer cette invention, ce qui donne lieu à la délivrance d'un second brevet dit de perfectionnement, si les conditions de brevetabilité requises par la loi sont réunies. Toutefois, il ne pourra exploiter l'invention originale perfectionnée sans l'autorisation de l'inventeur initial, autrement dit, ne pourra la fabriquer, la reproduire, la vendre... car, sera en conflit avec ses droits, tant que son brevet sera en vigueur.¹ Si aucune solution n'est trouvée à l'amiable, il n'aura pas d'autre choix que de saisir la justice pour obtenir le droit d'exploitation dans le cadre d'un contrat particulier appelé « licence de dépendance » ou encore « licence judiciaire ». Notons que l'auteur du perfectionnement peut choisir, hormis le brevet, un certificat d'utilité, mais le monopole conféré ne dure que six ans (art. L. 611-2, 2° CPI), cette option est inintéressante et sera écartée de la présente analyse.

1018. Dès lors, si une personne dispose d'une grande liberté pour apporter toute amélioration ou perfectionnement à une invention, elle est freinée dans son élan par le

¹ En effet, une fois que le brevet initial arrive à expiration, l'invention qui en est l'objet tombe dans le domaine public et peut être exploitée par tous, sans autorisation.

fait qu'elle ne pourra exploiter librement ce perfectionnement. Cette liberté est d'ailleurs encouragée par le législateur qui souhaite que toute œuvre fasse l'objet d'une amélioration perpétuelle dans un but d'intérêt général. Car, encore une fois, une invention qui n'évolue pas est vouée à disparaître. Or, il serait dommage d'en arriver à de telles extrémités. La licence de dépendance apparaît alors comme l'instrument juridique permettant d'instaurer un équilibre relatif entre les droits des titulaires des deux brevets en cause, même si au demeurant, cet équilibre s'avère fragile et complexe au niveau de l'articulation des droits de chacun. Il faut remarquer que la situation entre les deux brevetés demeure malgré tout égalitaire dans la mesure où le brevet concernant l'invention de base n'accorde pas à son titulaire le droit d'exploiter l'objet du perfectionnement breveté. Peu importe que les deux inventions soient « liées » et que la seconde -l'invention perfectionnée- dépende de la première, puisque n'existerait pas sans elle. L'inventeur initial doit lui aussi demander l'autorisation d'exploiter. Cela s'explique par le fait que sont en cause deux auteurs et deux inventions différentes et, par conséquent, deux brevets autonomes avec des traitements distincts et une vie juridique propre : chacun d'eux demeure totalement indépendant et il ne saurait y avoir de droits automatiques accordés. Cependant, précisons que le brevet de perfectionnement venant nécessairement à la suite du brevet initial, il lui survit. Ainsi, si l'invention primaire tombe dans le domaine public, cela ne signifie pas pour autant que le perfectionnement le sera pareillement. De même, si le brevet du perfectionnement est frappé de nullité, les tiers pourront disposer de son objet, mais non de celui de l'invention principale car, est juridiquement indépendant du brevet initial.¹ Aussi, des autorisations réciproques pourraient constituer un investissement stratégique pour chaque inventeur, notamment par le biais des licences. Elles seraient créatrices d'une relative égalité au niveau de leurs droits et obligations car, les deux brevetés ne peuvent se passer l'un de l'autre : une bonne entente entre eux est donc souhaitable.

1019. Par ailleurs, certaines hypothèses ne seront pas étudiées ici : il s'agit en premier lieu de celle concernant l'amélioration d'une invention du domaine public, celle-ci étant libre et l'exploitation de son perfectionnement pouvant se faire sans contrainte. En effet, l'auteur du perfectionnement ne porte pas atteinte aux droits d'autrui. En second lieu, ne

¹ Les causes de nullité ou de déchéance pouvant affecter le brevet initial sont sans influence sur le brevet de perfectionnement. De même, en cas de cession ou de concession de licence du brevet initial, le brevet de perfectionnement ne profite pas au cessionnaire ou au licencié, qui ne pourra fabriquer l'invention perfectionnée sous peine de contrefaçon.

sera pas envisagée l'hypothèse du titulaire d'un brevet qui dépose ensuite un brevet de perfectionnement sur sa propre invention car, ne soulève aucune difficulté juridique particulière, et un tel inventeur n'entre pas en conflit avec les droits d'autres inventeurs. Enfin, sera écartée l'hypothèse de la copropriété de brevets concernant les inventions collectives, ainsi que l'articulation entre ladite copropriété et le brevet de perfectionnement.

1020. Des développements précédents, il en ressort la nécessité de s'interroger sur plusieurs points comme celui de savoir en quoi consiste le perfectionnement. Si cette question semble anodine, elle mérite néanmoins d'être posée, tant sa réponse n'est pas si évidente. Il est également nécessaire de se poser les questions suivantes : le perfectionnement d'une invention tel qu'il apparaît dans le brevet concerné peut-il légitimement être qualifié de mise à jour conséquente ? Si tel est le cas, cela supposerait que les perfectionnements en question poursuivraient un but général de progrès. De plus, si l'on considère que le titulaire d'un brevet de perfectionnement ne peut librement exploiter son objet, est-ce que cela implique que perfectionner est contrefaire ?¹

2) La définition du perfectionnement ou la liberté absolue d'améliorer l'invention

1021. Le terme « perfectionnement » n'est pas défini par la loi. De plus, le Code de la propriété intellectuelle ne l'emploie pas. Avant de donner la définition exacte du perfectionnement², il faut partir du postulat que toute invention a pour fondement une invention qui se trouve elle-même à la base d'une invention... Autrement dit, c'est un cycle sans fin, comme un cercle parfait : l'innovation engendre l'innovation et, par conséquent, un dynamisme dans l'évolution de la technique et dans le progrès. Une telle idée peut paraître simpliste, et pourtant, résume tout et est à la base de nombreuses réflexions. Dès lors, la célèbre citation du chimiste et physicien Louis-Joseph Gay-Lussac prend tout son sens et illustre parfaitement le mouvement et l'évolution des perfectionnements : « *Toute découverte est fille d'une découverte et à son tour mère*

¹ C'est aussi le titre d'une étude intéressante qui traite, à partir d'un cas litigieux, du rapport juridique entre perfectionnement et contrefaçon en droit des brevets, ainsi que de l'octroi possible d'une licence de dépendance, exclusive ou non, négociée avec le propriétaire de l'invention initiale. Si elle n'est pas négociée, elle pourra éventuellement être délivrée par les tribunaux : *Perfectionner, c'est contrefaire ?* R. Gaglione, RDPI, avril 2000, n° 110, p. 13-15.

² Etude de P. Vigand : « *La notion de perfectionnement* », p. 29 in *Inventions et droits antérieurs : actes de la 7^{ème} rencontre de la propriété industrielle*, Lyon, 1978, éd. Litec, Collection du CEIPI, 1979.

d'une découverte ». ¹ Cela signifie que le progrès est en perpétuel mouvement : il ne s'arrête jamais, suit un rythme continu, linéaire. Les perfectionnements apportés à une invention contribuent justement à cette évolution et, c'est pourquoi, une certaine reconnaissance doit leur être donnée. Les brevets étant les instruments qui les consacrent. Une telle citation implique également une réalité que l'on ne peut nier : la plupart des inventions sont issues d'inventions préexistantes et n'apparaissent alors que comme leur mise à jour dans un sens d'amélioration, de perfectionnement. En effet, rares sont les créations qui bouleversent l'ordre établi, c'est-à-dire les créations révolutionnaires apportant, pour la première fois et de façon inédite, une solution technique à un problème précis. Si des époques plus ou moins lointaines ont vu naître des inventions au sens d'« invention fondamentale » ², aujourd'hui, les inventions ne font qu'améliorer celles qui existent déjà et répondent à une évolution qui paraît presque logique, naturelle. ³ D'autres, d'une certaine façon, en sont les créations « dérivées » ⁴, améliorant le quotidien des individus, mais relevant d'un certain confort et non indispensables. C'est le cas également d'inventions qui en complètent d'autres et qui en constituent l'accessoire. ⁵ Cela ne signifie pas pour autant que toutes ces inventions ne méritent pas protection. Bien au contraire. Car, il ne faut pas oublier que chaque création doit avoir une utilité certaine ainsi qu'une vocation à améliorer la vie des hommes. Elles devront revêtir ces caractères en sus de quelques autres pour bénéficier d'une protection juridique (voir infra n° 1016). Par conséquent, la plupart des inventions constituent des perfectionnements d'inventions, peu importe que celles-ci soient tombées ou non dans le domaine public. Seules comptent les améliorations réalisées.

1022. De tels développements permettent de définir exactement le terme de perfectionnement et de préciser que celui-ci induit une évolution, une contribution au

¹ Cette phrase a été déclamée lors de l'intervention de Louis-Joseph Gay-Lussac (1778-1850) à la Chambre des Pairs, ancêtre de l'Assemblée nationale, lors de la séance du 27 mars 1843.

² Par exemple, le stylo à bille a révolutionné l'écriture en remplaçant définitivement la plume et l'encrier d'antan, même si certains adeptes continuent, par plaisir, à s'y adonner à titre de loisir. De même, le cinéma, la télévision, l'ordinateur, le téléphone, le réfrigérateur, le lave-linge, le fer à repasser... ont bouleversé le quotidien de millions d'individus et n'ont pas d'ancêtres à proprement parler.

³ Ainsi, le téléphone à touches, puis sans fil, ont d'abord remplacé l'ancien téléphone d'Alexandre Graham Bell (1847-1922), scientifique, ingénieur et inventeur britannique. Puis, le téléphone mobile est apparu, véritable amélioration du téléphone. De même, le cycle a été remplacé par la bicyclette. En tant que deux roues, il a subi une évolution considérable, puisqu'a donné naissance au vélomoteur, puis à la moto... Dans un tout autre domaine, le stylo à plume a amélioré l'ancien plumier...

⁴ C'est le cas par exemple de la glacière portative, dérivée du réfrigérateur, ou du climatiseur, dérivé du simple ventilateur...

⁵ Par exemple, le sèche-linge vient compléter le lave-linge : il n'est pas indispensable. De la même manière, le fer à lisser les cheveux complète le sèche-cheveux...

progrès, à l'état de la technique... Cet apport doit être conséquent pour la société. Lorsque l'on parle de perfectionnement, il faut donc penser évolution, les deux notions étant inéluctablement liées. Cela se réfère directement à l'origine étymologique de ce terme, puisque « *perfectionner* » vient du latin « *perficere* » qui signifie achever, et de « *facere* » qui signifie faire. Autrement dit, perfectionner veut dire achever, rendre meilleur, améliorer, tendre à parfaire ou encore accroître les performances. Et tout le monde devrait pouvoir profiter des perfectionnements réalisés par d'autres, comme le disait Léonard de Vinci : « *Ce qu'un autre découvre, je pourrais un jour en profiter* ». D'ailleurs, l'histoire a montré que de nombreuses inventions ont toujours profité aux autres, donc à l'intérêt de la société. Toute chose pourrait être visée, ce qui laisse un grand champ d'action pour les inventeurs potentiels.

1023. Par ailleurs, en aucun cas, le perfectionnement ne saurait être défini par la qualité apportée à une invention ou par une qualité améliorée : celle-ci n'est pas une condition du perfectionnement. Car, il ne s'agit pas de sophistiquer l'invention sur un plan esthétique, de la raffiner à l'extrême, de l'embellir, de la rendre plus « design »... Ici, il n'est pas question de perfectionnement au sens courant du terme. Ce qui est mis en avant est son intérêt technique certain, à la base de tout progrès, en plus d'avoir un intérêt économique indéniable. D'ailleurs, certaines entreprises ne seraient pas là où elles se trouvent aujourd'hui si personne n'avait développé et amélioré certaines inventions. Pour aller plus loin, sans mise à jour, une création devient inutile et obsolète : elle a besoin d'aménagements et d'évolutions permanentes. D'où, l'intérêt des brevets de perfectionnement.

1024. Si le perfectionnement est nécessaire à toute invention, l'invention est le prémice à tout perfectionnement. Car, sans invention de base, le perfectionnement ne peut exister : dès lors, il lui doit son existence même. Afin d'être efficace et de laisser une trace dans le monde de l'industrie, une grande liberté est laissée à celui chargé de perfectionner l'invention : il n'aura de limites que celles prévues par la loi pour améliorer l'œuvre. Une telle liberté est fondamentale pour permettre à l'invention de suivre son évolution naturelle : aussi, libre cours est donné à l'inventeur. Toute mise à jour doit être exploitée : il y va de l'intérêt du progrès lui-même. A ce propos, certains auteurs précisent que : « *Chacun est libre de la (l'invention) perfectionner et peut ainsi ajouter aux travaux de l'inventeur, ses propres travaux, ses observations particulières.*

*Si donc un brevet étant pris et demeurant encore debout, un tiers découvre un perfectionnement à ce brevet, il peut à son tour solliciter (...) un brevet d'invention, et son perfectionnement reste sa propriété, tout comme l'invention principale reste la propriété du premier inventeur. »*¹ Toutefois, si le progrès technique à la base de l'activité inventive exigée comme condition de brevetabilité doit être important ou du moins suffisant, il ne saurait constituer une condition de protection juridique car, une telle notion est « contraire aux principes posés par le législateur au moins en tant qu'elle semble subordonner la validité de l'invention à son importance sur le plan pratique ou industriel. »² De plus, le progrès en tant que tel n'est pas facile à appréhender, car reste relatif, et par conséquent, difficilement évaluable.

1025. De la liberté donnée à l'inventeur pour perfectionner une invention au caractère actif du perfectionnement, il n'y a qu'un pas. En effet, le perfectionnement ne pouvant être obtenu sans effort, il est obligatoirement actif, ce qui suppose un investissement de la part de son auteur, un travail pour contribuer au développement de l'invention visée. Si le perfectionnement se veut actif, il se veut aussi naturel dans la mesure où il apparaît comme la suite logique de l'invention d'origine. L'inventeur disposera alors d'une large marge de manœuvre pour mettre à jour une invention. Mis en valeur dans le cadre du brevet, le perfectionnement va révéler au public les enseignements tirés d'une invention, point de départ d'autres recherches venant la mettre à jour, en un mot l'améliorer. Perfectionner implique donc des apports concrets et utiles, et plus précisément des ajouts, mais pas n'importe quels ajouts, sinon des ajouts conséquents, constituant « un progrès technique important » et présentant « un intérêt économique considérable » (art. L. 613-15 al. 2 CPI ; supra n° 1030 s.). Il s'agit d'ajouts à l'invention par rapport à ce qu'elle était dans un état antérieur, donc d'ajouts utiles, qui l'améliorent. Or, les mises à jour sont principalement des ajouts. Par conséquent, le perfectionnement peut se définir comme étant une mise à jour, même si au demeurant, celle-ci s'avèrera particulière. Cela s'explique en grande partie par le fait qu'elle représente en quelque sorte le lien technique entre l'invention initiale et l'invention perfectionnée, à l'origine d'une certaine continuité entre les deux, exprimée par une philosophie commune touchant les inventeurs. Ce lien est d'ailleurs si important que le législateur l'a consacré

¹ *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique*, E. Pouillet, Marchal et Billard, 6^{ème} édition, 1915, p. 237.

² CA Paris, 31 mai 1957 in J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, Litec, 1984, p. 371.

à plusieurs reprises.¹ Ainsi, le perfectionnement qui résulte de l'invention doit se rattacher intimement à l'invention principale et doit en être le développement. Il est considéré comme une manifestation de l'esprit créatif de son auteur, et donc, comme une invention : « *Tout moyen d'ajouter à quelque genre de fabrication que ce puisse être, un nouveau genre de perfection, serait regardé comme une invention.* »² Le perfectionnement consistera en l'amélioration d'au moins une revendication d'un brevet initial, et pourra être soit un élément nouveau, soit une simplification. La jurisprudence donne une définition plus complète du perfectionnement et de l'invention de perfectionnement, puisque la définit comme « *celle qui contient et reproduit une invention antérieure en lui apportant soit une modification, soit une adjonction, soit une restriction* » essentielle. Il en est de même pour le brevet de perfectionnement qui doit « *apporter une amélioration aux caractéristiques telles que définies par le brevet antérieur tant dans ses composants que dans ses résultats* ». ³ En d'autres termes, une invention de perfectionnement reprend l'objet d'une invention, mais l'améliore de façon certaine.

1026. Pour recevoir la qualification de brevet de perfectionnement, il faudra donc rechercher si le second brevet reprend les critères du brevet initial et les améliore. En effet, le bénéfice du brevet n'est pas automatiquement acquis à l'auteur du perfectionnement. L'amélioration devra être notable, peu importe sa « valeur » car, ce n'est pas tant le degré d'amélioration qui compte que la nouveauté apportée comme le fait de produire un résultat industriel nouveau⁴ et d'impliquer une activité inventive,

¹ Loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention (en vigueur le 1^{er} janvier 1969, J.O.R.F. du 3 janvier 1968, p. 13), modifiée par les lois n° 78-742 du 13 juillet 1978 (J.O.R.F. du 14 juillet 1978, p. 2803), n° 84-500 du 27 juin 1984 (J.O.R.F. du 28 juin 1984, p. 2008), n° 87-890 du 4 novembre 1987 (J.O.R.F. du 5 novembre 1987, p. 12920).

² Article 2 de la première loi relative aux brevets d'invention, loi du 7 janvier 1791 (remplacée par la loi du 5 juillet 1844, puis par la loi du 2 janvier 1968 précitée). Cette loi avait institué en France une propriété de l'inventeur sur ses œuvres, assimilée à un droit inaliénable de l'homme. Une loi du 25 mai 1791, quant à elle, instaura les brevets d'invention. Ces lois limitaient dans le temps et dans ses effets le droit des inventeurs. Puis, de nombreuses lois ont encadré les brevets, contribuant à leur évolution. Cela implique qu'il y a près de deux siècles, le législateur s'est intéressé aux brevets, aux perfectionnements et à leur problématique.

Voir : *La propriété industrielle est-elle une propriété ? Le débat sur la loi relative aux brevets d'invention à la Chambre des pairs (1843)*, Gabriel Galvez-Behar, 2007/4, n° 49, p. 108 à 110.

Sur le site du Cairn : <http://www.cairn.info/revue-entreprises-et-histoire-2007-4-page-108.htm>

Et http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=EH_049_0108

³ CA Paris, Pôle 5, 1^{ère} Ch., 30 mars 2011, *S.A. Conté c/MM. Lucien Foscarin et Ludovic Chochoy*, PIBD n° 940, III, 340 (Annexe n° 14)

Voir le lien : <http://jurisprudencebrevets.blogspot.com/search/label/Perfectionnement>. En l'espèce, de telles conditions étaient réunies. Pour un exemple de brevet de perfectionnement, voir Annexe n° 15 : Brevet d'invention n° FR 91 03464 et brevet de perfectionnement n° FR 99 15696.

⁴ A titre d'exemple, il peut s'agir d'un dispositif permettant d'augmenter le rendement d'un appareil.

autrement dit, de répondre aux conditions de brevetabilité et à la protection juridique qui en découle. En résumé, s'il n'y a pas matière à brevet, il n'y a pas protection.¹

1027. Cependant, l'on ne saurait parler de perfectionnement dans le cas d'un simple changement au niveau de la forme de l'invention. Perfectionner, c'est toujours inventer : le progrès doit être réel. De la même façon, ne sera pas considéré comme un perfectionnement le fait d'utiliser des moyens différents pour obtenir un résultat analogue² car, cela n'apporte rien à l'état de la technique. Ainsi, il a été jugé qu'une invention était « *l'équivalente, ou à tout le moins le perfectionnement* » d'une autre invention protégée par un brevet qui en avait illustré l'application industrielle dans le cadre de sa fabrication.³ Le perfectionnement en tant que tel constitue ainsi une invention nouvelle se rattachant à l'invention de base par un lien technique, et doit être protégé de la même façon : il le sera par le droit des brevets -si répond aux conditions de brevetabilité- et par le droit du savoir-faire, les certificats d'addition ayant été supprimé par une loi du 26 novembre 1990⁴. Toutefois, nous nous intéresserons uniquement aux brevets de perfectionnement faisant intervenir un inventeur autre que l'inventeur initial et donc, juridiquement plus intéressants.

1028. Si l'invention perfectionnée se rattache à l'invention principale et en est l'accessoire, en réalité, les traitements entre les deux inventions sont indépendants. Ce qui amène à se poser les questions suivantes : est-ce que l'invention perfectionnée est une invention dérivée totalement distincte et indépendante de l'invention de base ou une invention induite naturellement par la première, liée intrinsèquement ? Se distingue-t-elle nettement de l'invention initiale ? Enfin, pour qu'elle mérite le titre d'invention perfectionnée, cette invention nécessite-t-elle la reprise de tous les éléments de l'invention initiale ? Le brevet de perfectionnement étant et demeurant propre à celui qui en a fait la demande, il est totalement indépendant du brevet initial. L'explication est évidente et logique : par définition, un brevet est un titre de propriété industrielle indépendant, qui ne peut être délivré que s'il répond à certaines conditions prévues par

¹ Une telle exigence a été posée il y a longtemps par la jurisprudence : Cass. Req. 23 fév 1922, Ann. 1922, p. 198.

² Tribunal civil de Tournon, 19 janvier 1922 et Cour d'appel de Nîmes, 26 décembre 1922, *Siméon c/Mercier*, Ann. 1923, p. 80.

³ Cass. com., 7 juin 1988, Pourvoi n° 86-14.592, arrêt n° 652, *Société The BF Goodrich Company et la Société Michelin et Compagnie c/Karl Ziegler*, Lamyline.

⁴ Loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990 relative à la propriété industrielle, J.O.R.F. n° 276 du 28 novembre 1990, p. 14624.

la loi et conférant un monopole exclusif à une invention qui en a les critères, c'est-à-dire qui est nouvelle, qui fait preuve d'activité inventive et qui est susceptible d'application industrielle. Il en est de même pour un brevet de perfectionnement qui demeure un brevet comme les autres, et donc portant sur une invention nouvelle. Dès lors, les deux titres doivent être traités de façon distincte, même si un lien particulier existe entre les deux -ou plutôt entre l'objet de ces deux titres- et ne peut être ignoré dans la mesure où l'invention perfectionnée n'a pu être créée que parce qu'une invention de base préexistait. Toutes ces exigences en matière de perfectionnement seront les mêmes, tant pour le titulaire du brevet initial qui améliorerait sa création, que pour le tiers titulaire d'un brevet de perfectionnement. Ils ne sauraient être traités différemment car, poursuivent le même but : mettre à jour une invention.

1029. Il faut néanmoins prendre garde à ce que le perfectionnement ne soit pas en réalité qu'une copie servile de l'œuvre initiale. Car, si perfectionner c'est contrefaire¹, cela ne doit pas impliquer une reproduction à l'identique : une amélioration doit être apportée. Le perfectionnement sera considéré comme un acte de contrefaçon si son auteur reprend les caractéristiques essentielles et originales de l'invention initiale, « *peu importe qu'il y ait eu adjonction d'un dispositif, même si cela constitue un perfectionnement.* »² Même si un réel progrès est apporté à l'œuvre, il n'en demeure pas moins qu'il y a contrefaçon dès lors que l'œuvre seconde emprunte les éléments essentiels de l'œuvre primaire, c'est-à-dire ce qui fait sa spécificité, faisant apparaître alors cette seconde œuvre comme une pâle copie de la première (supra n° 1039 s.). Ce qui rejoint l'idée précédemment abordée selon laquelle le progrès n'est pas une condition de brevetabilité et que le perfectionnement se double naturellement d'une contrefaçon, les deux étant intimement liés et indissociables. L'invention initiale et l'invention perfectionnée illustrant une continuité qui ne peut être rompue, elles seront définitivement liées et imposeront d'elles-mêmes une coexistence entre les droits de deux protagonistes : l'inventeur initial et le titulaire du brevet de perfectionnement. Il en résultera la nécessité d'instaurer un équilibre entre les droits et les obligations de chacun afin de créer une véritable harmonie.

¹ *Perfectionner, c'est contrefaire ?* R. Gaglione, RDPI avril 2000, n° 110, p. 13-15.

² CA Paris, 1^{er} février 1949, Ann. 1950, 28 ; CA Paris, 4 février 1956, Ann. 1956, 44 ; Cass. 26 février 1957, Ann. 1957, 32.

B) Les brevets de perfectionnement des inventions ou l'équilibre entre les droits du breveté initial et l'utilité d'exploiter le perfectionnement

Au préalable, l'étude des licences de dépendance s'avère nécessaire (1), notamment lorsqu'il s'agit d'expliquer en quoi les perfectionnements dont elles autorisent l'exploitation impliquent inévitablement une contrefaçon (2). Il s'agira ensuite d'expliquer en quoi elles constituent le moyen de rétablir l'équilibre entre les deux brevetés, à savoir le titulaire du brevet relatif à l'invention de base et le titulaire du brevet de la même invention, mais cette fois perfectionnée (3), sachant que cet équilibre est difficile à mettre en œuvre (4).

1) Les licences de dépendance

En premier lieu, les licences de dépendance doivent être distinguées des licences obligatoires et des licences d'office, leur régime juridique étant différent (a). Cela permettra de mieux appréhender le contenu de leurs dispositions (b).

a) Distinctions et règles de base

1030. Tout d'abord, les licences de dépendance¹ doivent être impérativement distinguées des licences obligatoires et des licences d'office. En effet, les confusions entre ces différentes conventions sont fréquentes, d'autant que la licence de dépendance apparaît comme une « sorte de licence obligatoire ». S'agissant des licences obligatoires (art. L. 613-11 CPI), elles peuvent être demandées auprès du tribunal de grande instance par toute personne intéressée par une invention brevetée qui ne fait l'objet d'aucune exploitation par son auteur ou ses ayants cause, ou même d'aucun début d'exploitation. L'absence de commercialisation du produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français ou de l'un des territoires de l'Union européenne (UE) ou de l'Espace économique européen (EEE), justifie également une telle demande. Est sanctionnée ici une exploitation insuffisante car, toute invention doit profiter à la société et être source de progrès pour tous : laisser une invention à l'abandon est donc contraire à la finalité qu'elle doit avoir, finalité imposée par le législateur. Dans tous les cas, la demande de licence interviendra à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance du brevet, ou de quatre ans à compter de la date du

¹ Etude de J. Azéma : « *Les aspects juridiques de la dépendance* », p. 137 in *Inventions et droits antérieurs : actes de la 7^{ème} rencontre de la propriété industrielle*, Lyon, 1978, éd. Litec, Collection du CEIPI, 1979.

dépôt de la demande de brevet. Elle interviendra également si l'exploitation ou la commercialisation du brevet a été abandonnée depuis plus de trois ans. Toutefois, pour que le tribunal accepte d'octroyer une telle licence, le demandeur devra prouver que le titulaire du brevet a refusé de lui accorder une licence d'exploitation à l'amiable, et qu'il est en mesure « *d'exploiter l'invention de manière sérieuse et effective* » (art. L. 613-12 al. 1^{er} CPI).¹ Seul un motif d'excuses légitimes (comme la force majeure, un obstacle économique, juridique ou technique...) pourrait entraîner le rejet de sa demande², étant entendu que les améliorations apportées à l'invention par le titulaire du brevet ne constituent pas une excuse légitime.³ Enfin, si le titulaire d'une licence obligatoire ne satisfait pas aux conditions auxquelles cette licence a été accordée, le titulaire du brevet initial et, le cas échéant, les autres licenciés, peuvent obtenir du tribunal de grande instance le retrait de cette licence. Quant aux licences d'office, elles obligent le titulaire d'un brevet à exploiter son invention afin de satisfaire à certaines exigences d'intérêt national : de santé publique (art. L. 613-16 et 17 CPI), d'économie nationale (art. L. 613-18 et R. 613-28 CPI), et de défense nationale (art. L. 613-19 et R. 613-34 et s. CPI).

1031. S'agissant des licences de dépendance (art. L. 613-15 CPI), elles apparaissent comme une forme particulière de licence obligatoire, dans la mesure où demandées par le titulaire d'un brevet de perfectionnement (ou ses ayants cause) auprès du tribunal de grande instance du domicile ou du siège social du titulaire du brevet de l'invention initiale, elles lui permettent d'exploiter le perfectionnement de cette invention, s'il n'a pas obtenu de licence à l'amiable et si le refus de licence est injustifié. Pour éviter une telle procédure, une solution consisterait à attendre sagement que le brevet arrive à expiration : ainsi, l'invention tombant dans le domaine public, il serait inutile de demander une licence de dépendance. Cependant, cela serait trop long (environ vingt ans) et il n'y aurait aucun intérêt économique à attendre un tel délai, d'autant que d'autres ne se priveraient pas d'améliorer l'invention et de demander des licences. De plus, si l'inventeur attend trop longtemps, ses travaux risquent de devenir rapidement obsolètes, donc au final, sans intérêt. Notons que de nombreux pays ont adopté un tel dispositif⁴ mettant en jeu deux brevets inévitablement liés car, le brevet de

¹ TGI Toulouse, 13 sept 1976, JCP 1977, II, n° 18712, note M. Sabatier.

² TGI Rennes, 16 novembre 1970, JCP 1971, II, 26852, note X. Desjeux. TGI Rennes, 12 juillet 1972, PIBD 1973, II, 4.

³ CA Lyon, 11 septembre 1997, Dossiers Brevets, III, 6.

⁴ Une liste des pays connaissant des formules diverses de licences de dépendance a été arrêtée en 1980. Elle comprend : l'Afrique du Sud, l'Algérie, l'Autriche, la Colombie, l'Égypte, la Grèce, la Hongrie,

perfectionnement n'aurait jamais été délivré si un brevet initial n'avait pas existé. D'où, le terme même de licence de dépendance n'est pas anodin : il se réfère à l'existence d'une invention toute aussi dépendante. Avant toute chose, pour qu'une telle licence soit accordée, il faut qu'un perfectionnement soit reconnu par le tribunal, notion qui sera appréciée de façon subjective, au cas par cas. Pour cela, le brevet de perfectionnement doit être dans la dépendance directe du brevet primaire et, par conséquent, l'invention améliorée et l'invention initiale doivent être obligatoirement liées. Si un ajout à une invention constitue un perfectionnement, il en est autrement d'un nouveau procédé de fabrication : le brevet le protégeant ne pourra servir de fondement à une action engagée sur la base de l'art. L. 613-15 CPI. Le domaine des inventions étant technique, le tribunal sera éventuellement éclairé par l'avis d'experts. Ces derniers n'ont pas pour rôle de remettre en cause les inventions, encore moins leurs brevets délivrés par l'Etat (l'INPI). L'enjeu est de déterminer s'il y a perfectionnement ou non de l'invention initiale au sens juridique du terme, justifiant la qualification de brevet de perfectionnement, ainsi que la demande d'une licence de dépendance. Ce n'est qu'après une telle analyse que les juges décideront d'accorder ou non cette licence si les conditions exigées par la loi sont réunies (art. L. 613-15 CPI). Quant à l'auteur de l'invention de base, il s'opposera farouchement à la demande de son adversaire pour des raisons évidentes : la crainte de la concurrence et que le perfectionneur profite de son invention pour générer des bénéfices plus importants que les siens... De plus, sans l'accord du breveté initial, l'auteur du perfectionnement porterait atteinte à ses droits, simplement en exploitant son perfectionnement. Car, chaque brevet confère des droits exclusifs, principe posé par la loi du 2 janvier 1968 (art. 36)¹. Or, entre la théorie et la pratique, il y a un fossé, dans la mesure où il arrive parfois qu'un breveté ne puisse exploiter librement son brevet. S'il veut l'exploiter, il n'a pas d'autre choix que d'effectuer des actes portant atteinte au monopole d'un brevet antérieur d'un tiers, actes *a priori* contestables car, consistent à reproduire, en totalité ou partiellement, les revendications contenues dans ledit brevet appelé aussi « *brevet dominant* ».²

l'Irak, l'Irlande, l'Islande, Israël, l'Italie, le Koweït, le Mexique, le Nigéria, les Pays-Bas, les Etats scandinaves, le Pérou, la Pologne, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suisse, Trinité et Tobago et l'Uruguay.

¹ *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968*, J. Schmidt, éd. Litec, Collection du CEIPI, 1972. *Les innovations de la loi du 2 janvier 1968 en matière de brevet d'invention : actes du colloque de Strasbourg*, 1971, éd. Litec, 1972.

² Il s'agit de la définition de l'invention de dépendance : Lamy Droit Commercial 2002, n° 1790, p. 863.

1032. Les ressemblances entre licences de dépendance et licences obligatoires ne s'arrêtent pas là, toutes deux étant régies par les mêmes dispositions, à savoir celles prévues aux articles L. 613-12 à L. 613-14 CPI (cf. : art. L. 613-15 al. 5 CPI). D'où, les droits et obligations des licenciés sont identiques dans les deux cas de figure. De plus, comme pour les licences obligatoires, les demandes de licence de dépendance doivent intervenir trois ans après la délivrance du brevet initial ou quatre ans après le dépôt de la demande dudit brevet. Ces demandes doivent être accompagnées « *de la justification que le demandeur n'a pu obtenir du propriétaire du brevet une licence d'exploitation et qu'il est en état d'exploiter l'invention de manière sérieuse et effective* » (art. L. 613-12 al. 1^{er} CPI), c'est-à-dire qu'il dispose des moyens d'exploiter l'œuvre ainsi perfectionnée, pour satisfaire les besoins du marché. Une condition s'ajoute cependant et ne se retrouve pas dans l'hypothèse des licences obligatoires : il s'agit de l'obligation que le perfectionnement présente par rapport à l'invention initiale brevetée « *un progrès technique important ainsi qu'un intérêt économique considérable* » (art. L. 613-15 al. 2 CPI)¹ (voir infra n° 1021), sachant que ces deux critères seront appréciés souverainement par les juges du fond. En posant ces exigences, l'objectif est d'éviter les demandes intempestives de licences de dépendance pour des perfectionnements qui ne le sont pas. Ainsi, les améliorations minimales ne justifieront pas leur délivrance. En outre, contrairement aux licences obligatoires, le défaut d'exploitation de l'invention principale n'est pas exigé pour pouvoir obtenir une licence de dépendance. Mais, il est exigé du demandeur qu'il n'ait pas exploité son brevet de perfectionnement avant de saisir le tribunal² : à défaut, il devient contrefacteur puisque n'aura pas respecté les droits de l'inventeur initial conférés par son monopole. Le but étant d'inciter à la collaboration entre les deux inventeurs.

1033. Quant à la notion de « *progrès technique important* », elle n'est pas facile à appréhender³, étant une notion relative. Elle peut être définie comme un progrès technique « suffisant », du moment que celui-ci induit quelques améliorations notables à l'invention visée. La jurisprudence estime qu'exiger un progrès technique équivaut à

¹ CA Paris, 22 février 1994, PIBD 1994, 566, III, 258. Sur pourvoi : Cass. com., 16 janv. 1996, Ann. propr. ind. 1998, 178 ; PIBD 1996, 608, III, 175 ; Dossiers Brevets 1996, IV, 8 : c'est au demandeur de la licence de prouver que son invention présente par rapport au brevet antérieur un progrès technique important ainsi qu'un intérêt économique considérable.

² Cass. com., 16 janv. 1996, précité.

³ Etude de J. -B. Rosset : « *Les aspects techniques de la dépendance* », p. 151 in *Inventions et droits antérieurs : actes de la 7^{ème} rencontre de la propriété industrielle*, Lyon, 1978, éd. Litec, Collection du CEIPI, 1979.

exiger que la création apporte « *un avantage par rapport à l'état de la technique* ».¹ Concrètement, il s'agit de comparer les deux inventions en mesurant l'écart technique, l'écart de performances, entre la création initiale et la création dépendante perfectionnée, et d'en faire ressortir les différences et les apports concrets. Le progrès sera considéré comme un instrument de mesure de l'activité inventive ou plutôt comme un indice de cette activité, qui constitue aussi l'une des conditions de brevetabilité. Mais, en aucun cas, le progrès ne saurait constituer l'une de ces conditions. En effet, la jurisprudence admet que le progrès apparaît « *comme contraire aux principes posés par le législateur au moins en tant qu'il semble subordonner la validité de l'invention à son importance sur le plan pratique ou industriel.* »² La notion de « *progrès technique important* » implique que la valeur technique du perfectionnement est telle que, sur le plan pratique, l'exploitation de l'invention initiale nécessite de mettre en œuvre ledit perfectionnement, n'étant pas elle-même exploitable de façon satisfaisante sur le plan industriel. En d'autres termes, l'invention de base exploitée isolément, sans perfectionnement, demeure insuffisante pour contribuer au développement de la société, à l'inverse de l'invention qui en est dérivée : celle-ci apporte un progrès par rapport à l'état de la technique et présente un réel intérêt économique. D'où, la nécessité de combiner invention d'origine et perfectionnement. Néanmoins, il faut éviter les conclusions hâtives : si le législateur souhaite que l'innovation se développe, il n'en fait pas pour autant une condition de brevetabilité, à l'instar de la nouveauté, de l'activité inventive et de l'application industrielle : la réunion de ces trois critères est seule exigée. De plus, si le perfectionnement doit être révélateur d'un certain progrès, celui-ci ne conditionne en rien sa brevetabilité.

1034. S'agissant de « *l'intérêt économique considérable* »,³ il renvoie à l'utilité de l'invention perfectionnée pour le plus grand nombre ; sur le plan financier, celle-ci doit être rentable et faire l'objet d'achats de la part du public. Car, une invention à laquelle personne ne s'intéresse ne sert à rien et risque de tomber rapidement dans l'oubli.⁴ Enfin, l'exploitation de l'invention de perfectionnement doit servir l'intérêt général, ce qui rejoint les développements sur la licence obligatoire et l'idée que toute invention

¹ *Traité des brevets*, J.-M. Mousseron, Litec, 1984, p. 364.

² CA Paris, 31 mai 1957 in J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, précité, p. 371.

³ Notons que l'exigence de l'intérêt économique considérable n'existait pas sous la loi de 1968, son article 36 ne faisant mention que du « *progrès technique important* ».

⁴ *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, M. Sabatier, éd. Litec, 1976.

doit contribuer au progrès de la société, en un mot, à l'innovation. Dès lors, la personne qui demande la licence de dépendance doit prouver que celle-ci poursuit ce but et qu'elle est indispensable. Les effets de la licence seront alors limités à ce qui est nécessaire à l'exploitation du perfectionnement (art. L. 613-15 al. 2 CPI). Elle doit aussi apporter la preuve qu'elle a les moyens d'exploiter l'invention et qu'elle a tout prévu et organisé dans ce sens. Pour s'opposer à l'octroi d'une licence de dépendance, le breveté invoquera notamment l'existence d'une exclusivité accordée à un tiers, argument qui n'empêchera pas les tribunaux de se prononcer en faveur d'une telle licence. Dans l'éventualité où l'auteur d'un perfectionnement n'obtiendrait pas une licence de dépendance, parce qu'il ne remplirait pas les conditions cumulatives exigées par la loi, il pourrait toujours tenter de négocier avec le breveté une licence, et cela, à tout moment. La décision restant entre ses mains, à moins que le tribunal ne lui donne ultérieurement gain de cause. Si le législateur a prévu un tel dispositif, c'est parce qu'il avait conscience du risque que les deux inventeurs ne trouvent parfois aucun terrain d'entente quant à l'exploitation de l'invention initiale. Aussi, pour éviter de bloquer l'auteur d'un perfectionnement de bonne foi dont le but n'est que de contribuer à l'état de la technique, il a décidé de lui faciliter la tâche en prévoyant des conditions non insurmontables. Les licences de dépendance sont justement le moyen juridique de combiner les intérêts de tous : ceux du perfectionneur, ceux de l'intérêt général et ceux du breveté initial. En effet, ce dernier disposera de plusieurs prérogatives : il pourra soulever la nullité du brevet de perfectionnement pour s'opposer à l'octroi de la licence de dépendance, ou à l'inverse, profiter du travail du perfectionneur et demander au tribunal une licence « autoritaire » sur le brevet de perfectionnement car, ne peut exploiter l'invention visée sans autorisation, même si elle a été induite par sa propre invention. Si le tribunal a accordé une licence de dépendance, il ne pourra rejeter sa demande. De telles licences croisées permettent de sortir de l'impasse et sont créatrices d'un équilibre et d'une égalité entre les deux brevetés, auxquelles le tribunal s'associe, de par la loi. Elles révèlent également une certaine équité : les autorisations comme les interdictions doivent avoir lieu dans les deux sens. En effet, « *Il ne serait pas juste que celui qui s'est inspiré de la découverte ou de l'invention pût l'absorber complètement à son profit et que l'inventeur du lendemain paralyse l'industrie du premier inventeur, de celui auquel, en définitive revient l'honneur de la découverte* ». ¹

¹ *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique*, E. Pouillet, précité, p. 237.

Un rapprochement de cette situation peut être fait avec les accords de coexistence de marques permettant à deux marques identiques ou similaires appartenant à deux titulaires différents, d'être exploitées sur un même territoire. L'intérêt étant à chaque fois d'apporter paix et harmonie et de sauvegarder les intérêts de chacun, tout en évitant la confusion dans l'esprit du public entre deux titres de propriété industrielle.

b) Conséquences sur le contenu de la licence de dépendance

1035. D'après les développements précédents, la licence de dépendance apparaît comme une licence « forcée », « autoritaire », puisqu'est imposée par la justice et non voulue conjointement par les parties. Le fait qu'elle soit traitée dans le Code de la propriété intellectuelle à la section 2 intitulée « *Transmission et perte des droits* », elle-même insérée au chapitre III concernant les « *Droits attachés aux brevets* » est révélateur de la situation que souhaite créer le législateur, une situation de collaboration imposée, à l'inverse d'une collaboration volontaire que l'on retrouve dans les licences conclues à l'amiable. Il permet ainsi au perfectionneur de passer outre sa dépendance et d'exploiter son invention : le but étant de ne pas mettre fin à toute envie de créer de la part des individus car, trop de contraintes serait néfaste à terme pour l'innovation. Concrètement, la licence de dépendance consistera dans la tolérance par le breveté des actes d'exploitation de son invention par le perfectionneur, actes qui au départ, il avait refusés. Pour ce faire, le breveté lui communiquera le contenu de l'enseignement technique de son brevet. Toutefois, la loi ne prévoit pas expressément la communication du savoir-faire : il appartient à l'auteur du perfectionnement de le demander au juge en justifiant que cela s'avère nécessaire pour exploiter l'invention de base.

1036. Qu'elle soit accordée à l'amiable ou par la justice, la licence de dépendance sera conclue *intuitus personae*, à l'égard d'un perfectionneur en particulier. Cela suppose que les sous-licences soient interdites, sauf si une clause l'autorise : la licence doit rester personnelle. Mais, elle peut-être non-exclusive¹ (art. L. 613-13 CPI), des tiers pouvant également obtenir une licence sur le brevet principal. Dans l'éventualité où une licence exclusive aurait été accordée à un tiers avant la décision du tribunal d'octroyer d'une licence de dépendance au perfectionneur, l'exclusivité serait réduite à néant. Pour compenser le « préjudice » subi par ce tiers, les juges, de plus en plus appelés dans le

¹ La licence de brevet est exclusive lorsque le breveté s'engage à ne pas accorder d'autres licences pour la même invention et pour le même territoire.

droit moderne à aménager les contrats, pourraient décider de diminuer le prix de la licence exclusive, dans un souci d'équité. Car, il avait été convenu que ce tiers soit un licencié exclusif, c'est-à-dire le seul à pouvoir exploiter l'invention visée (hormis le titulaire du brevet lui-même qui a le droit de l'exploiter). Pour se prémunir de telles situations, le breveté initial peut prévoir une clause de non-garantie de cette exclusivité, notamment en cas de décision du tribunal en faveur de licences de dépendance. S'agissant du contenu lui-même de la licence de dépendance, il se rapproche de celui de la licence obligatoire, étant accordée à des conditions déterminées par les tribunaux, « *notamment* » quant à sa durée, son champ d'application et le montant des redevances (art. L. 613-12 al. 2 CPI). La présence de l'adverbe « *notamment* » laissant une large marge de manœuvre pour le tribunal. Néanmoins, il ne faut pas se méprendre : en aucun cas, le juge ne va écrire le texte des licences dans leur intégralité. Non seulement, ce n'est pas son rôle, mais cela est contraire à la loi, en particulier l'art. 1134 al. 1^{er} du Code civil qui dispose que seules les parties décident du contenu de leur contrat : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* » Dans la pratique des licences de dépendance, l'auteur du perfectionnement va présenter un projet de licence au tribunal qui décidera de son bien-fondé et qui statuera sur le contenu de ses clauses. En d'autres termes, le tribunal tranchera sur les points-clés, notamment relatifs à la durée, au prix, au champ d'application... Il pourra répondre favorablement à certaines ou à toutes les demandes de l'auteur du perfectionnement : encore une fois, ce sera une analyse au cas par cas, en tenant compte des divers intérêts en présence. Cela sous-entend que les juges ont de larges pouvoirs -même s'ils sont encadrés par la loi- quant au contenu du contrat lui-même : en décidant de soumettre la licence à une durée plus ou moins limitée dans le temps, ils imposent une modalité d'exécution du contrat, déterminante pour les rapports contractuels et conditionnant la suite des événements. S'agissant de cette durée, elle peut être déterminée ou indéterminée, sachant que son maximum est la durée de validité du brevet de l'invention de base¹ (mais, le juge peut toujours décider d'une durée plus courte que la durée de vie du brevet).

¹ CA Paris, 1^{er} mars 1963, Ann. propr. ind. 1963, p. 28 : lorsqu'aucune durée n'est prévue dans la licence, elle est considérée comme étant à durée indéterminée, avec en réalité comme maximum la durée du brevet sur lequel elle s'appuie. Le breveté aura alors pour obligation de maintenir en vigueur son brevet pendant tout le temps que durera la licence, ce qui implique que s'il ne paie pas régulièrement ses annuités entraînant déchéance de son titre de propriété industrielle et donc, résiliation de la licence accordée, sa responsabilité sera engagée de plein droit : Cass. com., 6 novembre 1957, Bull. civ. IV, n° 297.

1037. Par conséquent, si le brevet de l'invention de base expire, la licence de dépendance ayant pour objet ladite invention prendra fin pour défaut d'objet. Quant à l'invention elle-même, elle tombera dans le domaine public et ne nécessitera plus aucune licence pour être exploitée, toute exploitation étant désormais libre. Si le contrat prévoit une durée supérieure à celle du brevet initial, la clause y afférente sera réputée non écrite car, contraire au droit, et notamment, au droit de la concurrence. De même, en fixant les modalités des licences telles que le champ d'application incluant le ou les territoires visés, les juges décident d'un élément important et du sort futur du contrat. Mais, cela se fera en s'appuyant sur les demandes de l'auteur du perfectionnement, qui connaît davantage les réalités économiques. Enfin quant au montant des redevances, il s'agit là encore d'un point délicat que le juge fixera dans la limite des pouvoirs qu'il tient de la loi. Car, le prix est l'un des éléments qui pose le plus de problèmes lors des négociations, l'une des parties trouvant toujours qu'il est faible, tandis que l'autre le trouvant trop onéreux. S'agissant du prix lui-même, celui qui demande une licence de dépendance usera de la liberté que lui accorde l'art. 1134 du Code civil pour demander au juge que le paiement se fasse sous la forme d'une somme forfaitaire payée en un ou plusieurs versements, ou d'une fraction du chiffre d'affaires, ou sous forme mixte (tel qu'une somme forfaitaire couplée avec le paiement d'une somme déterminée en fonction d'un pourcentage du chiffre d'affaires). Il pourra également proposer une clause d'évolution selon laquelle le montant des redevances variera dans le temps, en particulier s'il est basé sur le chiffre d'affaires car, une invention brevetée ne connaît pas le même succès selon le moment de son exploitation. Ainsi, le pourcentage du chiffre d'affaires réalisé sera faible en début d'exploitation, puis augmentera de façon exponentielle, pour ensuite diminuer lorsque la technologie mise en œuvre sera proche de l'obsolescence. C'est pourquoi, le demandeur de licence demandera au juge de tenir compte de ces mouvements lorsqu'il statuera sur le montant du prix.

1038. Bien qu'octroyées par le tribunal, les licences de dépendance restent des licences au contenu similaire. A titre d'exemple, le licencié pourra demander l'insertion d'une clause prévoyant que le breveté est tenu de le garantir contre tout acte de contrefaçon de l'invention protégée.¹ Si cela se produisait, seul le breveté serait habilité à agir en justice pour y mettre fin. Son abstention serait même de nature à causer un préjudice au licencié dont il pourrait être déclaré responsable. Cependant, malgré la liberté dont

¹ CA Paris, 21 mars 1978, Dossier Brevets 1979, I, n° 6.

dispose les parties quant à la rédaction de la licence de dépendance, on ne peut s'empêcher de déduire des pouvoirs du juge une certaine remise en cause des principes posés à l'article 1134 du Code civil tels que celui de liberté contractuelle, de liberté de consentement et d'autonomie de la volonté¹, à nuancer néanmoins, les parties pouvant toujours demander au tribunal, à tout moment, de modifier les stipulations contractuelles (art. L. 613-12 al. 3 et R. 613-25 CPI). Ces demandes peuvent être séparées dans le sens où breveté initial et licencié n'ont pas à former leur demande conjointement ; les juges ne pourront les rejeter. Si les conditions d'exécution de la licence sont modifiées, ce sera dans tous les cas de la façon la plus équitable possible. Bien entendu, un tel dispositif n'exclut pas la possibilité pour chacune des parties de se mettre d'accord quant au contenu des clauses de la licence et d'en faire état au juge. Au contraire, la justice comme le législateur, sont favorables aux accords négociés et incitent à leur rédaction. Cela évitera d'autant les applications de mauvaise foi des conventions, condamnées par les articles 1134 al. 3 et 1135 du Code civil. Car, il est observé que les accords judiciaires sont souvent ressentis comme conclus sous la contrainte par l'une des parties, qui sera alors moins encline à y l'appliquer de bonne foi. Dans tous les cas, si les parties décident de modifier elles-mêmes la licence et qu'au final, ne se mettent pas d'accord sur le contenu de ses dispositions, le tribunal tranchera. Ce dernier pourra également mettre fin à la licence de dépendance si le licencié ne satisfait pas aux conditions auxquelles elle a été accordée, à la demande du titulaire du brevet initial ou des autres licenciés, la licence de dépendance n'étant pas exclusive (art. L. 613-14 CPI).

2) Licence de dépendance et contrefaçon

1039. En accordant les licences de dépendance, n'est pas encouragée la contrefaçon, sinon l'innovation. Dire que perfectionner c'est contrefaire est un peu réducteur, même si certains le pensent², et que ce n'est pas tout à fait faux. Certes, l'invention perfectionnée reprend toutes les caractéristiques de l'invention de base ou du moins « *ses caractéristiques essentielles* »³, ce qui implique que l'invention antérieure se

¹ « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise (...). »

² *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, P. Mathély, éd. Librairies des J.N.A., 1991. *Perfectionner, c'est contrefaire ?* R. Gaglione, RDPI avril 2000, n° 110, p. 13-15.

³ CA Paris, Pôle 5, 1^{ère} ch., 30 mars 2011, *S.A. Conté c/MM. Lucien Foscarin et Ludovic Chochoy*, PIBD n° 940, III, 340 (Annexe n° 14). Auparavant, la Cour de cassation avait partiellement cassé un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 septembre 2007 (PIBD n° 863, III, 691) pour avoir écarté la qualification de brevet de perfectionnement aux motifs que le problème posé était différent, de même que les moyens

retrouve et se réalise dans l'invention perfectionnée. En effet, cette dernière dite aussi « invention dépendante », est « *celle dont l'exploitation suppose la reproduction, en tout ou en partie, des revendications contenues dans un brevet principal considéré pour cette raison comme le brevet dominant* ». ¹ Toutefois, elle ne représente pas l'invention d'origine trait pour trait, puisqu'y apporte une amélioration, un progrès technique en plus d'un intérêt économique considérable (art. L.613-15 al. 2 CPI). De plus, s'il s'agissait de la même invention, un second brevet n'aurait pas été délivré et il serait alors question de copie servile. La contrefaçon s'attachant davantage aux ressemblances qu'aux différences, il faut rechercher si le brevet incriminé a « un *contenu différent ou identique de celui du brevet litigieux* ». ² C'est sans compter le fait que la plupart des inventions sont dérivées, inspirées d'inventions préexistantes, et ne constituent pas pour autant des contrefaçons. Si les inventions perfectionnées étaient des contrefaçons de par leur nature et donc interdites, la création serait réduite à néant et personne ne s'aventurerait à améliorer une invention, quelle qu'elle soit. Or, chacun dispose de la liberté absolue de créer et même de perfectionner une invention, même encore protégée par un brevet. Dès lors, le perfectionneur n'a pas l'impression de contrefaire, puisqu'à son sens, ne fait qu'améliorer une invention et non la reproduire ou l'imiter. Il estime que ses agissements sont louables et qu'il ne fait que donner d'autres fonctions à l'invention ou accroître ses performances, ce qui n'est pas condamnable en soi.

1040. Cependant, le droit raisonne autrement : pour qu'il n'y ait pas contrefaçon, l'invention antérieure doit cesser de se retrouver et de se réaliser dans l'invention perfectionnée, ce qui est matériellement impossible, les deux étant étroitement liées. L'invention perfectionnée ne pouvant exister sans l'invention de base, tout perfectionnement est forcément générateur de contrefaçon. Quant à son exploitation, elle pose problème, son auteur n'étant pas propriétaire de l'invention principale : toute exploitation porte alors atteinte aux droits du breveté initial et est constitutive du délit de contrefaçon, et plus précisément de contrefaçon par perfectionnement, expliquée par la dépendance de l'invention perfectionnée dans l'invention d'origine brevetée. En résumé, l'auteur du perfectionnement n'aurait pas d'autre choix que de reproduire

techniques et le résultat obtenu, alors qu'il convenait d'examiner « *si le second brevet reprenait les caractéristiques essentielles du premier* » : Cass. com., 27 janvier 2009, Flash IRPI du 19 février 2009.

www.irpi.cci.fr/flash/fiche.asp?id_article=1633&id_arbo=330

¹ J. Azéma, in *Lamy Droit commercial*, 1990, n° 4425.

² Cass. com., 26 oct. 1993, Arrêt « *Cuilleron* », Bull. civ. IV, n° 353 ; Comp. dans la même affaire, 20 oct. 1998, n° 96-17.639, inédit.

l'invention initiale pour exploiter ledit perfectionnement. C'est pourquoi, afin d'éviter tout acte délictueux tout en incitant à l'innovation, les licences de dépendance ont été instaurées. Elles permettent à la personne visée d'exploiter le produit de son travail et d'en tirer quelques bénéfices. Car, malheureusement -et c'est là que l'on rejoint la doctrine- le perfectionnement désigne « *l'invention qui contient et reproduit une invention antérieure, en y apportant soit une adjonction, soit une restriction, soit une simple modification* »¹. Une telle reproduction constitue une contrefaçon, l'invention initiale se retrouvant dans l'invention perfectionnée², et au demeurant, répondant parfaitement à la définition juridique de la contrefaçon, et cela, même si l'invention perfectionnée fait l'objet d'un brevet distinct du brevet de l'invention d'origine, dès lors qu'il y a atteinte aux droits du titulaire de ce dernier : « *le fait pour un autre que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ou son licencié d'exploiter ce monopole, portant ainsi atteinte aux droits de son titulaire.* »³ Dans un monde utopique, le titulaire du brevet de perfectionnement pourrait exploiter librement son invention sans avoir à demander la moindre autorisation car, « *l'auteur du perfectionnement est lui-même cotitulaire du brevet initial, il ne fait qu'exploiter différemment l'invention sur laquelle il a déjà un droit personnel d'exploitation, il ne saurait donc être contrefacteur d'une invention qui lui appartient pour partie.* »⁴ Mais, la loi en a décidé autrement et afin d'éviter les longs débats, elle reconnaît l'existence de la contrefaçon par le fait même d'imposer une licence de dépendance pour pouvoir exploiter l'invention perfectionnée. Elle consacre néanmoins l'idée que ne sera pas traité pareillement celui qui fait une copie et celui qui améliore une invention. Ainsi, tant bien que mal, une telle licence contourne les obstacles pour instaurer et maintenir un juste équilibre entre les droits et les intérêts de chacun, c'est-à-dire entre ceux reconnus par les deux titres de propriété industrielle que constituent les brevets. Elle instaure une harmonie tout en mettant en place un mécanisme de réservation, ce qui est logique et contradictoire à la fois.

¹ *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, P. Mathély, éd. Librairies des J.N.A., 1991, p. 303.

² Cass. com., 31 mars 2004, PIBD 2004, n° 789, III, p. 373 ; Propr. ind. 2005, comm. n° 2, obs. P. Vigand : « *La contrefaçon suppose la reprise des éléments essentiels de la revendication du brevet, c'est-à-dire des éléments indispensables à la résolution du problème technique.* »

Pour certains, ces éléments sont « *ceux qui sont nécessaires et suffisants pour l'accomplissement de la fonction première des éléments inventés, en vue d'un résultat de même nature* » : *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, P. Mathély, précité, p. 278. Comp. CA Paris : 24 septembre 2003, PIBD 2003, n° 779, III, p. 65 ; Propr. Ind. 2004, comm. n° 38, note P. Vigand. TGI Paris, 30 novembre 2004, PIBD 2004, n° 803, III, p. 134. Cet arrêt élargit la notion d'élément essentiel à l'élément qui, « *bien que non indispensable à la résolution du problème technique, est cependant présenté comme tel par le déposant.* »

³ *Lexique de termes juridiques*, R. Guillien et J. Vincent, Dalloz, 2010, p. 153.

⁴ *Aspects actuels de la contrefaçon : actes de la 3^{ème} rencontre de propriété industrielle*, J.-M. Mousseron, Colloque Lyon 1974, éd. Litec, 1975, p. 24.

3) L'équilibre institué par les licences de dépendance

1041. Le brevet conférant un monopole à son titulaire, il consacre le droit d'interdire¹ différents actes (infra 1016 s.). A l'inverse, la licence de dépendance marque une limite dans l'exercice de ce droit au nom d'un intérêt privé, et par conséquent, remédie au déséquilibre établi entre les droits du breveté initial et ceux du titulaire du brevet de perfectionnement, bloqué dans l'exploitation de celui-ci. Une telle licence répond aussi à la volonté du législateur d'inciter à l'exploitation des inventions et de favoriser le développement de l'état de la technique, en un mot du progrès. Car, un tiers ne doit pas être dissuadé de perfectionner une invention brevetée : au contraire, il faut l'encourager. Or, s'il n'a pas l'autorisation d'exploiter le perfectionnement qu'il a lui-même réalisé avec efforts, il n'ira pas plus loin, comme bon nombre d'inventeurs. Les licences de dépendance ont justement été prévues par le législateur pour lutter contre cet état de fait et pour que s'articulent de façon sereine les relations entre breveté et licencié.² Elles permettent également d'éviter les situations litigieuses comme celles de l'exploitation de perfectionnements hors licence négociée ou judiciaire, qui porteraient atteinte au droit exclusif du propriétaire du brevet de base et constitueraient une contrefaçon (art. L. 615-1 CPI). Encadrant l'exploitation des inventions améliorées, leur utilité est indéniable³ et l'équilibre instauré entre les droits du breveté et la nécessité d'exploiter le perfectionnement, stratégique. Surtout, elles parviennent à remédier à la situation de faiblesse et de précarité dans laquelle se trouve le perfectionneur, face à un titulaire de brevet récalcitrant à voir une personne porter atteinte à son monopole. Grâce à elles, les intérêts de chacun seront préservés : il faudra faire en sorte que la licence de dépendance ne prive pas le titulaire du brevet initial des fruits résultant de l'exploitation de sa création, tout en permettant à celui qui l'a améliorée de l'exploiter. Son objet sera d'établir le juste dosage entre leurs besoins respectifs. D'ailleurs, elle n'est accordée par la justice que parce que certaines conditions sont réunies, le but étant d'empêcher la délivrance de licences pour des inventions qui ne seraient pas de véritables améliorations.

¹ CA Colmar, 15 janvier 1996, RDPI 2000, n° 110, p. 33. *Le droit français des brevets d'invention*, P. Mathély, éd. Librairies des J.N.A., 1974, p. 322.

² *Breveté et licencié*, J.-J. Burst, Litec, Librairies techniques, 1970, n° 105 et s.

³ C'est pourquoi, à l'époque, les licences de dépendance ont été qualifiées d'innovations créées par la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention.

1042. L'équilibre instauré par les licences de dépendance s'observe encore par le droit pour le titulaire du brevet initial d'obtenir auprès du tribunal compétent une licence pour exploiter le perfectionnement breveté, à condition que soient remplis certains critères cumulatifs, ce qui a pour effet la création de licences réciproques (art. L. 613-15 al. 4 CPI).¹ En accordant à chaque inventeur une licence touchant l'invention de l'autre, est corrigée l'inégalité préexistante (art. L. 613-15 al. 1^{er} CPI).² Toutefois, une remarque s'impose : si des licences croisées sont octroyées, la symétrie est loin d'être parfaite. En effet, le breveté initial n'aura droit à une licence sur le perfectionnement que si le perfectionneur obtient une licence de dépendance sur l'invention dudit breveté. Autrement dit, ce dernier ne bénéficie pas d'un droit propre à l'obtention d'une telle licence, à l'inverse de l'auteur du perfectionnement qui peut demander une licence au tribunal, à tout moment, dès lors qu'il en remplit les conditions. Ainsi, le droit du breveté est subordonné à celui du titulaire de l'invention améliorée, ce qui révèle une certaine précarité de la partie à laquelle on s'attend le moins. Elle sera néanmoins corrigée si des licences mutuelles sont obtenues car, produiront les mêmes effets : elles seront non-exclusives, incessibles, déterminées quant à leur durée, leur champ d'application, leur prix... De plus, si la licence de dépendance est indispensable pour l'auteur d'un perfectionnement, en revanche, une licence sur le perfectionnement ne l'est pas pour le titulaire d'un brevet initial qui peut très bien s'en passer. Afin de renverser cette tendance et d'inciter l'auteur initial à faire un pas en direction de celui qui a amélioré son invention, une licence lui est proposée, lui permettant de jouir des efforts réalisés par une personne qui a contribué à l'évolution de son invention. En ne s'opposant pas à la délivrance d'une licence de dépendance, il se préserve le droit de demander à son tour une licence, et donc de bénéficier d'un atout pour l'exploitation de son invention. Il s'agit d'une décision stratégique qu'il ne peut écarter à la légère.

1043. Par ailleurs, l'analyse de l'équilibre entre les droits des deux brevetés présente un intérêt car, le droit des brevets est par définition cloisonné, fermé, par opposition au droit des licences, davantage permissif selon l'importance des prérogatives octroyées au licencié. Si le droit des brevets, en tant que droit protecteur, n'admet pas l'utilisation par des tiers d'une invention appartenant à autrui sans autorisation, les licences, en

¹ « Le titulaire du brevet antérieur obtient, sur demande présentée au tribunal, la concession d'une licence réciproque sur le brevet postérieur. »

² « Le titulaire d'un brevet portant atteinte à un brevet antérieur ne peut exploiter son brevet sans l'autorisation du titulaire du brevet antérieur ; ledit titulaire ne peut exploiter le brevet postérieur sans l'autorisation du titulaire du brevet postérieur. »

particulier de dépendance, permettent de franchir cette barrière et d'exploiter une invention, alors qu'il en aurait été autrement si l'on avait tenu compte de la seule volonté de l'inventeur concerné. C'est donc à juste titre qu'il peut être affirmé que la licence de dépendance est en concurrence directe avec le mécanisme de protection institué par le droit des brevets. Plus précisément, elle établit une passerelle entre les deux mécanismes de réservation des droits que sont les brevets et les licences « classiques ». En effet, elle associe les droits issus d'un brevet et ceux résultant de l'invention mise à jour. Certes, cet équilibre n'est pas évident à mettre en place et n'est pas parfait en raison du défaut de symétrie existant entre les deux licences. De plus, les droits octroyés à chacun sur l'invention de l'autre seront différents. Malgré tout, la licence de dépendance constitue une atteinte tolérable aux droits du breveté et vise à assurer le respect de la fonction même du brevet qui est de garantir à celui qui apporte une amélioration à la société un certain bénéfice. En d'autres termes, celui qui contribue à l'évolution de l'état de la technique est justement récompensé par ses efforts qui, au final, profitent à tous. Dans le même temps, certaines règles sont remises en cause telles que celle suivant laquelle le titulaire d'un brevet initial est censé être le seul à exploiter son invention sur le marché. Par conséquent, d'une certaine façon, les licences de dépendance « brident » le brevet pour permettre au plus grand nombre de profiter d'une innovation. Cela ne signifie pas pour autant que tout est autorisé. La loi encadre strictement le mécanisme des licences de dépendance qui, contrairement à l'opinion de certains, n'ont pas pour effet de « favoriser ceux qui ont tendance à piller les inventions des autres ». ¹ Il n'y a aucun risque à ce que certains s'octroient le mérite des inventions créées par d'autres, même si une telle opinion n'est pas rare. ²

1044. Les licences de dépendance représentent ainsi le juste milieu entre le besoin de protéger les créations de chacun et celui de refuser une conception trop « égoïste » du droit, du monopole et de la propriété en général. Elles entrent parfaitement dans le schéma du brevet qui a pour objet de stimuler la création et l'innovation. Nécessairement liées, l'invention améliorée et l'invention initiale s'inscrivent alors dans une logique de continuité mise en évidence et en équilibre par les licences de dépendance. Ces dernières donnent aux inventeurs le moyen de faire connaître leurs travaux, tout en contribuant à l'essor de la société. Elles consacrent le perfectionnement

¹ Telles étaient les craintes, non justifiées, du rapporteur de la Commission des Finances au Sénat, M. Armengaud, J.O. Débat Sénat Q, 1^{er} décembre 1967, p. 1987.

² *Le droit des brevets*, J. Foyer et M. Vivant, PUF, coll. Thémis Droit, 1991, p. 386.

qui a pour finalité d'optimiser l'exploitation de l'invention brevetée, et qui dépasse la fonction de simple élément « accessoire » de ladite exploitation. Plus que nécessaire, le perfectionnement est indispensable et la licence est un moyen parmi d'autres de promouvoir le progrès, ce qui rejoint l'idée suivante : « *le fondement même du système du brevet est d'encourager la divulgation des trouvailles, afin que progressent l'industrie et l'économie. L'état de la technique résulte de l'accumulation des innovations industrielles. Il faut donc permettre à des chercheurs de perfectionner ce qui n'est souvent qu'un point de départ.* »¹

1045. Cependant, la notion de dépendance étant relative à la fois dans le temps et dans l'espace, les licences de dépendance prennent un caractère particulier. En effet, la dépendance relative dans le temps signifie que dès lors que le brevet initial cesse d'être en vigueur, l'invention perfectionnée n'y est plus dépendante. De même, la dépendance relative dans l'espace signifie qu'une invention dépendante « *sur le ou les territoires où existe un brevet dominant est au contraire de libre exploitation dans les pays où un tel brevet n'existe pas ou a disparu.* »² Cela crée à terme une véritable autonomie du perfectionnement par rapport à l'invention de base brevetée, induisant que la notion même de dépendance n'ait plus lieu d'être.

4) Un équilibre délicat à mettre en oeuvre

1046. L'équilibre instauré par les licences de dépendance demeure difficile à mettre en œuvre dans la pratique car, étant des licences forcées, elles n'ont rien à voir avec les licences négociées d'exploitation de brevets qui pourraient librement être accordées. De plus, ces licences sont par définition contraires à la logique du droit de propriété industrielle qui consacre la propriété exclusive des droits à son titulaire, pouvant seul les aliéner, c'est-à-dire la logique d'un monopole conféré par un titre comme le brevet. En effet, en octroyant ces licences, le juge revient sur l'exploitation d'une invention et sur la répartition des droits visés qui avait été décidée par son seul inventeur, ce qui risque fort de contrarier ce dernier, notamment s'il avait accordé une licence exclusive à un tiers. Dès lors, la licence de dépendance apparaît, d'une part, comme un mécanisme contraignant, anéantissant ou limitant dans une moindre mesure un monopole établi, et

¹ Rapport de la Commission des Lois au Sénat, M. Marilhacy, J.O. Débat Sénat, 1^{er} décembre 1967, Doc. n° 42, p. 70 et s.

² J. Azéma, in *Lamy Droit commercial*, précité.

d'autre part, comme favorisant un intérêt personnel pour satisfaire les besoins de la société toute entière. Concilier les intérêts de chacun est loin d'être évident, surtout s'il faut tenir compte de l'existence de ce tiers. Quant à l'équilibre des relations, il est fragilisé par la difficulté de faire coexister les droits et obligations des uns et des autres. La pratique révélant qu'une licence, même accordée en contrepartie d'une rémunération équitable, ne protégerait pas suffisamment les intérêts du titulaire du brevet antérieur. C'est sans compter le fait qu'un brevet et une licence sont deux contrats de nature différente, le premier consacrant un monopole à son seul titulaire, tandis que le second consacrant la plupart du temps de simples droits d'utilisation. Or, dans l'hypothèse d'une licence de dépendance, le juge décide de l'étendue des droits accordés à l'auteur du perfectionnement, ce qui remet en cause la vision de l'auteur de l'invention d'origine qui se sent « empiété » dans ses droits et privé du droit de décider de la manière dont il souhaite les organiser. Pour la jurisprudence comme pour le législateur, le monopole du breveté doit être limité, tant dans son intérêt que dans celui du plus grand nombre : à défaut, il risque de devenir contre-productif et de mettre en péril toute possibilité de progrès. C'est pourquoi, la poursuite d'un objectif de progrès social conditionnera l'octroi de ces licences judiciaires.

1047. Mais, même assorties de certaines conditions et compensations, les licences de dépendance offrent une vision réductrice du droit exclusif de propriété intellectuelle reconnu au véritable titulaire. Pour lutter contre cette atteinte, le législateur a posé des règles strictes concernant les conditions d'octroi de licences. Si d'un côté, ces conditions révèlent que le monopole du breveté n'est pas absolu, sinon temporaire et non perpétuel, de l'autre, elles protègent aussi ses intérêts et ont pour vocation de limiter les abus en matière de demande de licences : à ce titre, elles peuvent être qualifiées de véritables garanties de sauvegarde de ses droits.

Conclusion

1048. Les mises à jour ont pour objet de permettre une continuité de fonctionnement, qu'il s'agisse de systèmes informatiques, de logiciels, de sites web ou de prestations d'outsourcing. Ainsi, les améliorations, vérifications, corrections, et autres divers perfectionnements prennent le terme générique de mise à jour. Le cas des logiciels libres mérite quelque attention dans la mesure où ils font en permanence l'objet de contributions volontaires de la part d'une communauté d'utilisateurs, contributions qui constituent de véritables mises à jour, si elles n'aboutissent pas à de nouvelles versions. La question qui se pose est alors de savoir si ces utilisateurs qui modifient ces programmes, qui oeuvrent en faveur de leur développement, en tirent des profits personnels. C'est le problème des œuvres dérivées abordées avec détails dans d'autres développements (voir Seconde Partie, Titre I, Chapitre I).

1049. Quant aux autres types de mises à jour, constitués par les brevets de perfectionnement inévitablement liés aux licences de dépendance, il faut savoir qu'aucune décision judiciaire n'a été prise en la matière pendant les vingt premières années d'application de la loi les ayant instaurées. Cela s'explique peut-être par le fait que des accords amiables sont en général trouvés et que le mécanisme des licences de dépendance est si dissuasif que les parties préfèrent s'entendre pour éviter une action en justice qui pourrait donner lieu à un accord trop favorable à l'une d'elles. De plus, il est fort probable, même si les conditions exigées ne sont pas insurmontables, qu'une telle licence ne soit pas accordée fréquemment par les tribunaux. Toutefois, ces licences ont le mérite d'assurer un juste équilibre entre les droits du titulaire d'un brevet d'invention et ceux de l'auteur d'un perfectionnement dont l'utilité d'exploiter ladite invention n'a plus besoin d'être prouvée. Dans tous les cas, l'objectif étant de protéger les intérêts de chacun et de ne pas accorder de façon abusive des licences pour une amélioration dérisoire. Un intérêt réel sera alors recherché tout comme le progrès en tant qu'instrument de stimulation de la concurrence, et par conséquent, de la liberté du commerce et de l'industrie. Or, c'est également la finalité du droit des brevets. Les considérations économiques et l'intérêt général ne sont alors jamais très loin.

1050. Pour éviter tous les tracasseries d'une demande de licence de dépendance pouvant être demandée par le titulaire d'une licence de brevet qui déciderait par la suite d'améliorer

l'invention visée, une solution serait de prévoir dans cette licence l'insertion d'une clause imposant aux parties l'obligation de se communiquer réciproquement aux fins d'exploitation les perfectionnements apportés à l'invention pendant la durée de la licence¹, et cela, de façon non-exclusive et à titre gratuit, donc sans paiement d'une redevance complémentaire à la redevance initiale.² Car, en l'absence de clause, les perfectionnements ne seront pas automatiquement communiqués. Dans d'autres hypothèses, l'insertion d'une telle clause sera justifiée par le fait que les perfectionnements doivent être considérés comme des accessoires de l'invention brevetée et donc communiqués avec celle-ci au titre de l'obligation de délivrance. Le manquement à une telle obligation sera sanctionné : ainsi, le dépôt d'un brevet sur un perfectionnement par le licencié ouvrirait droit au breveté à une action en revendication³, ce qui permettra d'éviter les comportements de mauvaise foi. Une disposition pourrait également prévoir que le licencié a le droit d'utiliser gratuitement ou sous certaines conditions, les brevets de perfectionnement pris par l'inventeur.⁴ Reste à convaincre le titulaire du brevet d'accepter de telles dispositions contraignantes : rien n'est moins sûr.

¹ Cass. com. 16 juillet 1957, D. 1958, p. 407

² CA Paris, 19 septembre 1984, Dossiers Brevets, 1985, 1, 6.

³ CA Paris, 5 juillet 1995, PIBD 1995, III, p. 489.

⁴ Cass. com., 31 mars 1965, Bull. cass. 1965, 3, 217.

Chapitre II : L'antidote au contrat d'outsourcing : le contrat d'affiliation sur Internet

Introduction

1051. Au cours d'un précédent chapitre (voir Première Partie, Titre II, Chapitre II), il a été expliqué que l'infogérance consistait dans le fait pour un client de confier à un prestataire la conduite de son système informatique, pendant une durée plus ou moins longue. Autrement dit, le client se dessaisit en quelque sorte de sa fonction informatique au sens large (ses sites web étant inclus) « au profit » d'un prestataire qui devient le seul à le gérer et à assurer son fonctionnement. Mais, afin qu'une telle prestation soit un succès, il est indispensable que les parties soient de bonne foi et collaborent dans un esprit de partenariat. Certes, il s'agit d'un partenariat complexe, puisqu'il existe un déséquilibre au niveau des relations contractuelles, le prestataire étant la partie forte tandis que le client, la partie faible. De plus, un tel contrat révèle une inégalité et une précarité du client qui, en dépit de certaines stipulations, demeure un sujet passif par rapport au prestataire.

1052. Afin de remédier à une telle situation et d'instaurer un véritable partenariat juridique et commercial, certains dispositifs contractuels sont possibles parmi lesquels les contrats d'affiliation. Ces contrats sont apparus naturellement aux lendemains du réseau Internet lorsqu'il devint nécessaire de promouvoir les sites de commerce électronique afin qu'ils survivent sur la toile, tant la concurrence était rude, aussi rude que dans le monde analogique : aussi, ils représentent une spécificité de l'Internet. En premier lieu, les obligations de ces contrats sont plus équilibrées que celles des contrats d'outsourcing. Toutefois, il est aussi facile de le conclure que de le résilier, ce qui peut s'avérer dangereux sur le long terme. En outre, à l'inverse du contrat d'outsourcing, la « gratuité » caractérise le contrat d'affiliation, à nuancer dans une certaine mesure. En second lieu, sur le plan juridique, le contrat d'affiliation est une convention conclue entre un site de commerce électronique, l'« *affilieur* » et une personne appelée l'« *affilié* » qui va insérer sur son propre site web des messages publicitaires sous forme de liens hypertextes (icônes, logos, bandeaux publicitaires, bannières images, bannières

vidéo, bannières interactives, widgets¹ ou tout élément graphique...) en direction du site de l'affilieur afin d'en faire la promotion et, par conséquent, de ses produits et services, en contrepartie d'une rémunération qui prendra fréquemment la forme d'une commission progressive. De tels liens sont en général fournis par l'affilieur et contiennent des éléments graphiques renfermant ses logos, ses marques, noms de domaine et autre signes distinctifs. Ce sont autant de créations qui méritent protection par le droit, et notamment, par le droit de la propriété intellectuelle. Dans la pratique, c'est l'affilié qui sollicitera l'affilieur pour faire partie de son réseau. Mais, l'inverse peut également se produire dans certains cas. Ce contrat impliquant l'établissement d'un partenariat entre deux parties conduit certains auteurs à présenter l'affiliation comme la situation mettant en jeu : « *un site affilié (qui) rémunère un tiers affilié lorsque ce dernier relaie son message publicitaire et lui amène sur son site un internaute qui réalise une action spécifique préalablement définie dans un contrat par les deux parties* »².

1053. L'affilieur peut être une société, une entreprise individuelle ou non, une association exerçant une activité d'éditeur de site ou de site d'e-commerce, tandis que l'affilié peut être également un particulier personne physique exerçant une activité de vente de biens ou de prestation de services en ligne. En général, l'affilié est un cybercommerçant ou l'animateur d'un site dont le contenu a un rapport avec l'offre de l'affilieur, ou un simple particulier proposant des liens sur sa page personnelle. Par conséquent, toute personne physique ou morale exploitant un site Internet peut devenir le partenaire d'un affilieur dès lors qu'elle peut y afficher un élément graphique du site commercial de ce dernier, et sur lequel tout internaute aura la possibilité de cliquer pour s'y rendre. Le but de l'affilié étant d'obtenir des revenus supplémentaires, grâce à cette activité.

¹ Terme formé par les mots « *windows* » et « *gadget* », il s'agit d'un élément de base d'une interface graphique tel qu'un bouton, une barre de défilement, une boîte de texte, un ascenseur, une zone de texte... Simple petit programme situé sur le bureau de l'ordinateur, il permet d'accomplir une tâche et surtout d'obtenir des informations (par exemple : indiquer la météo, l'actualité, rechercher un mot-clé sur le web). Un widget de bureau est un outil disponible sur un système d'exploitation, une page web et un blog. Ce composant graphique logiciel, paramétrable et personnalisable, permet d'intégrer de l'information vers un point de destination. Les widgets proposent habituellement des informations ou des divertissements.

² *L'affiliation : bâtir, administrer et animer un programme*, A. Denoix, éd. Dunod, coll. Tendances Marketing, 2010, p. 3.

1054. Dans le cadre d'un programme d'affiliation, la relation peut être tripartite, dans l'hypothèse où s'adjoint à l'affilieur et à l'affilié une plate-forme dite d'affiliation. Cette dernière a pour fonction d'établir et de gérer un réseau d'affiliés pour le compte de l'affilieur, moyennant rémunération. Les partenaires seront rémunérés de différentes manières, qu'ils aboutissent à la conclusion de transactions commerciales ou non, c'est-à-dire à du simple trafic vers le site de l'affilieur, ou à l'apport de simples contacts commerciaux (supra n° 1146 s.). La particularité du mécanisme est que l'affilieur peut autoriser l'affilié à insérer sur son site des liens pour renvoyer vers le sien ; il peut aussi lui demander de créer de tels liens. Dans les deux cas, l'objectif est de faire la publicité du site de l'affilieur, peu importe la personne de qui elle émane. Si dans le cadre d'une prestation classique de publicité, une personne, le « *support* » demande à une autre, « *le régisseur* », de réaliser une prestation de publicité, sachant que rien n'interdit au régisseur de proposer lui-même ses prestations, dans le cadre du contrat d'affiliation, la démarche vient davantage de l'affilié qui proposera directement ses services.

1055. Toutefois, il faut nuancer : bien que l'affilié ait pour mission d'assurer la promotion du site de l'affilieur, il ne s'agit pas de prestation de publicité au sens juridique du terme. Car, le contrat d'affiliation présente des particularités que les autres contrats tels que le contrat d'outsourcing ou le contrat de publicité n'ont pas : d'une part, il est plus « simple », les relations contractuelles pouvant se faire et se défaire facilement, ce qui n'est pas toujours un gage de sécurité juridique ; d'autre part, il établit un partenariat équilibré entre les parties, puisque chacune participe activement à l'élaboration de la prestation. En effet, d'un côté, l'affilié fait la promotion de l'activité de l'affilieur ; de l'autre, ce dernier fournit divers outils de promotion tels que des moteurs de recherche insérés par l'affilié sur ses propres pages web, ou encore des liens dans sa lettre d'informations aux internautes ou newsletter. De plus, il existe une véritable collaboration et les relations des parties sont plus ou moins égalitaires car, contrairement à ce que l'on aurait pu croire, l'affilié n'est pas la partie faible. La frontière entre partie forte et partie faible tend alors à s'estomper. Quant à leurs intérêts respectifs, ils sont quasi équivalents : l'un bénéficie d'une publicité lui permettant d'attirer et de fidéliser des clients, tandis que l'autre perçoit une rémunération. Par ailleurs, bien que la promotion du site de l'affilieur nécessite un travail de la part de l'affilié, c'est à moindre coût. Sa rémunération sera en général proportionnelle au nombre d'internautes qui auront été dirigés vers le site de l'affilieur, avec un mode de

calcul inédit. Elle varie donc en fonction de cet aléa accepté conjointement par les parties. L'affilié prend le risque de ne rien percevoir, même si une telle hypothèse est plutôt rare dans la pratique. Comme sa rémunération dépend de sa performance et qu'il aura effectué une prestation à faible coût, on parle de gratuité. Quant à l'*intuitus personae*, il est faible dans les contrats d'affiliation, contrairement aux contrats d'outsourcing, l'affilieur pouvant conclure des contrats d'affiliation avec autant d'affiliés qu'il le souhaite. D'ailleurs, plus il en conclura, plus sera optimisée sa visibilité sur les réseaux. L'affilieur aura pour exigence des partenaires présentant des sites web ayant des activités conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs, peu importe que leurs sites relèvent de la même branche d'activités que la sienne. Seul compte le trafic généré par le site de l'affilié vers le site cible. En général, les deux auront des activités complémentaires ou proches, mais pas concurrentes, pour des raisons évidentes.

1056. Enfin, si le contrat d'outsourcing a pour effet d'« externaliser » une prestation, dans le sens où les opérations effectuées sont souvent réalisées en dehors de « tout contact » entre les parties, et parfois, à l'extérieur du site du cocontractant du prestataire, dans le cadre de l'affiliation, les actes effectués par l'affilié ont pour effet de renvoyer directement vers le prestataire. *In fine*, ce dernier aura pour mission de réaliser une prestation pour une clientèle. L'affilié n'est donc qu'un intermédiaire dans un processus qui s'avère un véritable partenariat (Section 1) et qui révélera prôner de façon égalitaire les intérêts respectifs de chacune des parties (Section 2).

Section 1 : Le contrat d'affiliation, un véritable partenariat

A bien des égards, le contrat d'affiliation peut être qualifié de contrat de partenariat commercial. L'affiliation étant un phénomène relativement récent, il faut la situer dans son contexte afin d'y faire un tour d'horizon le plus complet possible. Elle apparaît en 1996, aux Etats-Unis : le premier programme d'affiliation a été institué par *Amazon* en 1997, et en Europe, par *Ibazar* et *Alapage.com* en 1998.¹ La première plate-forme d'affiliation a été créée par l'américain *Befree* ; en France, *24pm affiliation* propose dès

¹ Une américaine avait créé un site sur le divorce et avait demandé au célèbre cybercommerçant *Amazon* l'autorisation de mettre en place un lien hypertexte vers la fiche descriptive des livres présentés sur le site de celui-ci ; elle lui a également demandé si elle pouvait percevoir une commission sur les ventes réalisées grâce à ces liens. *Amazon* accepta et, quelques mois plus tard, le premier programme d'affiliation d'*Amazon.com* fut créé. Aujourd'hui, il compte plus de 500 000 affiliés, soit plus de 10% de son chiffre d'affaires.

2000 un programme d'affiliation simple et peu coûteux. Aujourd'hui, *eBay* possède le plus grand réseau mondial d'affiliés. Technique de promotion et de distribution commerciale qui consiste à gérer des partenariats en ligne permettant la constitution d'un réseau de sites partenaires rémunérés à la performance, l'affiliation présente des avantages et des inconvénients pour chacune des parties. Elle repose ainsi sur un système d'échanges entre l'initiateur du programme d'affiliation, l'affilieur, et un affilié. Si l'affilieur est désireux d'augmenter son chiffre d'affaire, l'affilié souhaite profiter de la notoriété « gratuite » de son partenaire. Il entend valoriser sa collaboration ainsi que son audience. En contrepartie, l'affilieur le rémunère selon différentes formules qui lui permettent de ne payer que pour les résultats réellement obtenus : pourcentage sur les ventes réalisées, nombre de prospects obtenus, nombre de formulaires remplis par les internautes... (supra n° 1146 s.). Parfois, l'affiliation constitue une activité complémentaire à une activité professionnelle, entraînant une requalification de la situation de l'affilié, celui-ci acquérant la qualité de commerçant (supra n° 1120 s.).

Afin d'appréhender au mieux le dispositif de l'affiliation, un tour d'horizon est nécessaire (A) avant de le présenter comme un partenariat bien établi, et de préciser les principes qui l'organisent (B).

A) Etat des lieux

1057. D'emblée, une constatation s'impose : le contrat d'affiliation sur Internet reste juridiquement mal encadré. En effet, il a vu le jour lorsque les cybermarchands se sont aperçus qu'ils pouvaient développer facilement leur activité, et à moindre coût, en mettant en place un réseau d'affiliés susceptible de croître rapidement. Ce phénomène étant relativement nouveau, s'appliqueront les règles de droit propres aux mécanismes les plus proches, c'est-à-dire celles applicables aux contrats de même nature. Le problème avec de tels phénomènes apparus dans la mouvance Internet est qu'ils n'ont pas laissé le temps au législateur de les encadrer. Si les réseaux de distribution classiques existaient déjà et étaient parfaitement encadrés, pour l'affiliation, c'était différent, notamment par les moyens mis en œuvre pour se développer tels que la publicité qui constitue aussi l'une des principales techniques de financement des sites Internet. D'une certaine façon, l'affiliation a supplanté la publicité, puisqu'a été justement créée pour promouvoir les sites d'e-commerce et devenir une stratégie

marketing incontournable, à condition que cela soit effectué de façon efficace et rentable. De plus, l'affiliation jouant de la notoriété de l'affilieur et de la concurrence entre les différents affiliés, le droit de la concurrence doit s'appliquer. Il en est de même du droit de la propriété intellectuelle en raison des marques de l'affilieur mises en ligne sur les sites de ses partenaires, ainsi que des divers éléments graphiques mis à sa disposition pour promouvoir son activité. L'affiliation a donc pour objet d'exploiter les potentialités qu'offre le réseau Internet et de les développer. Si certains affiliés y parviennent avec succès et deviennent des acteurs importants de la nouvelle économie, cela ne saurait se faire au mépris des règles de droit.

1058. Pour que le partenariat soit harmonieux et se déroule sans difficulté, le site de l'affilieur doit être représenté en bonne intelligence sur le web. Il y va de l'essor de son e-commerce. Aussi, pour se faire connaître, les cybermarchands n'utilisent plus uniquement les techniques classiques telles que la publicité, ou celles propres à l'Internet telles que le référencement, ou celles interdites telles que le spamming : ils recourent à l'affiliation qui est largement admise dans la profession et qui leur permet de s'étendre sur la toile en toute légalité. C'est pourquoi, le droit ne peut plus l'ignorer.

B) L'affiliation, un partenariat commercial bien établi ou les principes qui régissent le contrat d'affiliation

L'affiliation révèle un véritable partenariat entre les parties (1) et des intérêts des cocontractants quasi-équivalents (2). C'est sans compter l'indépendance des parties (3), la gratuité (4), la liberté (5), ainsi que la faible importance de l'*intuitus personae* (6) qui caractérisent le contrat d'affiliation.

1) Un partenariat équilibré et une véritable collaboration entre les parties

1059. Dans le cadre du contrat d'affiliation, l'affilié manifeste sa volonté de s'insérer dans un réseau plutôt que d'aller seul au-devant du client. Il souhaite établir un partenariat solide avec un cyber-commerçant, partenariat juridiquement encadré. Au niveau de l'Internet, il existe d'autres moyens de s'insérer dans un réseau : la démarche commerciale de la partie concernée variera alors selon les cas. Ainsi, le choix pourra être fait d'un contrat dont l'objet est de créer des liens entre sites web. Une autre option consiste à encadrer des portails, sorte de galeries marchandes virtuelles donnant accès à d'autres sites. Enfin, un partenariat direct peut être établi entre deux sites web dans le

cadre d'un mécanisme d'affiliation qui se situe entre les deux options précédemment définies. Dans tous les cas, il s'agit de choisir la stratégie qui correspond le mieux aux attentes des parties. Car, comme pour tout contrat, des droits et des obligations en découlent et des effets juridiques sont observés. Sur l'Internet, il est donc possible d'établir des réseaux comme dans le monde analogique. Il est même possible d'aller plus loin dans la mesure où des formules de réseaux classiques peuvent être transposées à l'Internet, et donc adaptées. C'est pourquoi, certains définissent l'affiliation comme consistant « à établir un partenariat entre le site d'une entreprise, le vendeur et un autre site qui jouera le rôle de prescripteur auprès de ses propres visiteurs pour le compte du vendeur. Ce second site (étant) appelé « l'affilié ».¹

1060. La contractualisation des rapports commerciaux entre les deux parties tend à établir un véritable partenariat présentant des avantages pour chacune d'elles. La relation contractuelle est ainsi équilibrée, et traduit à la fois l'interdépendance et la complémentarité nécessaires entre la sphère de l'affilieur dont l'objet est de commercialiser des produits ou de proposer des services aux internautes, et la sphère de l'affilié dont l'objet est de promouvoir l'activité de l'affilieur et d'intervenir de façon indirecte, dans le processus de distribution final. Ce partenariat se veut simple et efficace à la fois. Pour qu'un tel partenariat fonctionne, cela suppose des relations non précaires, égalitaires, ainsi que des intérêts quasi équivalents des cocontractants. Cela est possible dans la mesure où les parties poursuivent un but commun : promouvoir le site de l'affilieur. Chacun y trouve intérêt : l'affilieur bénéficie d'une publicité gratuite, tandis que l'affilié est rémunéré sur chaque opération commerciale effectuée sur le site de son partenaire. En poursuivant un tel objectif, les parties vont davantage s'efforcer à collaborer qu'à s'opposer. Plus l'affilié placera de façon stratégique sur son site des liens hypertextes, plus l'affilieur gagnera en notoriété et développera son activité.

1061. Si dans tout contrat, les compromis sont de rigueur, c'est encore plus vrai dans les contrats d'affiliation où les parties entretiennent une collaboration renforcée afin de rendre visible le site de l'affilieur aux yeux du plus grand nombre. Ainsi, l'affilieur sollicitera l'affilié pour qu'il établisse des liens toujours plus efficaces et performants et, de façon générale, pour qu'il mette en œuvre les outils de promotion nécessaires. Certes, le contrat d'affiliation est un contrat d'adhésion, mais cela n'empêche pas qu'il

¹ Il s'agit de la définition donnée par le site www.24pm-affiliation.com en janvier 2001.

repose sur un devoir de collaboration mutuel à la base de la réussite du projet d'affiliation. La relation entre les parties étant fondée sur la bonne foi, la transparence et la confiance, chacune d'elles s'engagera à collaborer de façon pleine et entière avec l'autre en vue du bon déroulement de la prestation. Même si l'affilieur a des milliers d'affiliés, cela ne minimise en rien ses obligations. Si l'affilié a des questions, par exemple, sur le déroulement du partenariat ou sur la configuration des liens à insérer, l'affilieur sera tenu d'y répondre dans les meilleurs délais, afin que le partenariat ne soit pas mis en péril par un manque de coopération. Ce qui risquerait de porter atteinte au bon développement du site d'e-commerce de l'affilieur.

1062. La collaboration réciproque telle qu'elle est décrite ici implique donc nécessairement une égalité des parties : une diligence mutuelle, une réactivité et une disponibilité de chaque acteur. Elle s'accroît encore lorsqu'il s'agit de vérifier le nombre d'opérations commerciales effectuées, qu'il s'agisse de ventes en ligne, de formulaires remplis, d'abonnements à une newsletter, ou encore de nombre de clics sur les liens renvoyant vers le site de l'affilieur... Un tel contrôle est un gage de transparence et de collaboration réelle et réfléchie. Il permet de mettre en confiance les parties sur les techniques employées pour vérifier de telles informations, et surtout de garantir à l'affilié le paiement de l'intégralité de ses commissions pour toutes les opérations effectivement réalisées grâce à son intermédiaire. Sans cette collaboration et cette confiance réciproques, il ne serait pas possible de parler de véritable partenariat, ni d'égalité entre les parties : l'une d'elles serait alors en position de force par rapport à l'autre. Une telle collaboration implique également des relations équilibrées et non précaires. En effet, ce n'est pas parce que le contrat est d'adhésion que l'affilié est assujéti à des dispositions très contraignantes. Au contraire, il dispose d'une certaine liberté, notamment illustrée par le fait qu'il pourra mettre fin au contrat sans motif et à tout moment, par l'envoi d'un simple courrier électronique à l'affilieur. Même si la collaboration est soumise au respect de certaines règles, celles-ci sont facilement acceptées par l'affilié qui n'a pas l'impression de se voir imposer de grandes contraintes. A titre d'exemple, l'affilieur décrètera souvent dans son contrat que le partenariat ne sera accepté et, qu'en conséquence, il ne validera la candidature de l'affilié, que si celui-ci adhère à sa politique commerciale, à ses valeurs, s'il respecte son image et sa réputation... De plus, le site de l'affilié devra toujours être conforme à la loi. A défaut, l'affilieur pourra toujours exclure l'affilié de son réseau. Il est en effet aussi facile de créer des relations d'affiliation que de les défaire, d'un côté comme de

l'autre : chaque partie est tenue de ne pas porter atteinte aux intérêts de l'autre. En particulier, l'affilieur n'utilisera pas des techniques prohibées pour promouvoir son site et n'en rendra pas son affilié complice (supra n° 1136 s.). Quant à l'affilié, il n'utilisera pas des techniques telles que le spamming et l'envoi de liens hypertextes ou de courriels aux contenus illicites, c'est-à-dire diffamatoires, injurieux, racistes, antisémites, homophobes, pornographiques, pédophiles, ou incitatifs à la haine, à la commission d'infractions, ou encore de nature à porter atteinte à l'honneur, à la réputation, à la dignité, à l'image ou à la vie privée d'autrui, aux droits de propriété intellectuelle de tiers...

1063. L'égalité se remarquant ici par un comportement qui doit être respectueux de certaines valeurs, tant de la part de l'affilieur que de l'affilié. Ce n'est pas parce qu'il revient à l'affilié de promouvoir le site de l'affilieur qu'il est le seul à devoir respecter les règles de droit ; l'affilieur n'en est pas dispensé et ne saurait commettre des infractions en matière de réglementation sur la publicité, sous couvert ou par l'intermédiaire de son partenaire. Si l'affilieur a fourni à l'affilié des liens ou des bandeaux publicitaires renfermant des contenus mensongers ou contrevenant aux droits des consommateurs, il sera autant responsable que ledit affilié. Leur devoir de collaboration impliquant un comportement irréprochable de part et d'autre, nul ne doit porter atteinte à la réputation et à l'image de son partenaire. C'est à ce titre qu'il peut être valablement affirmé que la frontière entre partie forte -l'affilieur- et partie faible -l'affilié- tend à s'estomper, sachant que de tels termes n'ont pas vraiment leur place ici. Enfin, pour que le partenariat se déroule dans les meilleures conditions, l'affilié s'interdira toute fraude de nature à perturber l'exécution du contrat d'affiliation, telle que notamment la réalisation de ventes fictives par le biais de cartes bancaires fausses ou volées, ou les clics sur les liens en direction du site de l'affilieur, par l'intermédiaire de complices, de façon à multiplier le nombre des commissions qui lui sont dues. Le fait également de demander à des tiers complices de remplir des formulaires en fournissant de fausses informations porte atteinte à l'équilibre du contrat, et constitue un manquement à la bonne foi et à la loyauté des parties (supra n° 1137). L'intégration des sites des parties de manière efficace et dans une optique de stratégie marketing, dans le respect des règles de l'art et de la législation en vigueur, garantit le respect du contrat d'affiliation et constitue un gage d'équilibre.

2) L'absence de précarité et d'inégalité entre les parties : des intérêts des cocontractants quasi équivalents

1064. Si le partenariat en matière d'affiliation se déroule conformément aux dispositions du contrat, les intérêts des cocontractants devraient être quasi équivalents : l'un bénéficiera d'une publicité à moindre coût lui permettant d'attirer et de fidéliser des consommateurs internautes, tandis que l'autre percevra une rémunération pour service rendu. Chacun y tirera avantage dans une même proportion. En effet, pour se faire connaître, l'affilieur se servira de la vitrine qu'offre l'affilié sur le monde du cyberspace. Cette vitrine étant le point de passage de nombreux consommateurs potentiels. Une telle publicité est inespérée pour un cybercommerçant qui obtient ainsi une visibilité quasi gratuite sur la toile. Quant à l'affilié, il se voit mettre à sa disposition des supports publicitaires pour promouvoir le site de l'affilieur. Autant dire que sa tâche est facilitée par l'affilieur et que ses dépenses ne sont pas excessives. En outre, il sera rétribué selon un système de paiement prédéfini au contrat et compensant les dépenses publicitaires de l'affilieur. Ce dernier aura des coûts de gestion pour mener à bien son programme d'affiliation (coûts administratifs, coûts de recrutement des affiliés, de support, de facturation, d'animation du programme d'affiliation...) s'ajoutant aux commissions reversées aux affiliés. Il faut savoir que seulement 5% des affiliés généreront pour l'affilieur 70% de son chiffre d'affaires.¹ Cela signifie que même si l'affilieur a de nombreux affiliés, seul un faible nombre d'entre eux contribue réellement au développement de son activité. C'est comme si les affiliés offraient une publicité gratuite à l'affilieur. On pourrait alors penser que ce dernier va chercher à « se débarrasser » des affiliés « inutiles » qui ne lui apportent rien en terme de rémunération, en résiliant leur contrat, et donc en précarisant leur situation : au contraire, le fait de disposer d'un vaste réseau de partenaires renforce la présence et la visibilité de l'affilieur sur le web en plus de constituer une stratégie marketing de premier ordre. Tous ces affiliés disséminés sur l'Internet sont autant de balises pour repérer l'affilieur et marquer un chemin d'accès vers son site. Ce qui est loin d'être dépourvu d'intérêt. De plus, l'affilié a autant le droit de mettre fin à son contrat que l'affilieur, sans motif, simplement par l'envoi d'un e-mail. Là encore, il s'agit d'une marque d'égalité entre les parties.

¹ *L'affiliation : bâtir, administrer et animer un programme*, A. Denoix, éd. Dunod, coll. Tendances Marketing, 2010, p. 68.

1065. Parce que tous les affiliés ne généreront pas de profits pour l'affilieur, celui-ci va se concentrer sur certains affiliés, sans pour autant complètement délaisser les autres. Il s'agira alors de faire des économies au niveau des frais de gestion pour les affiliés qui rapportent le moins d'argent. Car, ils mobilisent à la fois le temps et les ressources de l'affilieur : tout cela doit être optimisé. Même si le programme d'affiliation n'aboutit pas à des opérations commerciales, des frais seront engagés en termes de création de supports publicitaires mis à la disposition de l'affilié pour promouvoir le site cible. Les affiliés devront alors intégrer dans la rémunération des affiliés les coûts de gestion, de façon à ce que le prix global du programme d'affiliation n'excède pas ce qu'ils rapporte, sachant que parmi ces dépenses, sont inclus des coûts variables et des coûts fixes.

3) L'indépendance des parties

1066. L'indépendance des parties est caractérisée par le fait qu'elles ne sont unies par aucun lien de subordination, l'affilié n'étant pas le salarié de l'affilieur. Dès lors, les règles du droit du travail et de la sécurité sociale ne lui sont pas applicables. Sur un plan juridique, chacune des parties agit en son nom propre, pour son propre compte et sous sa seule responsabilité : le contrat d'affiliation le mentionne expressément. Toutes deux sont juridiquement et économiquement indépendantes l'une de l'autre, dans le sens où leur collaboration n'est en aucune façon constitutive d'une société de fait ou de droit, d'une société commune, d'un mandat, d'un contrat de franchise ou d'agent économique, ou encore d'un rapport de salariat. Les conditions de leur collaboration sont soumises aux seules dispositions de leur contrat d'affiliation. De même, l'affilié n'est pas le mandataire de l'affilieur : il n'agit pas selon ses instructions. Certes, il est tenu d'accomplir une mission conformément aux dispositions du contrat, mais en aucun cas, il n'agit au nom et pour le compte de l'affilieur comme le ferait un mandataire. Il est partenaire et, en tant que tel, aucune instruction, aucun ordre ou autre directive, ni même aucun conseil dans le cadre d'un quelconque rapport hiérarchique n'est concevable. Ainsi, aucune des parties n'exerce de pouvoir de direction, d'autorité ou de contrôle vis-à-vis de l'autre. Si l'affilieur communique une information à l'affilié concernant l'organisation de son activité, cela ne saurait être qu'à titre indicatif et en exécution de son devoir d'information, de conseil et de mise en garde inhérent à sa fonction. Cela ne constituerait également que la simple application des dispositions du contrat. Car, pour que l'affilié sache comment exécuter ses obligations, il faut bien qu'il reçoive quelques informations et quelques conseils de son partenaire, sans quoi leur collaboration serait vouée à l'échec. En effet, il doit savoir quelle est l'étendue de sa

mission et ce qu'il doit faire pour promouvoir le site de l'affilieur. Après tout, c'est pour cela que le partenariat est formé : la promotion du site de l'affilieur est la cause du contrat.

1067. L'indépendance des parties s'illustre également par le fait que l'affilieur n'est pas tenu à une assistance commerciale ou technique à l'égard de l'affilié, et plus généralement, à l'égard de tous ses affiliés. Ce n'est pas parce que l'affilieur établit et anime un réseau d'affiliation (supra n° 1142 s.) qu'il doit leur fournir assistance. Seul l'affilieur effectue les transactions commerciales et lui seul en est responsable, de la commande à la livraison, s'il s'agit d'une vente en ligne, ou de la commande à l'exécution, s'il s'agit d'une prestation de services. En aucun cas, il n'aide l'affilié dans la mise en œuvre de solutions techniques ou dans la résolution de problèmes rencontrés dans le cadre de sa mission. Le site de l'affilié n'est qu'un maillon parmi d'autres dans la chaîne constituée par le réseau d'affiliation et il ne saurait bénéficier d'une quelconque aide technique. De même, sur le plan commercial, l'affilié est libre de gérer son site comme il l'entend et de l'animer avec ses propres moyens et ressources ; l'affilieur est uniquement chargé d'animer le réseau d'affiliation dans son ensemble et de rendre toujours plus attractif son site de commerce électronique. Il considèrera tout visiteur comme consommateur potentiel et fera en sorte que celui-ci s'attarde sur son site en le rendant intéressant, notamment par les offres proposées en ligne. L'indépendance des parties s'explique également par la liberté qui va guider les affiliés dans l'exécution de leur mission. A titre d'exemple, sur une page de son site, l'affilieur va donner un maximum d'informations sur la vie de son activité et de son secteur, ainsi que sur les opérations événementielles qui seront lancées en affiliation, les nouveaux produits disponibles à la vente... Les affiliés seront prévenus de tout changement ou évolution du programme d'affiliation afin qu'ils aient le temps de s'organiser et de relayer correctement le message publicitaire voulu de l'affilieur. Dans certaines hypothèses, certains affiliés modifieront la politique éditoriale de leur site pour réaliser au mieux leur mission. Autrement dit, ils s'adapteront en toute indépendance. L'intérêt est de faire comprendre aux affiliés ce que l'affilieur attend du partenariat : plus les affiliés sauront ce que l'affilieur attend d'eux, plus ils auront conscience de la portée et de l'importance de leur rôle, ce qui leur permettra d'être le plus efficace possible. L'indépendance des parties est donc très utile et favorise l'innovation, ainsi que le développement de la stratégie d'e-marketing que constitue l'affiliation.

1068. Enfin, si l'on pouvait affirmer au début de l'ère de l'affiliation que les affiliés se situaient dans une position de dépendance par rapport aux affiliés, aujourd'hui, il en est autrement. En dix ans, l'affiliation a bien changé : à l'époque, les affiliés étaient en nombre réduit sur le web et certains d'entre eux détenaient le monopole en la matière.¹ Ils pouvaient alors imposer leurs conditions, sans difficultés. Aujourd'hui, le nombre d'affiliés s'est multiplié et la concurrence s'est fortement développée. Dès lors, les affiliés, sans aller jusqu'à les qualifier de « denrée rare », sont davantage courtisés par les affiliés. Car, sans eux, ils ne peuvent avoir de visibilité sur les réseaux. D'ailleurs, ceux qui n'ont pas fait trop d'efforts pour garder leurs partenaires en ont perdu une partie. Car, en les considérant comme de simples accessoires « captifs », du fait de la faible concurrence entre affiliés, ils ont jugé bon de ne pas leur donner l'importance qu'ils méritaient. Une telle erreur stratégique a fait perdre à certains une publicité quasi-gratuite pour de nombreuses années.

1069. C'est pourquoi, une tendance inverse s'est produite : des affiliés ont adhéré à plusieurs programmes d'affiliation auprès d'affiliés qui ont compris leur importance et ont instauré des rapports contractuels souples et égalitaires : la manière de conduire et d'animer leurs programmes a été radicalement modifiée par les affiliés. Cela a donné naissance à de nouveaux rapports de force : en faisant jouer la concurrence, les affiliés montrent qu'ils ont un poids non négligeable dans le marché de l'affiliation et qu'ils sont à la base du succès d'un site d'e-commerce. Ils expliquent aux affiliés que leur collaboration n'est pas acquise, qu'ils peuvent rompre leurs engagements à tout moment et adhérer auprès d'autant de programmes d'affiliation qu'ils le souhaitent, l'exclusivité étant très rare, voire impossible en la matière. Les affiliés doivent dès lors user d'imagination pour les garder le plus longtemps possible et ne pas perdre la vitesse de croisière qu'ils ont acquise dans le cadre de la promotion de leur activité. Les répercussions sur leur chiffre d'affaires pouvant être graves. Une sorte de rapport de séduction permanent doit alors s'opérer entre les parties, l'affilié jouant le rôle du « séducteur », si l'on peut dire, et devant fidéliser l'affilié et instaurer une égalité contractuelle. Pour ce faire, il doit bannir toute forme de précarité. Ce n'est qu'à ces conditions que le partenariat portera ses fruits. En outre, plus l'affilié sera fidèle, plus il prendra à cœur sa mission et sera rentable, ce qui sera bénéfique pour chacune des parties. Il représentera alors un atout majeur que l'affilié ne souhaitera pas perdre au

¹ Il y a dix ans, la *FNAC*, *Amazon* et *eBay* dominaient le marché de l'affiliation.

profit de la concurrence. L'indépendance déclarée des parties au sein du contrat est donc essentielle pour que leur collaboration soit des plus fructueuses.

4) La gratuité

1070. L'affiliation se caractérise par la gratuité ; mais, cela doit être nuancé. En effet, la rémunération de l'affilié se fait à la performance, c'est-à-dire en fonction du nombre de visiteurs, de contacts ou de clients amenés sur le site de l'affilieur. Par conséquent, une rémunération est versée : si elle est faible, voire modique, on parlera de « gratuité ». La gratuité s'observera notamment dans l'hypothèse où l'affilié est uniquement rémunéré au nombre de transactions effectivement conclues entre l'affilieur et les internautes : en d'autres termes, il ne percevra pas de rémunération si lesdits internautes se contentent de passer par le site de l'affilié, comme par une « porte d'entrée », sans se diriger ensuite vers le site cible. C'est pourquoi, on parle de gratuité lorsqu'il n'y a pas de contrepartie pour l'affilié, malgré un bénéfice obtenu par l'affilieur grâce aux efforts entrepris. Il n'en demeure pas moins un équilibre des prestations.

1071. La gratuité sera également de mise si l'on considère que l'affilié promeut le site de l'affilieur à moindre coût : en utilisant des liens hypertextes fournis ou proposés par son partenaire ou établis par lui à partir d'éléments graphiques comme des logos... les frais occasionnés sont faibles. Il en aurait été autrement s'il mettait en valeur le site de l'affilieur par le biais de publicités classiques ou en faisant appel à des professionnels de la publicité... C'est pourquoi, l'affiliation offre un revenu complémentaire à l'affilié - même s'il peut s'avérer faible dans certains cas et s'il ne prend pas de grands risques financiers- l'activité étant à la fois gratuite et rémunératrice. Non seulement l'affiliation offre à l'affilié une possibilité d'être rémunéré facilement, mais aussi de profiter de la plus-value résultant des contenus mis en ligne à travers des liens hypertextes. Lorsque ces liens ne sont pas modifiés par l'affilié, il en résulte une rétribution « passive », sans frais et sans effort de sa part.

1072. Quant à l'affilieur, il bénéficie d'une publicité gratuite, sans qu'il ait besoin de payer les services d'un professionnel pour le rendre visible sur la toile. Il ne paiera pas sa présence publicitaire à l'affichage sinon au clic, à la transaction ou au nombre de contacts obtenu. D'où, la gratuité de l'opération. Il lui importera que sa marque, ses produits ou ses services soient visualisés par le plus grand nombre, chacun des visiteurs

étant susceptibles de devenir des clients potentiels, et cela, même si son message publicitaire n'est pas pertinent. Le fait d'avoir des milliers de partenaires lui facilitera la tâche. Toutefois, les affiliés ne vont pas s'engager dans des programmes qui n'engrangent pas des bénéfices importants¹, en particulier s'ils ont vent de leur faible compétitivité. De façon générale, la gratuité des contrats d'affiliation n'est qu'apparente comme l'Internet est supposé l'être. Car, si ce dernier offre la possibilité de mettre en ligne gratuitement des informations, en réalité, des frais sont engendrés, comme ceux de la publicité qui fait vivre de nombreux sites d'e-commerce. A titre d'exemple, lorsque des entreprises achètent des espaces publicitaires sur un site, elles passent souvent par un intermédiaire qui sera rémunéré la plupart du temps sous forme de commissions par ledit site. Ce dernier percevra également une rémunération, ce qui marque la présence d'un circuit financier au final.

1073. L'affilié contribuant à renforcer la présence et la visibilité de l'affilieur sur le web, il est logique qu'il en perçoive une rétribution. Car, sans lui, l'affilieur n'aurait peut-être pas de nouveaux clients. Cette clientèle de passage ou achalandage a été en quelque sorte attirée par « l'emplacement » de l'affilieur, grâce au chemin tracé par l'affilié. Elle peut devenir à terme fidèle, ce qui sera plus que positif pour l'affilieur, compte tenu des bénéfices obtenus. C'est pourquoi, il apparaît normal que l'affilié perçoive une redevance au titre d'un « droit d'entrée » qui serait analysé juridiquement comme une servitude de passage afin de rémunérer ses investissements et le degré d'affluence sur le site de l'affilieur. Après tout, il adresse à son partenaire à titre gracieux des visiteurs qui pourraient devenir ses clients grâce à la valorisation faite de son site. Un tel flux d'internautes ne saurait être ignoré. Or, s'il a été convenu que l'affilié serait rémunéré en fonction du nombre de clics effectués sur les liens menant vers le site de l'affilieur, ou en fonction du nombre de formulaires remplis, il en sera ainsi et pas autrement. C'est la loi des parties qui doit primer, conformément aux dispositions de l'art. 1134 du Code civil.²

¹ *L'affiliation : bâtir, administrer et animer un programme*, A. Denoix, éd. Dunod, coll. Tendances Marketing, 2010, p. 189.

² « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (...) Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

5) Une certaine liberté

1074. Une certaine liberté est offerte aux parties d'un contrat d'affiliation car, d'une part, celui-ci est en général conclu à titre non-exclusif, et d'autre part, pour une durée indéterminée. L'absence d'exclusivité signifie que l'affilié peut adhérer à autant de programmes d'affiliation qu'il le souhaite : il est rare qu'un affilié restreigne cette faculté. A défaut, le prix du contrat devrait être modifié, dans la mesure où l'affilié devrait verser à l'affilié de plus fortes rémunérations que celles de quelques euros habituellement versées par transactions réalisées. Or, l'affilié ne souhaite pas cela, l'affiliation constituant le moyen de promouvoir son site à faibles coûts. De plus, une exclusivité aurait pour conséquence de réduire fortement la liberté de l'affilié, ainsi que la liberté de concurrence et d'établissement de l'affilié, ce qui est prohibé. L'objet du contrat n'aurait alors plus rien à voir avec le concept d'affiliation, ce qui créerait un déséquilibre entre les parties et remettrait en cause leur égalité.

1075. Le fait que les contrats d'affiliation soient conclus la plupart du temps pour une durée indéterminée est aussi l'expression d'une certaine forme de liberté. L'affilié pouvant alors s'engager contractuellement avec d'autres affiliés, sans aucune limite dans le nombre, et mettre fin à ses diverses collaborations, sans motif, le plus souvent par simple envoi d'un e-mail. De même, l'affilié peut s'engager avec autant d'affiliés qu'il le souhaite et résilier ses contrats, sans motif et sans délai. Enfin, la liberté est illustrée au niveau des rémunérations versées à l'affilié, et plus précisément, au mode de rémunération et au mode de calcul choisis par l'affilié (supra n° 1146 s.), le contrat étant d'adhésion. (supra n° 1102 s.). Cette liberté a des conséquences sur les relations contractuelles et est limitée par les règles d'ordre public auxquelles les parties ne peuvent déroger.

6) La faible importance de l'*intuitus personae*

1076. Le contrat d'affiliation doit s'adapter à des partenariats commerciaux qui sont tous uniques. C'est pourquoi, ses clauses doivent être rédigées avec soin. L'affilieur est libre d'avoir autant de partenaires qu'il le souhaite et, dans la pratique, il en a des milliers, ce qui démontre une absence d'exclusivité et, par conséquent, une absence de caractère *intuitus personae* du contrat. Grâce à la formule du contrat de partenariat mise en oeuvre, l'affilieur reste libre de s'engager juridiquement avec d'autres partenaires. Plus il aura d'affiliés, plus son réseau sera important et visible du plus grand nombre. Il prendra alors soin d'insérer au contrat une clause l'autorisant à avoir un nombre illimité d'affiliés, peu importe que certains d'entre eux aient des activités concurrentes. Dans la pratique, un site sera d'autant plus actif qu'il comportera de nombreux affiliés attirant une clientèle toute aussi importante. D'où, la faiblesse de *l'intuitus personae*, et cela, en dépit du fait que certaines conditions sont exigées quant à l'acceptation des affiliés, conditions relatives à sa personne et à la nature de son site (supra n° 1116 s. et 1133 s.). Les conditions tenant à la personne de l'affilié sont générales et ne remettent pas en cause leurs compétences : elles peuvent ainsi exclure les affiliés personnes physiques car, leur statut ne présente pas un avantage pour l'affilieur. Il s'agit alors de refuser une catégorie de personnes et non une personne déterminée (supra n° 1116 s.).

1077. Il existe deux formes d'affiliation : l'affiliation directe et l'affiliation indirecte. Dans le cadre de la première, l'affilié propose à l'affilieur d'adhérer à un programme qu'il a mis en ligne. Si l'affilieur l'accepte après étude de son dossier de candidature, cela sera sans possibilité de négocier les clauses du contrat. Soit le futur affilié les acceptera en bloc, soit il les rejettera. Il n'y aura pas de contrat sur-mesure en fonction de la personne de l'affilié. Quant à l'affilieur, il pourra refuser toute demande d'affiliation, sans motif. Une telle attitude résulte d'une pratique largement admise dans le monde de l'affiliation. L'affilieur pourra décider de ne pas avoir pour partenaire telle ou telle personne physique ou morale. Les contrats d'affiliation étant rarement conclus *intuitus personae*, les refus de l'affilieur n'ont pas toujours d'explication. Certes, les candidats à l'affiliation doivent respecter certaines valeurs et principes pour adhérer au programme, mais pouvant être la plupart du temps une personne physique ou une personne morale, commerçante ou non, l'affilieur n'exige pas toujours de ses affiliés de remplir des critères bien définis. En revanche, si l'affilieur accepte un candidat, tous deux seront soumis à des droits et des obligations.

1078. Si l'affiliation est indirecte, une plate-forme d'affiliation jouera le rôle d'intermédiaire ou de tiers de confiance entre les affiliés et l'affilieur. Son rôle variera selon les cas : soit elle aura pour fonction de ne gérer que la mise en relation de l'affilieur et de l'affilié, apparaissant ainsi comme une sorte de courtier, soit elle interviendra de façon plus dynamique en agissant au nom et pour le compte de l'affilieur ou de l'affilié, donc en tant que mandataire. Dans cette hypothèse, la plate-forme interviendra comme moyen technique sur l'ensemble des transactions réalisées (commandes effectuées, contacts établis grâce au remplissage de formulaires par les internautes...). Elle pourra notamment traiter de la rémunération des affiliés, grâce à un système de compte, de « tracking », voire le processus dans son entier, c'est-à-dire incluant les transactions commerciales effectuées et la rétribution financière versée aux affiliés. Une telle plateforme apparaît alors comme une sorte de garant de confiance neutre et objectif entre les partenaires, puisqu'assurant la fiabilité des données, notamment celles de navigation et celles nécessaires pour dénombrer les clics, les visites, les transactions réalisées... à la base de la rémunération de l'affilié. Un tel système permet d'éviter une impartialité qui pourrait être soupçonnée chez l'affilieur, et de ne pas faire fuir les affiliés désireux de vérifier avec certitude le montant de leurs rémunérations. La plateforme apportera aussi son réseau d'affiliés et le mettra à la disposition de l'affilieur, ce qui n'est pas négligeable, puisque lui évitant tout le processus de recrutement et lui faisant gagner un temps précieux. De plus, la plateforme fournira des programmes et des conseils via des « *traffic managers* »¹, fera la promotion du programme d'affiliation auprès des affiliés, ainsi que sur son propre site, suivra, pilotera, coordonnera et animera régulièrement le programme de l'affilieur... sachant que ses obligations dépendront de ce qui aura été prévu dans son contrat conclu avec l'affilieur. Dans la pratique, l'affiliation directe est la plus fréquente, et c'est le contrat conclu entre l'affilieur et l'affilié qui sera ici étudié, traitant de façon égalitaire les intérêts respectifs des parties (Section 2).

¹ Le *traffic manager* est l'individu responsable au sein d'une régie publicitaire Internet de la programmation, de la gestion et du suivi technique et organisationnelle des campagnes publicitaires sur un site web ou un réseau de régie, et de la gestion des espaces ou emplacements publicitaires. Son activité se fait principalement par l'utilisation d'un serveur publicitaire. Le *traffic manager* désigne parfois « le responsable trafic » ou la personne chargée de l'animation marketing et de la création de trafic sur un site web, c'est-à-dire responsable de la création et de l'entretien d'un flux de visiteurs.

Section 2 : La rédaction du contrat d'affiliation, guidée par les intérêts respectifs des parties

Le contrat d'affiliation n'est pas un contrat complexe en soi (A). Ses principales clauses révélant la spécificité du mécanisme, montreront, tant au niveau de sa formation (B), que de son exécution (C), un relatif équilibre contractuel, ainsi qu'une égalité des parties.

A) Un contrat simple

Il est nécessaire de poser les bases du contrat d'affiliation (1) dont l'objet est de promouvoir l'activité de l'affilieur (2). La nature de ce contrat (3), largement d'adhésion (4), n'est pas sans conséquences juridiques et présente un intérêt certain, s'agissant du référencement établi auprès d'un partenaire (5) et des techniques d'affiliation mises en oeuvre (6).

1) Remarques générales

1079. Le contrat d'affiliation, conclu en ligne, est simple de par son formalisme. En effet, que le contrat soit conclu en direct, entre l'affilieur et l'affilié ou par le biais d'une plate-forme d'affiliation, le simple fait de cocher une case vaut signature sur l'Internet et valide le contrat.¹ Comme le contrat qui le renferme, la prestation prévue est simple. La forme du contrat révélera en général des articles concis, ne s'encombrant pas de détails pour permettre aux affiliés d'adhérer en connaissance de cause sans trop de difficultés, même s'ils n'ont pas de compétences juridiques. Car, le contrat pouvant s'adresser à des affiliés personnes physiques, ils doivent être mis en mesure de comprendre la nature de leur mission, ainsi que l'étendue de leur engagement. Ainsi, le contrat comprendra, outre les articles traditionnels d'objet, d'obligations respectives des parties, de durée, de conditions financières, de responsabilités... quelques articles propres à l'affiliation parmi lesquels ceux relatifs à la procédure d'inscription, aux risques de fraude de la part de l'affilié, et à la preuve électronique des transactions réalisées à la base de sa rémunération, ainsi que des articles relatifs aux conditions contractuelles d'acceptation de l'affilié tenant à sa personne et à la nature de son site Internet. S'agissant justement de cette rémunération, elle sera particulière par son mode

¹ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, dite « *Loi sur la signature électronique* », J.O.R.F. n° 62 du 14 mars 2000, p. 3968. Décret d'application n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, J.O.R.F. n°77 du 31 mars 2001, p. 5070. Depuis la loi du 13 mars 2000, la signature électronique a même valeur que la signature manuscrite, valeur *ad validitatem* et *ad probationem*.

de calcul spécifique à l'Internet et aux opérations en ligne tels que les clics, les visites de sites web, les achats en ligne, ou encore les remplissages de formulaires, ou les demandes d'abonnements... La preuve des transactions effectuées sera analysée en même temps que les risques de tricherie et de malversations émanant de l'affilié car, ces deux phénomènes sont étroitement liés. De plus, certaines obligations des parties ne se rencontreront qu'en matière d'affiliation.

1080. Quant aux dispositions consacrées à la propriété intellectuelle et à la protection des données personnelles, si elles sont présentes dans d'autres contrats que celui d'affiliation, elles feront ici l'objet d'une attention particulière. La propriété intellectuelle concernant notamment l'étude des conditions d'usage des éléments graphiques insérés sur le site de l'affilié et renvoyant vers le site de l'affilieur, tels que les widgets, les liens hypertextes, les bandeaux... Quant aux données personnelles de l'affilié, elles pourront faire l'objet de litiges ultérieurs en cas d'utilisation par l'affilieur non-conforme à la loi. Enfin, une clause consacrée aux définitions sera utile afin d'éviter toute ambiguïté quant à l'emploi de certains termes tels que « *Programme d'affiliation* », « *Commission* », « *Client* »...

2) L'objet du contrat d'affiliation : une prestation qui fait la promotion de l'activité du partenaire affilié

Que la promotion de l'activité de l'affilieur soit effectuée par l'affilié (a) ou mise en oeuvre par l'affilieur lui-même (b), une obligation de moyen de part et d'autre est observée (c).

a) La promotion par l'affilié

1081. L'affilié a une mission qui s'avère simple en soi : promouvoir l'activité de l'affilieur. Pour se faire, il va user de stratégies commerciales. L'intérêt étant de permettre aux internautes qui visitent le site de l'affilié d'accéder à l'offre commerciale de l'affilieur en toute simplicité : il faut donc les intéresser et c'est justement ce que va faire l'affilié à travers les liens hypertextes insérés sur son site, à travers les bandeaux publicitaires, images et autres icônes. Soit ces divers éléments graphiques seront mis à disposition de l'affilié, soit l'affilié les établira lui-même en utilisant les éléments que son partenaire lui aura communiqués. Dans tous les cas, l'affilié veillera à promouvoir le site cible comme il se doit, c'est-à-dire comme convenu au contrat. Il en est de même de la multitude d'affiliés qui viendront enrichir le réseau de l'affilieur et qui

contribueront à augmenter le trafic sur son site, à monétiser son audience... Si les affiliés parviennent à rendre populaire le site de l'affilieur, ils auront réussi leur mission. De plus, présenter la mission de l'affilié comme simple signifie que l'affilieur ne lui demandera pas de réaliser des tâches complexes. Il ne saurait avoir de difficultés pour assurer ses obligations : sa mission doit être faisable.

1082. La simplicité des relations contractuelles s'ajoute également et doit être présentée comme un atout : le partenariat prend effet à la date de signature du contrat et met en place, sans délai, sur le site de l'affilié, toute forme de lien, bannière ou bouton renvoyant vers le site de l'affilieur. L'affilié est aidé dans sa mission par son partenaire qui mettra à sa disposition les moyens nécessaires pour lui faciliter la tâche, tels qu'une base de données de liens régulièrement mise à jour et adaptée en fonction du contenu de l'offre à mettre en valeur. La simplicité de la mission de l'affilié se caractérise par le fait que, la plupart du temps, son activité ne servira que de tremplin à l'affiliation pour la favoriser, et constituera même un avantage. Certains affiliés seront justement choisis en raison de leur activité. Parfois, la mission de l'affilié s'insèrera naturellement dans son activité, par exemple, si son site est un comparateur de prix : dès lors, les bannières publicitaires et les liens hypertextes insérés feront une promotion naturelle des produits et services de l'affilieur, puisque la mission première d'un comparateur consiste justement à comparer les prix des cybermarchands. De même, les sites de jeux concours amèneront des prospects sur le site de l'affilieur. De tels sites ont l'habitude d'attirer de nombreux internautes et savent comment procéder. Ils représentent alors un atout non négligeable de promotion de l'activité des affilieurs.

1083. Dans la même lignée, les sites offrant des codes de réduction de produits ou de prestations de services proposent des actions dites de « *couponing* »¹ pour relayer les promotions et autres opérations spéciales de l'affilieur. Leur but est de rendre toujours plus attractif le site de ce dernier. Les affiliés utilisant la technique du *couponing* comme une stratégie marketing pour se lancer dans une campagne efficace en matière

¹ L'arrêté du 10 octobre 1985 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'audiovisuel et de la publicité, J.O.R.F. du 13 novembre 1985, p. 13112, recommande l'utilisation du terme de « *couponnage* ». Il s'agit d'une technique de promotion commerciale caractérisée par la distribution de coupons permettant au consommateur d'obtenir un avantage tel que la réduction d'un prix, un produit gratuit, un cadeau, en les retournant à l'entreprise émettrice concernée. Certains coupons permettent également d'obtenir une information, par exemple, sur un produit, mais aussi les conditions de vente, la liste des points de vente... Les sites mettant en ligne ces coupons sont appelés sites de « *codes promo* » car, les internautes peuvent y faire de bonnes affaires.

d'affiliation. En effet, si des réductions de prix sont consenties aux internautes, elles les fidéliseront à terme et les inciteront à revenir sur le site de l'affilieur, en particulier, si le produit ou le service fourni est de qualité. En mettant l'accent sur certains produits ou services clés, les affiliés amènent les internautes à en découvrir d'autres et prolongent ainsi les campagnes publicitaires en ligne. Il en résulte un nombre de clics très élevé sur les coupons et une hausse du nombre de visites sur le site de l'affilieur. Par une telle technique, les affiliés promeuvent de façon dynamique le site de l'affilieur. Quant à ce dernier, il récupère en fidélité ce qu'il a perdu en réduction de prix, ce qui n'est pas négligeable sur les plans commercial et économique. Car, l'affilieur reste un chef d'entreprise désireux de développer son activité et son chiffre d'affaires. Toute stratégie qui lui permettra de parvenir à ce résultat sera alors la bienvenue.

1084. L'autre intérêt de l'opération de couponing réside dans le fait qu'elle est peu coûteuse et qu'elle offre une flexibilité non négligeable en termes de durée, de période, de ciblage de produits ou de services, d'effets d'annonces... Ses contraintes de mise en œuvre étant de faible importance, l'affilieur, comme l'affilié, peut se consacrer pleinement à son activité. Dès lors, le partenariat demeure efficace et équilibré, et la mission de l'affilié est réalisée. Des encarts promotionnels seront spécialement réservés pour les e-coupons : l'affilieur profitera de l'intérêt qu'ils suscitent pour faire remplir aux internautes des formulaires décryptant leur profil de consommateurs. Ils représentent un moyen légal de capter les clients réguliers et d'obtenir leur accord afin de les inclure dans une liste de diffusion : c'est la technique de « *l'opt-in* » (supra n° 1170 s.). Une telle liste sera utilisée à bon escient par l'affilié pour cibler certains types de consommateurs et valoriser une opération de mailing marketing incluant des coupons de réduction. L'affilié prendra soin d'espacer suffisamment dans le temps les campagnes de promotion afin de ne pas habituer l'internaute aux réductions et à n'acheter sur le site de l'affilieur qu'en cas d'offres promotionnelles. Car, l'affilié doit agir dans l'intérêt de l'affilieur et ne pas réaliser de campagnes de promotion contre-productives. Si l'affilié décide de recourir à la technique du couponing, ce sera dans le but de renforcer la fidélisation de la clientèle déjà existante et d'en attirer une nouvelle, de façon réfléchie et cohérente. C'est de cette seule manière que le partenariat pourra produire les effets escomptés, c'est-à-dire aboutir à la réalisation d'opérations rentables pour l'affilieur.

1085. Outre la technique de couponing, celle du cash back est également utilisée pour promouvoir l'activité de l'affilieur. Elle consiste à rémunérer les internautes qui réalisent des achats ou qui commandent des prestations sur le site de l'affilieur, en passant par le site de l'affilié. Pour les « récompenser » d'avoir effectué de telles transactions, l'affilié reverse aux consommateurs une somme d'argent, correspondant au cumul des commissions réalisées par achat. Les commissions prises individuellement sont en général dérisoires ; cumulées, leur montant correspond à un chèque-cadeau souvent à partir de quinze euros. Il faut néanmoins préciser que les commissions proviennent des recettes de l'affilieur et qu'elles sont en amont versées à l'affilié qui les reverse ensuite à l'internaute. L'affilié perçoit ainsi une part sur ces commissions, à la base de sa propre rémunération. Par cette technique, les partenaires s'efforceront d'attirer et de conserver des clients : l'affilieur pour accroître son chiffre d'affaires, et l'affilié, pour augmenter le montant de ses rémunérations. Une telle collaboration, si elle est bien menée, a pour effet de promouvoir efficacement le site de l'affilieur, d'autant que les internautes sont rarement indifférents à tout système de bonus ou de récompenses.

1086. Lorsque les affiliés sont des « *e-mailers* », c'est-à-dire propriétaires de bases e-mails opt-in, ils assureront également la promotion du site de l'affilieur en proposant aux titulaires desdites bases des offres par courriers électroniques. Grâce à ces bases obtenues légalement, ils s'adressent directement à des internautes, ce qui offre l'avantage pour l'affilieur de ne pas avoir à prospecter, ni à démarcher lui-même la clientèle. Ce « coup de pouce » offert par l'affilié est de bon augure, l'affilieur bénéficiant d'une aide précieuse pour promouvoir son site. Bien entendu, l'affilieur vérifiera au préalable que les internautes qui se sont inscrits sur le site de l'affilié l'ont fait en connaissance de cause, autrement dit, que le fichier est légal. Car, il ne souhaite pas que lui et sa marque soient associés à des comportements délictueux, ou que des messages faisant référence à son entreprise et sa marque tombent directement dans la rubrique « *indésirables* » des messageries des internautes, filtrés comme spams. Ce qui serait regrettable et qui irait à l'encontre de toute véritable politique de promotion. A côté des e-mailers, certains sites éditoriaux et thématiques ont également pour fonction d'assurer une telle promotion : ils contiennent des liens renvoyant directement et simplement vers le site de l'affilieur. Ils mettent en évidence l'actualité des affiliés, certaines de ses offres correspondant aux thématiques qu'ils proposent.

1087. Les affiliés « *keyworders* »¹ collaborent aussi avec les affiliés : il s'agit d'experts en liens sponsorisés qui achètent des mots-clés sur les principaux moteurs de recherche pour générer du trafic vers le site de l'affilié en faisant pointer les liens des annonces directement vers celui-ci. Ces liens relaient le message publicitaire des affiliés, le but étant que l'affilié soit présent sur les réseaux, sans que cela ne lui coûte de l'argent, si aucune opération n'est réalisée par les internautes. Un tel procédé permet à l'affilié de ne pas se lancer dans l'achat de mots-clés pour rien. Les transactions réalisées, qu'il s'agisse de ventes, de visites ou de remplissages de formulaires dits « *leads* », permettent aux affiliés de percevoir à chaque fois des commissions. Ils auront recours à des systèmes de liens sponsorisés pour diffuser les offres des affiliés, sachant qu'en général, ils ne pourront diffuser que celles en cours, et seront soumis à des règles strictes de communication imposées par leur partenaire. Un lien de tracking sera utilisé pour comptabiliser les opérations générées : il sera placé sur le site de l'affilié. La technique devrait aboutir à retrouver de nombreuses publicités du site de l'affilié dans les résultats des moteurs de recherche, alors que leur nombre est normalement limité. Les affiliés espèrent que les sommes obtenues en guise de commissions soient plus importantes que celles qu'ils dépenseront dans le cadre de l'achat de mots-clés. C'est pourquoi, un affilié doit bien réfléchir avant de se lancer dans cette technique.

1088. Ainsi, il existe une grande diversité d'affiliés utilisant des techniques qui le sont tout autant, susceptibles de promouvoir le site de l'affilié et d'alimenter son réseau, ledit affilié apparaissant comme enrichi de toutes ces compétences et plus fort, plus compétitif par rapport à ses concurrents. Dans tous les cas, la clause relative à l'objet du contrat mettra en avant la promotion du site de l'affilié, et pourra être formulée comme suit : « *Le programme d'affiliation proposé par RueduCommerce (l'Affilié) permet à toute personne physique ou morale qui exploite un site Internet de devenir affilié en affichant sur une ou plusieurs pages un ou plusieurs liens sur lesquels les internautes auront la possibilité de cliquer pour se rendre directement sur le site rueducommerce.com. En contrepartie de cet affichage de messages et de cet apport d'internautes, l'affilié sera rémunéré par RueduCommerce sous forme de commission sur le chiffre d'affaires généré par les visiteurs (...).* »²

¹ Le terme « *keyword* » en anglais signifie mot-clé.

² Annexe n° 16 : Article 2, *Contrat d'affiliation de la S.A. « Rue du Commerce »* vendant différents types de biens (informatique, high-tech, électroménager, mode, beauté, maison, jeux vidéo, jouets...), p. 1.

b) La promotion par l'affilieur

1089. La promotion de l'activité de l'affilieur n'est pas la seule affaire de l'affilié, dans la mesure où lui-même aura un travail à effectuer en amont sur son propre site pour attirer des partenaires. Il devra user d'arguments convaincants, de préférence basés sur des chiffres pour les intéresser, ceux-ci démontrant simplement une réalité, sans qu'il soit nécessaire de les accompagner de longs discours. Pour promouvoir son activité, l'affilieur mettra en avant les éléments suivants : les conditions de rémunération de l'affilié, déterminantes dans sa décision d'adhérer à un programme d'affiliation ; et les qualités des produits ou services proposés sur son site, l'affilié devant avoir le sentiment que son intervention sera honnête et utile. En d'autres termes, l'affilié ne doit pas sentir que l'affilieur « profite » de lui pour écouler son stock d'inventures, ou que les produits ou services proposés sont tellement insignifiants qu'ils ne feront jamais l'objet d'un quelconque intérêt de la part des internautes. Il veut pouvoir aborder son partenariat de façon intelligente et constructive, et entend avoir une collaboration des plus fructueuses. L'affilieur accomplira tous les actes de marketing et tous les actes commerciaux, de manière à donner en permanence aux promotions un caractère très attractif. L'affilié est déchargé de ces tâches, se contentant de représenter une vitrine pour l'affilieur et de mettre à disposition de clients potentiels des liens vers le site cible. Pour parvenir à faire adhérer les affiliés à son programme, l'affilieur lui indiquera que son site y est parfaitement adapté, notamment de par son contenu, qu'il présente des avantages par rapport aux autres programmes, et qu'il est très compétitif. Il le rassurera sur la notoriété de ses marques. La transparence sera de mise : il ne manquera pas d'être clair et compréhensible dans la présentation de son activité pour motiver l'affilié à rejoindre son programme. Par ailleurs, l'affilieur laissera penser l'affilié qu'en adhérant à son programme, il a fait le bon choix et a réalisé une bonne affaire. Il s'abstiendra alors de lui faire part du taux d'annulation du versement des commissions lorsque des transactions sont réalisées, sauf à lui expliquer que si cela se produit, c'est parce que l'article commandé par un internaute sur son site est finalement retourné pour insatisfaction, et donc que la transaction étant annulée, l'affilié perd sa commission. De même, en cas de litige entre l'internaute et l'affilieur sur un produit ou un service, l'affilié doit savoir que le versement de sa commission est remis en cause. En d'autres termes, l'affilieur doit expliquer à l'affilié les tenants et aboutissants de l'adhésion à son programme, tout en le rassurant. L'affilieur informera encore l'affilié de la gratuité

éventuelle de l'inscription à son programme, de la faculté de résilier facilement le contrat d'affiliation... arguments qui seront sérieusement pris en considération.

1090. La place accordée à la promotion du programme d'affiliation est également essentielle. L'affilieur intégrera la page « affiliation » à la barre de navigation de son site web ou via un lien dans la page d'accueil de son site. Cette place sera déterminée en fonction du type d'affiliés que l'affilieur souhaite cibler. Si, par exemple, l'affilieur entend attirer un grand nombre d'affiliés, il devra miser sur une campagne de recrutement « voyante ». En revanche, si la qualité est privilégiée, il prendra soin d'insérer des mentions discrètes décrivant son programme. Car, les affiliés recrutés sont en compétition entre eux, ainsi qu'avec les affiliés de programmes concurrents. Aussi, ils apprécieront la manière « sérieuse » et pédagogique de l'affilieur de promouvoir son site, sans tomber dans les promesses ridicules de devenir riches en quelques jours en rejoignant tel ou tel programme d'affiliation. Ils apprécieront la présence d'une foire aux questions qui répondra à leurs interrogations.

1091. Ainsi, que la promotion du site de l'affilieur émane de celui-ci ou de l'affilié, le partenariat se veut équilibré, avec des avantages pour chacune des parties et le moins d'inconvénients possible. Les relations se révèlent égalitaires, sans que l'une des parties soit en position de précarité. En effet, toutes les techniques d'affiliation offrent à un affilieur la possibilité de viser rapidement un nombre considérable d'internautes, sans devoir investir dans des campagnes publicitaires onéreuses, par exemple, en passant par de célèbres portails. L'affilieur investit ainsi directement dans l'avenir tout en maîtrisant ses dépenses, puisque cela ne lui coûte presque rien. De plus, plus la campagne promouvant le site de l'affilieur sera ciblée, plus celui-ci visera une catégorie spécifique de consommateurs, générant un trafic de qualité. Car, l'objectif n'est pas uniquement de générer un trafic de masse. La qualité doit l'emporter sur le long terme : en dépendra le développement ou la stagnation de l'activité commerciale de l'affilieur. L'affiliation est donc un moyen pour l'affilieur de rentabiliser son site, en particulier s'il est mal positionné ou pas positionné du tout sur les principaux moteurs de recherche : elle remédie à sa situation. Enfin, si l'affiliation se déroule par l'intermédiaire d'une plateforme, l'affilié pourra directement proposer aux internautes des offres promotionnelles de l'affilieur, puisque dès que ces offres seront modifiées sur la

plateforme, les bannières, widgets et autres liens de tracking seront automatiquement mis à jour sur le site de l'affilié.

c) Une obligation de moyen de part et d'autre

1092. D'après ce qui précède, l'affilieur comme l'affilié sont tenus de promouvoir l'activité dudit affilieur, chacun selon des moyens et des méthodes différentes. Le but étant de générer d'importants chiffres d'affaires à la base de leur rémunération respective. Mais, cela ne saurait être qu'une obligation de moyen. En effet, si l'affilieur avait souhaité une obligation de résultat, il ne ferait pas appel à autant d'affiliés : il opterait plutôt pour un partenaire dont les compétences en matière de publicité sont reconnues. Or, de nombreux affiliés sont acceptés par l'affilieur, souvent sur la seule considération que leur statut est compatible avec son activité et que leur site est respectueux de la législation en vigueur et des droits des tiers. Le contrat d'affiliation n'est donc pas conclu *intuitus personae* (infra n° 1076 s.), ce qui explique que les exigences de l'affilieur ne sont pas excessives. En outre, les activités de promotion impliquent rarement une obligation de résultat car, il n'est jamais possible de prévoir quel impact aura une campagne publicitaire sur les tiers. Elle peut passer inaperçue ou produire l'effet inverse, sans que l'affilié n'en soit responsable. Concrètement, chacune des parties s'engagera à mettre en œuvre tous les moyens appropriés et commandés par les règles de l'art pour assurer la bonne exécution de ses obligations et atteindre les objectifs poursuivis. L'affilieur mettra à la disposition de l'affilié des moyens cohérents et intelligents de promotion de son site, tels que des liens, des bannières, des vidéos, des logos, des marques... qui constituent autant d'éléments stratégiques pour le faire connaître. Il animera son site pour qu'il soit toujours attrayant, effectuera une veille concurrentielle dans un but d'optimisation... (supra n° 1138 s.).

1093. La plupart du temps, le contrat précisera que l'affilieur est tenu de mettre tout en œuvre pour assurer une mesure permanente et fiable des résultats du partenariat, ainsi qu'une disponibilité de son site de commerce électronique.¹ Non seulement, l'affilié

¹ Annexe n° 16 : Article 7 : « L'affilié aura un accès personnalisé sur le site *ruedecommerce.com* à son compte « affilié », faisant état des clics générés, des éventuels montants de chiffres d'affaires retenus pour le calcul des commissions (...). L'affilié reconnaît la fiabilité de l'outil de mesure proposé par le site *ruedecommerce.com* pour le calcul du nombre de clics et du chiffre d'affaires HT provenant de l'affilié (...). », *Contrat d'affiliation de la S.A. « Rue du Commerce »* vendant différents types de biens (informatique, high-tech, électroménager, mode, beauté, maison, jeux vidéo, jouets...), p. 3.

Dispositions similaires : Annexe n° 17 : Article 7, *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « ProtectAssur »*, spécialisée dans la vente d'assurance en ligne, p. 2 ; Annexe n° 18 : Article 7, *Contrat d'affiliation de la S.A. « Mindscape »*, spécialisée dans le commerce de CD-ROM, p. 3 ; Annexe n° 19 : Article 5 : « Mise

doit pouvoir accéder au site de l'affilieur en toutes circonstances, sept jours sur sept et vingt-quatre heures sur vingt-quatre, ainsi qu'aux conditions générales de son programme d'affiliation, mais l'affilieur devra être transparent quant aux transactions effectuées sur son site, notamment pour le calcul de ses commissions. Quant à l'affilié, il fera tout son possible pour promouvoir l'activité de son partenaire : les moyens employés seront parfois imaginatifs. L'affilieur ne restera pas pour autant passif : il tentera de les mettre en valeur au mieux. Dans tous les cas, il ne pourra garantir les résultats sur des objectifs dépassant le cadre de ses obligations définies, et l'affilieur ne pourra lui en tenir rigueur. A titre d'exemple, il ne pourra reprocher à l'affilié l'absence ou le faible nombre de transactions réalisées sur son site, qu'il s'agisse de ventes, de clics, d'abonnements... Sa responsabilité ne saurait être engagée sur ce point (supra n° 1190 s.). Les liens hypertextes établis par l'affilié ne devront pas obligatoirement générer un flux important d'internautes vers le site de l'affilieur. Car, il s'agit d'événements qui échappent à son contrôle. De même, la conjoncture économique et le positionnement concurrentiel de l'affilieur sur son secteur d'activités et sur le marché qui le concerne dépendent d'événements extérieurs que l'affilié ne peut en aucun cas maîtriser : en conséquence, l'affilieur ne saurait lui en tenir rigueur et ne pourrait prévoir la résiliation du contrat dans ces circonstances. Bien entendu, le fait que les obligations de l'affilieur et de l'affilié soient de moyen et non de résultat ne signifie pas pour autant que leur collaboration se révélera moins fructueuse. Il revient aux parties de faire en sorte qu'elle le soit en permanence.

3) La nature du contrat d'affiliation : la formule du courtage employée

Le contrat d'affiliation se présente comme un contrat de courtage (a) reprenant certaines spécificités d'autres montages contractuels (b).

a) Le contrat d'affiliation, contrat de courtage

1094. Il n'est pas évident de déterminer la véritable nature juridique du contrat d'affiliation et de le qualifier : aucun cadre contractuel précis ne lui est attribué à l'heure actuelle. Pour tenter de l'identifier clairement, il est nécessaire d'analyser les obligations de chacune des parties. Cela permettra de délimiter ses enjeux juridiques, ainsi que sa portée. Il faut partir du principe que l'affiliation se manifeste comme une

en œuvre technique », Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « Netquattro », spécialisée dans la vente à distance de produits et de services de sport, p. 2.

invitation directe à visiter le site de l'affilieur et immédiatement exécutable. Elle met en relation de façon habituelle deux personnes, l'internaute et l'affilieur, par l'intermédiaire d'une troisième, l'affilié, en contrepartie d'une rémunération. L'internaute étant susceptible d'acheter des biens de consommation ou de commander des services, tandis que l'affilieur les proposant sur son site. Quant à l'affilié, il n'a pas pour obligation de faire en sorte que le contrat conclu entre l'internaute et l'affilieur s'exécute : il n'est qu'un intermédiaire. Une telle définition du rôle de l'affilié correspond à celle que la Cour de cassation donne au courtier : « *Les courtiers rapprochent le vendeur et l'acheteur, sans s'obliger eux-mêmes, sans se porter aucunement garants des opérations pour lesquelles ils interviennent. Leur rôle consiste à rechercher et à mettre en présence les vendeurs et les acheteurs d'une même marchandise* »¹, tout en étant rémunérés pour leur tâche effectuée. Le but étant d'aboutir à la négociation et à la conclusion d'un contrat. C'est pourquoi, le contrat d'affiliation s'apparente à un courtage et s'analyse comme tel² (art. L. 110-1, 7^e du Code du commerce³). En effet, par définition, le courtage est le contrat ayant pour objet la mise en relation par un professionnel du commerce, le courtier, de deux ou plusieurs personnes désireuses de réaliser des opérations telles que l'achat ou la vente de biens, moyennant rémunération.⁴ Le courtier jouant le rôle d'intermédiaire aux fins de négociation et de conclusion d'un contrat. Une telle activité, si elle s'exerce de façon habituelle et rémunérée, est commerciale, sachant que la jurisprudence exige que l'acte de commerce ait été accompli de façon suffisamment fréquente et importante.⁵ C'est justement ce que fait un affilié. Pouvant être alors considéré comme un courtier et, *a fortiori*, comme un commerçant, il ne saurait remplir le rôle d'un mandataire : il n'est pas tenu de garantir la bonne exécution du contrat⁶, ni même que les internautes passeront commande sur le site de l'affilieur, sauf engagement précis de sa part prévu dans une clause particulière, ce qui est rare dans la pratique. Il n'est tenu d'aucune obligation, ni d'aucune garantie à l'égard des cyberacheteurs, ceux-ci étant les clients du seul affilieur. Il ne fait que les rapprocher dans un but de transaction commerciale : son rôle est limité, et en cas d'incidents, ils devront les régler entre eux. En revanche,

¹ Req. 16 juin 1902, D. 1903, I, p. 303, note L.G.

² *Le cadre juridique du contrat d'affiliation sur internet*, Ph. Belloir, Expertises n° 245, février 2001, p. 63.

³ Art. L. 110-1, 7^e du C. com. : « *La loi répute acte de commerce : toute opération de change, banque, courtage et tout service de paiement* ».

⁴ Le courtage peut également avoir pour objet la conclusion d'un contrat d'assurance ou la signature d'un contrat d'affrètement maritime. Le courtage matrimonial, quant à lui, est régi par des lois spéciales.

⁵ CA Paris, 13 janvier 1976, JCP 1977, II, 18576, note Boitard.

⁶ De façon générale, il n'appartient ni à l'affilié, ni au courtier, de garantir la bonne exécution du contrat : CA Paris, 29 octobre 1992, JCP 1993, IV, 494.

comme en matière de courtage, l'affiliation peut prendre fin facilement : l'affilieur peut révoquer librement l'affilié, tout comme le mandant peut le faire à l'égard du courtier.

1095. Pour éviter tout risque d'ambiguïté, certains contrats d'affiliation mentionneront expressément que l'affilié n'a aucune compétence pour réaliser ou accepter un engagement quelconque au nom de l'affilieur. Ils préciseront aussi que les acheteurs seront les clients de l'affilieur et non de l'affilié.¹ Ainsi, l'affilié « s'efface » derrière l'affilieur : il n'a pas de clientèle propre et encore moins de fonds de commerce virtuel. Toutefois, en tant que commerçant, il sera tenu de délivrer des factures et de s'inscrire au Registre du Commerce et des Sociétés. C'est ce qu'exige bon nombre de sites affiliés.² Mais, de manière générale, son rôle demeure passif et s'achève lorsque l'internaute et l'affilieur se sont rencontrés sur le site de celui-ci. Seuls les liens mis en place sur le site de l'affilié font « tout le travail », réalisent l'entremise entre les acteurs du e-commerce, et surtout, aident à faire le tri au niveau de toutes les offres qui pullulent sur Internet. Ce n'est que dans un premier temps que la mission de l'affilié est active, lorsqu'il s'agit de promouvoir l'activité de l'affilieur et de favoriser sa mise en relation avec l'internaute, les liens mis en place permettant de passer directement du site de l'affilié au site de l'affilieur. En recourant à un intermédiaire, l'affilieur « se repose » en quelque sorte sur lui pour la recherche de clients potentiels, ce qui lui procure à la fois un gain de temps et d'argent. Ce référencement direct de site à site est un nouveau mode de collaboration commerciale entre deux acteurs du web. Car, si acheter sur l'Internet est une opération aisée, elle implique quelques difficultés, dans la mesure où l'internaute est noyé par des offres émanant d'une multitude de professionnels. L'intérêt de l'affiliation est alors de permettre de faire une sélection en connaissance de cause.

Enfin, si le contrat d'affiliation s'analyse en un contrat de courtage, il faut néanmoins distinguer selon que l'affilié est un professionnel ou non. Dans le premier cas, il s'agit d'un contrat de courtage au sens strict, puisque l'affilié met en relation l'affilieur et l'internaute, tandis que dans le second cas, il s'agit plus exactement d'un mandat

¹ Annexe n° 20 : Article 9 : « *Clientèle Jurifax* » : « *Si les visiteurs en provenance de votre site (site de l'Affilié) par le lien Jurifax achètent des produits Jurifax, ils sont alors considérés des clients de Jurifax (l'Affilieur). Ceux-ci sont liés par le contrat d'achat des produits Jurifax.* », *Contrat d'affiliation « Jurifax » de la société canadienne « Jurifax Inc. », spécialisée dans le domaine de l'édition juridique (modèles de contrats, de documents d'affaires et de politiques d'entreprise, en français et en anglais), par voie électronique*, p. 2.

² C'est le cas du Contrat d'affiliation « *FNAC Direct* », Art. 3.2, al. 4 : <http://www4.fnac.com/affiliates/accueil/>

spécial, c'est-à-dire confié pour une mission déterminée, à savoir la réalisation de liens renvoyant vers le site de l'affilieur.

b) Le contrat d'affiliation et les autres montages contractuels

1096. Le contrat d'affiliation pourrait également être assimilé à un contrat d'agent commercial, et l'affilié à un agent commercial. En effet, les obligations de l'agent commercial et de l'affilié sont proches : le premier a une activité de tractation et de prospection de clientèle pour un tiers, est une sorte d'intermédiaire entre eux, comme le second qui insère des liens sur son site pour mettre en relation les internautes et l'affilieur, sans jamais entrer en contact avec lesdits internautes. De plus, si pour l'agent commercial, la conclusion des contrats n'est qu'une obligation accessoire, il en est de même pour l'affilié qui est totalement extérieur au contrat conclu entre l'affilieur et les internautes. Quant au statut de l'affilié, il peut être commerçant ou non, tout comme l'agent commercial¹, et de même que ce dernier n'est pas subordonné à son mandant, l'affilié n'est pas le salarié de l'affilieur. Affilié et agent commercial ont donc des points communs, mais également des différences. Ainsi, l'agent commercial a un statut prévu par la loi² -contrairement à l'affilié qui n'a pas de véritable statut- et se définit comme une personne physique ou morale considéré comme un intermédiaire du commerce entre une personne qui lui demande de négocier et de conclure des contrats, au nom et pour son compte -son mandant- et des tiers. Il est le mandataire d'une ou de plusieurs personnes, et le contrat qu'il signe avec ses mandants est un contrat d'agence commerciale défini à l'art. L. 134-1 du Code du commerce : « *L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, (c'est-à-dire par un contrat de travail), est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux* ». L'agent commercial peut être une personne physique ou une personne morale et peut accomplir sa mission tant en entreprise individuelle, c'est-à-dire de façon indépendante, qu'en société.³

¹ Néanmoins, la loi et la jurisprudence considèrent que la profession d'agent commercial est civile.

² Loi n°91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, J.O.R.F. n° 148 du 27 juin 1991, p. 8271.

³ Si l'agent commercial exerce en entreprise individuelle, il sera assujéti au régime des travailleurs indépendants. S'il exerce en société, celle-ci sera redevable de l'impôt sur les sociétés.

1097. Le contrat d'agence commerciale présente des similitudes avec le contrat d'affiliation, notamment sur le plan des conditions de forme, puisque certains affiliés pourront exiger de leurs affiliés qu'ils soient inscrits au registre spécial des agents commerciaux (RSAC) tenu au greffe du tribunal de commerce de leur domicile¹, s'ils ne sont pas inscrits au registre du commerce et des sociétés. Cette exigence est de plus en plus observée. De plus, à l'instar des rapports entre l'agent commercial et le mandant qui imposent des obligations réciproques de loyauté, de bonne foi, d'information et de confidentialité, les rapports entre l'affilieur et l'affilié exigent que de telles obligations soient remplies. S'agissant de l'agent commercial, il sera tenu d'exécuter son mandat en bon professionnel et son mandant devra l'aider dans ce sens. Dans tous les cas, il devra conclure les opérations pour lesquelles il a été mandaté et veiller aux intérêts de son mandant. Il prendra garde de se conformer strictement aux directives de son mandant, comme l'affilié, qui malgré une certaine liberté d'action, demeure tenu de suivre les recommandations de l'affilieur, notamment quant au respect de la réglementation sur l'ordre public, les bonnes mœurs, le droit de la propriété intellectuelle, quant aux outils utilisés pour le promouvoir...

1098. En matière d'affiliation, la situation est différente, d'une part, parce que les parties ne sont pas engagées dans le cadre d'un mandat et, d'autre part, parce que la notion de « bon professionnel » ne peut être appliquée, certains affiliés étant de simples particuliers. De plus, si l'agent commercial est un travailleur indépendant et non un salarié et, par conséquent, libre d'organiser son travail comme il l'entend, l'affilié peut être un particulier personne physique ou un travailleur indépendant ou une personne morale... A l'instar de l'agent commercial, l'affilié assume seul les frais liés à l'exercice de son activité, et doit s'acquitter personnellement des charges sociales et fiscales y afférentes. Il peut avoir pour obligation de « recruter » des affiliés pour élargir le réseau de l'affilieur, moyennant rémunération, en général, sous forme de primes. De la même façon, l'agent commercial peut avoir pour mission de recruter des sous-agents rémunérés par lui et placés sous sa seule responsabilité, parfois même sans avoir à obtenir l'autorisation préalable du mandant. L'affilié, quant à lui, n'est pas tenu à de telles obligations.

¹ Une telle immatriculation est valable 5 ans, d'où la nécessité de demander son renouvellement avant expiration.

1099. Une autre différence notable est constituée par le fait que si l'agent commercial est autorisé à exercer une activité à titre personnel ou à représenter d'autres mandants (sauf si clause d'exclusivité insérée au contrat), il lui est interdit de représenter une entreprise concurrente ou d'exercer personnellement une activité concurrente sans l'accord du mandant. En revanche, l'affilié peut adhérer à plusieurs programmes d'affiliation concurrents, sans que cela ne pose problème. L'exclusivité est rare, d'une part, parce que l'affilieur a vocation à multiplier le nombre de ses affiliés et qu'il ne peut valablement pas leur interdire de s'engager avec d'autres affilieurs au risque de restreindre la liberté de la concurrence. D'autre part, une exclusivité serait inenvisageable pour l'affilié car, n'aurait pas de contrepartie suffisante, sa rémunération étant en général modique. Aussi, l'affilié a une certaine liberté s'agissant de ses choix en matière de programme d'affiliation, à condition de respecter les obligations qui en découlent. L'agent commercial dispose également d'une certaine liberté puisqu'exerce sa mission avec une grande latitude.

Au niveau de la rétribution financière, l'agent commercial est souvent rémunéré par le versement d'un montant fixe ou d'une commission déterminée par les parties, tandis que l'affilié ne perçoit que des commissions calculées selon un système de rémunération établi de façon unilatérale par l'affilieur. Si l'agent commercial peut négocier sa rémunération, il en est autrement pour l'affilié. D'ailleurs, son contrat précise fréquemment que l'affilieur ne garantit aucun niveau minimum de rémunération et que celle-ci est la plupart du temps exclusivement déterminée en fonction d'éléments tels que le chiffre d'affaires enregistré par l'affilieur sur les achats effectués par les internautes ou le nombre de clics... L'affilié n'est jamais « maître » de sa rémunération et prend le risque de ne rien percevoir. C'est le prix à payer pour un engagement aussi simple à conclure qu'à résilier. Mais, dans les deux cas, l'affilié comme l'agent commercial ne seront rémunérés que s'ils ont réussi l'opération pour laquelle ils ont été recrutés.

Le contrat d'agence commerciale se distingue encore du contrat d'affiliation parce que le premier attribue généralement un secteur géographique d'intervention à l'agent. En matière d'affiliation, cela serait inenvisageable, les opérations se déroulant sur Internet, ce qui implique un champ d'action très large, transfrontalier, que constitue le

cyberspace.¹ Enfin, le rôle de l'agent commercial étant de conclure des transactions au nom et pour le compte de son mandant, de fidéliser la clientèle existante, et d'en démarcher une nouvelle sur un territoire élargi, il en est autrement pour l'affilié. En effet, il n'a pas pour obligation de « capter » une clientèle et de la « motiver » pour contracter avec l'affilieur. Une telle mission revient au seul affilieur.

1100. Si le contrat d'affiliation est comparé avec d'autres montages juridiques tels que le contrat de commission, il en résulte qu'il ne saurait être considéré comme tel car, selon la définition donnée à l'art. L. 132-1 du Code de commerce, « *le commissionnaire est celui qui agit en son nom propre ou sous un nom social pour le compte d'un commettant.* » Le commissionnaire s'engage donc envers le commettant à accomplir pour le compte de celui-ci un acte juridique ; il dispose d'une certaine liberté pour organiser cette opération sous son nom et sous sa responsabilité. Il est personnellement partie aux contrats qu'il conclut et est donc débiteur d'obligations : « *le commissionnaire prend l'opération à son compte et conclut en son nom personnel les contrats nécessaires à sa réalisation.* »² Or, ce n'est pas le cas pour l'affilié qui se contente de mettre en relation des internautes avec l'affilieur, sans jamais entrer en contact direct avec eux, le seul « contact » se faisant à travers les liens hypertextes mis en place sur son site. L'affilié ne vend rien, ni ne propose la moindre prestation de services : il reste un tiers aux contrats conclus entre l'affilieur et les internautes. Au surplus, le commissionnaire a une liberté quant aux moyens d'accomplir sa mission ; à l'inverse, l'affilié reste passif et n'a aucun choix puisque, la plupart du temps, ne réalise sa mission que par l'intermédiaire de liens établis par l'affilieur. Le contrat d'affiliation étant d'adhésion (supra n° 1102 s.), sa liberté est limitée. Le point commun relevé entre l'affilié et le commissionnaire est que tous deux n'ont droit à aucune indemnité en cas de résiliation unilatérale de leur contrat ; l'agent commercial, quant à lui, y a droit.

1101. Enfin, l'affilié ne peut être rapproché de l'apporteur d'affaires car, celui-ci a pour mission d'indiquer à des vendeurs ou des prestataires des clients potentiels, moyennant rémunération. Ce qui n'est pas le cas pour l'affilié. Toutes ces comparaisons avec le contrat d'affiliation montrent que celui-ci s'apparente davantage au courtage.

¹ Le cyberspace ou le cyberespace en français est un terme inventé par le romancier William Gibson et désignant l'ensemble des mondes virtuels constitués par les réseaux informatiques mondiaux, in *La propriété intellectuelle et l'Internet*, Bertrand Warusfel, éd. Flammarion, collection Dominos, 2001, p. 121.

² Cass. com., 3 mai 1965, Bull. civ. IV, n° 280.

4) Le contrat d'affiliation, un contrat d'adhésion

1102. Le contrat d'affiliation est un contrat synallagmatique puisqu'il impose une réciprocité au niveau des obligations, mais aussi commutatif, c'est-à-dire aux prestations équilibrées et au demeurant légères. Surtout, il est toujours d'adhésion pour l'ensemble de ses dispositions. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y ait pas de partenariat véritable : la notion d'adhésion n'est pas incompatible avec celle de partenariat, et le contrat d'affiliation reste un contrat de partenariat équilibré, facile de conclusion, directement en ligne. L'adhésion à ce contrat impliquera que l'affilié ne pourra négocier certains points tels que sa rémunération, élément essentiel. Il « subira » le contrat puisqu'il aura principalement pour mission d'établir des liens sur son site en direction de celui de l'affilieur. L'adhésion s'expliquera aussi par le fait que l'affilieur est le seul à déterminer les modalités d'exécution du contrat et son contenu. Quant aux obligations des parties (supra n° 1136 s.), elles révèlent une grande latitude offerte à l'affilieur au détriment de l'affilié qui ne prend aucune initiative au niveau de l'élaboration du contrat, et qui ne fait que l'exécuter. Sa seule liberté est celle d'y adhérer ou non. Il est toutefois possible pour les affiliés ayant une certaine notoriété de demander des contrats plus « personnalisés », ou au moins de voir évoluer leur contrat si certaines conditions sont réunies (supra n° 1202 s.). Bien que le contrat d'affiliation ne soit pas négocié, il demeure un véritable partenariat, la prestation fournie ne pouvant être que le résultat d'une collaboration réussie entre les parties. Ainsi, le chiffre d'affaires obtenu résulte de l'effort commun, peu importe que leur rôle ait été actif, passif, ou les deux à un moment donné.

1103. Par ailleurs, si l'affilié décide d'adhérer au contrat, c'est parce que ses dispositions lui conviennent. A défaut, il reste libre de s'engager avec un autre affilieur, répondant davantage à ses exigences. En contractant, il manifeste son approbation à un ensemble de règles de conduite. Quant aux affilieurs, ils proposeront des contrats souples afin de ne pas « effrayer » les candidats¹, et surtout, afin de rendre égalitaires leurs relations. S'ils sont ceux qui imposent les règles du jeu, au final, l'affilié ne prend que peu de risques, ce qui va le motiver à s'engager. Cela ne l'empêchera pas dans la pratique d'accomplir sa mission avec quelques libertés, dès lors que ses actes seront conformes aux codes de conduite auxquels il a adhéré.

¹ A titre d'exemple, le célèbre cyber-marchand *Amazon.fr* comptabilise plus de 500 000 affiliés, ce qui n'est pas négligeable et qui révèle le succès et la simplicité de sa formule d'affiliation.

5) Le référencement auprès d'un partenaire

1104. Il s'agit ici de préciser que le contrat d'affiliation va constituer un accord de référencement avec le site de l'affilié en autorisant l'affichage d'un lien direct vers le site de l'affilieur. Le schéma est simple : un lien hypertexte est établi à partir du site partenaire vers le site commercial référencé. Le lien étant prévu par le contrat, il est valable, ce qui ne serait pas le cas s'il était inséré sans autorisation sur le site de l'affilié.¹ Grâce à ce lien, les internautes sont informés de l'existence du site de l'affilieur, site cible référencé, et c'est pourquoi, il constitue une stratégie marketing efficace. Des visites en découlent même si n'aboutissent pas toujours à une commande. Ce qui compte c'est de se faire connaître : le visiteur peut revenir ultérieurement et acheter, en particulier si les prix proposés par l'affilieur sont moins élevés que ceux proposés par les sites concurrents. Ce mécanisme de partenariat est qualifié de « *Tupperwarisation de l'Economie du Net* » ou de « *partenariat protéiforme* » par certains auteurs² mettant en avant un système de distribution indirecte. Certaines grandes enseignes n'hésitent pas à y recourir, compte tenu des avantages procurés et des succès suscités.³ On parle de référencement-affiliation, siège de la nouvelle coopération économique, rapide, simple et peu onéreuse.

1105. Cependant, à la différence du contrat de référencement classique, le contrat d'affiliation a pour objet de promouvoir le site d'un partenaire : une publicité est réalisée à travers des liens hypertextes réalisés, publicité inexistante en matière de référencement qui se contente de n'offrir qu'un accès direct vers un site. De plus, dans le cadre du référencement, l'affilié acquiert de moteurs de recherche ou d'annuaires le droit d'usage de mots-clés à la base de liens permettant à l'internaute qui cliquera dessus d'accéder, soit sur le site du référencé, soit sur celui du référenceur. En matière d'affiliation, ce processus n'existe pas : l'accès est automatique.

Enfin, dans le cadre de l'affiliation, le partenariat ne débute véritablement que lorsqu'il y a fourniture de lien(s) hypertexte(s) ; avant, il n'existe que sous forme d'idée. L'échange de liens ne pourra avoir lieu que si la collaboration se déroule dans un esprit

¹ *Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité*, J. Larrieu, Expertises n° 250, juin 2001, p. 257.

² *Droit de l'Internet*, J. Larrieu, Ellipses, 2005, p. 106 et s.

³ C'est le cas notamment d'*Amazon*, célèbre site d'e-commerce que l'on ne présente plus (« *Programme partenaires* » : <https://partenaires.amazon.fr>) et de *24pm-affiliation.com*, agence d'affiliation spécialisée dans les activités de marketing liées à la performance et leurs déclinaisons. *24pm affiliation* gère tout un éventail de programmes d'affiliation.

d'équipe avec la poursuite d'un objectif commun. Il n'est pas nécessaire que les sites partenaires aient la même activité ou une activité similaire. Ce qui importe est qu'ils soient complémentaires.

6) La question de la publicité dans les contrats d'affiliation ou les techniques de partenariat

Contrat d'affiliation et contrat de publicité sont souvent confondus alors qu'ils présentent des différences (a). S'agissant du contrat d'affiliation, la liberté en est sa principale caractéristique (b).

a) Les différences entre contrat d'affiliation et contrat de publicité au sens strict

1106. Bien que le contrat d'affiliation ait pour objet de promouvoir le site de l'affilieur, il ne s'agit pas d'un contrat de publicité, même si certaines décisions l'ont parfois qualifié de « *contrat de prestation de services de publicité* »¹, méritant une application de la loi du 29 janvier 1993² dite loi de moralisation de la publicité³, aux termes généraux.⁴ S'il s'agissait d'un contrat de publicité, l'affilieur pourrait être qualifié d'annonceur publicitaire avec toutes les conséquences que cela implique, notamment sur le terrain de la responsabilité. A ce sujet, les débats sont nombreux quant à la qualification la plus appropriée du contrat d'affiliation.⁵ Certes, l'objet de ces deux contrats est le même : la promotion de produits, de services et, par conséquent, d'une entreprise. Cependant, les différences sont nombreuses.

1107. Dans le cadre d'un contrat de régie publicitaire ou de vente d'espaces publicitaires sur Internet, la régie aura pour mission de commercialiser auprès de tiers (annonceurs ou agences), les espaces publicitaires du site web de son client : l'intérêt étant de le faire connaître grâce aux bandeaux publicitaires, annonces ou autres qui, s'ils

¹ TGI Nanterre, 14 décembre 2004, www.juriscom.net.

² *Droit de la responsabilité et des contrats*, Ph. Le Tourneau, 2010/2011, n° 4840 et s.

³ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, J.O.R.F. n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1588.

⁴ TGI Paris, 3^{ème} ch., 2^{ème} section, 18 septembre 2009, *Sté Parfums Christian Dior c/Sté eBay*, JCP E 2009, n° 48, 2109, note L. Giret et M. Bourgeois.

⁵ *Droit de l'internet*, J. Larrieu, Ellipses, 2005, p. 107. *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, M. Vivant et Ch. Le Stanc 2010, n° 2787, p. 1590. *Le cadre juridique du contrat d'affiliation sur Internet*, P. Belloir, Expertises, n° 245, février 2001, p. 63. *Le contrat d'affiliation sur Internet*, C. Manara, D. 2000, n° 19, 11 mai 2000, p. 3. *L'Internet et le droit du marché ; Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Ch. Riefa, Thèse, Université de Montpellier I, 2002, n° 577 et s. *Cyber- Consommation : les nouvelles tendances*, Forum des Droits sur l'Internet, mars 2004, p. 19.

font la promotion d'entreprises autres que celle du client, finiront par attirer des internautes qui seront intéressés par ses prestations. Parfois, une telle publicité peut cibler directement le client lorsque la régie prospecte des entreprises susceptibles de devenir ses sponsors.

Mais, le contrat d'affiliation ne peut être qualifié de contrat de publicité au sens juridique du terme car, sa cause est différente. En effet, dans le cadre du contrat de publicité, les parties s'engagent pour promouvoir des biens ou des services et se partager les bénéfices résultant d'opérations permises grâce à cette publicité, telles que des ventes ou des commandes de prestations, chacune des parties bénéficiant d'un retour sur investissement. En revanche, dans un contrat d'affiliation, la cause de l'engagement de l'affilié est l'obtention d'une plus-value, celui-ci cherchant à se faire connaître en bénéficiant d'un partenariat avec une entreprise connue sur le marché, en l'occurrence, l'affilieur. En profitant d'une telle association, il contribue à se faire un nom en premier lieu sur Internet, puis au-delà de ses frontières, c'est-à-dire dans le monde réel. S'il s'agit d'une association avec une enseigne notoire, les avantages seront nombreux. En collaborant avec l'affilieur, l'affilié offre un gage de qualité et de crédibilité aux internautes. Ces derniers considérant que si une entreprise sérieuse a pour partenaire l'affilié, ils ne subiront aucun désagrément en contractant avec lui.

1108. Le contrat d'affiliation est encore différent du contrat de publicité dans la mesure où il ne prévoit pas la mise en place d'un système publicitaire au sens strict du terme : il n'y a ni dispositif de sponsoring, ni insertion de bandeaux publicitaires ou d'annonces dans des espaces particuliers. Les bannières d'affiliation n'ont rien à voir avec les bannières de publicité qui font davantage la promotion de produits ou de services, et qui peuvent exister directement sur le site de l'entreprise visée, sans qu'il soit nécessaire de passer par la case affilié. Les deux techniques sont différentes. Dans tous les cas, les internautes doivent avoir conscience que le site de l'affilié n'est qu'un intermédiaire, qu'un maillon dans la chaîne du commerce électronique, et que c'est le seul affilié qui leur proposera une prestation et qui contractera à ce titre avec eux.

De plus, dans le contrat d'affiliation, contrairement au contrat de publicité, l'affilieur peut mettre à disposition de l'affilié des liens hypertextes renvoyant vers son site, moyennant rémunération : soit il fournit ces liens, soit l'affilié les établit lui-même au

moyen d'éléments transmis par l'affilieur. Non seulement l'affilié est rémunéré pour les résultats obtenus grâce à ces liens, mais il ne proposera rien à l'affilieur : il se contentera de mettre en ligne les liens. En revanche, dans un contrat de publicité, la régie a un rôle actif : elle prospecte de la clientèle pour son partenaire, le support publicitaire, en vue d'acheter des espaces publicitaires pour elle, et encaisse auprès de cette clientèle les prix à payer pour la publicité. L'avantage étant que le support peut se consacrer pleinement à l'exploitation de son site web, puisque n'aura pas à se charger des tâches publicitaires pour lesquelles il n'est pas spécialisé.

L'esprit de l'affiliation révèle également une association avec une enseigne complémentaire qui sert les intérêts de l'affilié, dans la mesure où il va profiter du rayonnement de l'affilieur sur le web afin d'y augmenter sa visibilité. Dans le cadre du contrat de publicité, ce n'est pas le cas : seule l'entreprise faisant l'objet d'une publicité est mise en valeur. A titre d'exemple, la technique du co-branding ou du « co-marquage » sera utilisée pour augmenter la notoriété de l'affilié et de l'affilieur, en associant leurs marques respectives. Il s'agit d'une alliance marketing dont le but est de promouvoir simultanément leurs marques et certains des produits et services visés. Le co-branding s'analyse donc comme un véritable partenariat dans le cadre d'une opération commerciale. La réunion de l'une des marques de l'affilié avec celle de l'affilieur pouvant se faire sous la forme d'une publicité¹ associant les deux marques, sachant que les investissements publicitaires pourront être partagés entre les deux parties, ou pris en charge par le titulaire de la marque qui en fait la demande. L'affilié y gagnera davantage que ce qu'il pouvait espérer, dans la mesure où son référencement auprès des moteurs de recherche peut en ressortir amélioré du fait de l'association de sa marque avec celle de l'affilieur. Les liens hypertextes insérés pour l'indexation contribueront également à faire connaître l'affilié des internautes. Une telle stratégie renforce le positionnement de chaque acteur sur le marché et leur permet d'élargir leurs horizons en accédant à de nouveaux marchés, jusque là inexplorés. Leur complémentarité est judicieusement organisée, ce qui offre aux internautes une vision nouvelle des partenaires. Si le public n'avait pas une bonne opinion de l'affilié, cela peut grandement l'aider. Une telle union de compétences améliore la publicité, c'est-à-

¹ La réunion de deux marques peut se faire également sous la forme d'une création d'un produit mélangeant deux produits à l'origine distincts, comme, par exemple, une marque de voiture et une marque d'auto-radio. Une telle association concerne deux marques non concurrentes et appartenant à deux entreprises différentes signant de façon temporaire ou pérenne un produit ou une gamme de produits ou de services. Si le partenariat n'est que temporaire, il s'agira d'un co-branding promotionnel.

dire la communication au public des produits ou des services désignés par les marques, et est susceptible de doper les ventes. Elle valorise un produit commun ou une prestation de services commune. Si le co-branding présente l'avantage d'accroître la notoriété de deux partenaires, il comporte néanmoins un inconvénient : le risque pour l'affilié que les internautes qui visitent son site soient davantage intéressés par l'affilieur et le rayonnement de sa marque. Ce qui les conduira à conclure davantage de transactions avec lui.

1109. En outre, si en matière d'affiliation, les compétences techniques des deux partenaires sont souvent complémentaires, cela n'est pas le cas en matière de publicité où les compétences de la régie sont là pour pallier les lacunes du support. Ainsi, l'affiliation illustre une symbiose des partenaires, en particulier sur le plan publicitaire. Le lien qui unit les parties est un authentique lien de partenariat, tandis que dans un contrat publicitaire classique, il s'agit davantage d'un lien de prestation. Cela implique, dans le premier cas, que les relations des parties sont égalitaires, alors que dans le second, elles sont déséquilibrées au profit du régisseur qui prend les principales décisions et toute initiative pour mener à bien sa mission. Dès lors, dans l'hypothèse du contrat publicitaire, il existe une partie forte, le prestataire, et une partie faible, le client, en position précaire. Toutes deux ne sont pas des partenaires comme le seraient un affilieur et un affilié.

1110. Enfin, l'affilié n'est tenu que d'une obligation de moyen de relayer les messages publicitaires de l'affilieur, alors que dans le cadre du contrat de publicité, il s'agit d'une obligation de résultat. En effet, si les liens mis en place par l'affilié n'aboutissent à aucune visite sur le site de l'affilieur ou à aucune transaction, celui-ci ne pourra lui en tenir rigueur : c'est le principe même de l'affiliation qui suppose qu'un aléa soit accepté par les parties dès le départ, même si dans la pratique, il est rare qu'aucun mouvement ne soit observé. En revanche, dans un contrat de publicité, une prestation doit être effectuée quelles que soient les circonstances car, les parties ont contracté pour réaliser une prestation spécifique et celle-ci doit l'être impérativement. Si elle ne l'est pas, le contrat pourra être résilié pour inexécution des obligations contractuelles.

b) La liberté, spécifique au contrat d'affiliation

1111. Une différence fondamentale entre le contrat d'affiliation et le contrat publicitaire réside dans le fait que pour le premier, une liberté est accordée à l'affilié dans le choix des créations publicitaires, alors que ce n'est pas le cas pour le second où les créations sont souvent imposées par le client au prestataire. En effet, en matière d'affiliation, l'affilié dispose d'une large marge de manœuvre pour créer des messages publicitaires : il peut insérer des liens sur son site en direction de celui de l'affilieur, peu importe leur forme -à moins qu'elle ne soit imposée- qu'elle soit textuelle, une image, une vidéo, une bannière interactive, un logo ou même un courrier électronique, pourvu qu'elle obéisse aux règles posées par l'affilieur. Il peut également choisir la ou les créations publicitaires qu'il souhaite utiliser parmi celles mises à sa disposition. Dans le cadre d'un contrat publicitaire classique, deux situations sont à distinguer : si l'objet du contrat consiste à réaliser une publicité selon certaines directives, la liberté du prestataire sera réduite. En revanche, s'il a carte blanche, sa créativité sera favorisée : le client n'étant pas un professionnel du domaine, il lui fera confiance et approuvera ses choix dès lors qu'ils ne porteront pas atteinte à ses valeurs, à l'ordre public, aux bonnes mœurs et à la vie privée des tiers.

1112. S'agissant du cas particulier des contrats de régie publicitaire, le régisseur a la tâche de démarcher la clientèle pour le compte de son client (dit « support »), de recueillir et de promouvoir la publicité à insérer dans son support de communication, et éventuellement, de concevoir et d'éditer les annonces sur ce support, si cela lui est demandé. Il peut être également tenu de démarcher uniquement une clientèle dont la publicité va dans le sens de l'objet social de l'éditeur, avec une grande liberté pour exécuter sa mission. La clientèle démarchée peut aussi être celle qu'il juge nécessaire pour réaliser au mieux la vente d'espaces publicitaires, peu importe qu'elle ait une activité correspondant ou non à cet objet social. Dans tous les cas, l'éditeur est seul décisionnaire de l'insertion ou non de tout élément publicitaire dans son support, qu'il s'agisse de publicités commerciales, de dessins, de photos, d'encarts...

Par ailleurs, le régisseur peut avoir une obligation d'adaptation, c'est-à-dire de se montrer alerte et réactif à l'évolution du marché de la publicité, et d'effectuer en conséquence toute modification à la vente d'espaces publicitaires qu'il est tenu d'effectuer. De manière générale, il a une grande liberté car, est un professionnel choisi

en fonction de ses compétences. S'il ne satisfait pas à ses obligations, le support pourra toujours demander à un tiers d'effectuer la prestation en lieu et place du régisseur, outre la faculté qui lui est ouverte de résilier le contrat, si de telles dispositions sont prévues.

1113. D'autres différences subsistent entre contrat d'affiliation et contrat de publicité : certaines tiennent à leur durée. Ainsi, pour le premier, la durée est souvent indéterminée, ce qui implique que le contrat puisse être résilié facilement, à tout moment, par chacune des parties, sous réserve du respect d'un délai de préavis. En revanche, pour le second, la durée est plutôt déterminée, selon les besoins du client.

Une différence existe encore au niveau du type de rémunération de la partie concernée. L'affilié sera rémunéré selon l'un des trois modes couramment admis dans la pratique : le *payperclick* (en fonction du nombre de clics), le *payperlead* (en fonction du nombre de questionnaires remplis ou de demandes d'abonnements à une newsletter...) et le *paypersale* (en fonction du nombre de transactions effectuées sur le site de l'affilieur). En d'autres termes, la publicité ne sera payante que si elle rapporte directement des revenus à l'affilieur ou des contacts commerciaux, peu importe que ces revenus ou le nombre de ces contacts soient substantiels ou non : il s'agira d'une rémunération à la performance.

En revanche, dans les contrats de publicité classiques, la rémunération est fixée à l'avance par les parties, et peut se décomposer en une partie fixe et des commissions. Quoi qu'il arrive, le prestataire sera rémunéré, ce qui ne sera pas toujours le cas pour l'affilié. Enfin, l'affiliation a une double fonction : elle représente à la fois un canal de communication et de distribution sur Internet. La navigation des internautes vers le site de l'affilieur transpose au niveau des réseaux numériques le comportement que peut avoir un acheteur dans le monde réel lorsqu'il se promène en direction de boutiques. Grâce au mécanisme de l'affiliation, les modes de distribution s'élargissent et créent de nouvelles opportunités, les entreprises étant susceptibles de s'insérer facilement dans un réseau et de pratiquer une activité de commerce électronique. L'affilieur va alors utiliser Internet dans son intérêt, comme vecteur pour développer son activité : si l'opération commence dans le monde virtuel, elle se concrétise et s'achève dans le monde réel, notamment par la livraison de biens ou la réalisation de prestations de services. La distribution reste traditionnelle ; seule la prospection de clientèle se fait en ligne. Le

principal souci consiste à combiner efficacement la distribution en ligne et la distribution classique, et surtout, d'organiser la première. Mais, si l'opération porte sur l'achat de logiciels, de musiques ou de vidéo, c'est-à-dire si elle implique nécessairement leur téléchargement en guise de délivrance, tout le mécanisme de distribution sera virtuel, du début à la fin, dans la mesure où la publicité et l'opération commerciale en elle-même seront réalisées en ligne. Dans cette hypothèse, la distribution sera complètement dématérialisée. Cette double fonction -communication et distribution- n'est pas observée en matière de publicité traditionnelle, même sur le web.

De ces observations, il en résulte que le contrat de partenariat est équilibré par rapport au contrat de publicité qui apparaît inégalitaire au niveau des relations entre les parties et dans le cadre duquel seul le prestataire « mène le jeu », étant chargé d'exécuter la prestation. Il apparaît comme la partie forte, dans une situation privilégiée. Cela n'exclut pas que le client ait un droit de contrôle de la prestation et puisse demander des comptes au prestataire. S'il estime que ses obligations n'ont pas été remplies, il pourra toujours mettre fin au contrat. Mais, le client demeure dans une situation précaire, en particulier s'il donne toute latitude au prestataire pour réaliser une publicité ou pour prospecter et démarcher des annonceurs. Si le résultat ne lui convient pas, il ne pourra pas obtenir son remboursement ; s'il décide de recourir à un autre prestataire pour pallier aux carences de son prestataire initial, cela lui coûtera *in fine* plus cher, puisque payera deux fois pour la même prestation. En matière d'affiliation, la collaboration sera menée prudemment afin qu'il n'y ait pas de confusion dans l'esprit du public entre les rôles de l'affilié et de l'affilieur. Pour l'éviter, il est recommandé aux parties de ne pas conclure de partenariat sur une trop longue durée car, cela aboutirait, à terme, à « l'absorption » virtuelle de l'affilié. Seule l'apparence d'un partenariat équilibré et d'une relative égalité entre les parties doit ressortir. Grâce à cette collaboration, l'internaute aura un nouveau regard sur l'affilié. Quant aux innombrables liens insérés sur les sites des affiliés, ils constitueront autant de publicités pour l'affilieur qui sera, dès lors, connu d'un grand nombre d'internautes, tous représentant des clients potentiels.

B) La formation du contrat d'affiliation ou des clauses prônant un relatif équilibre contractuel

Le contrat d'affiliation permet à toute personne physique ou morale qui exploite un site Internet de devenir affilié en affichant sur ses pages des liens sur lesquels les internautes auront la possibilité de cliquer pour se rendre directement sur le site de l'affilieur. Ce dernier ayant de nombreux affiliés, c'est tout un faisceau de contrats qui verra le jour. D'où, la nécessité de rédiger un modèle de contrat efficace et protecteur des intérêts de chaque partie. Car, l'égalité contractuelle doit primer afin de ne pas faire fuir les candidats potentiels à l'affiliation. Avant de s'engager, il faudra passer par une procédure dite d'inscription de l'affilié à un programme d'affiliation (1) déterminant les conditions d'acceptation de l'affilié (2). Les obligations de l'affilieur (3) et de l'affilié (4) seront ainsi définies. Quant à la durée du contrat, elle révélera l'existence d'un partenariat durable, mais en aucun cas à vie (5).

1) La procédure d'inscription de l'affilié à un programme d'affiliation

1114. Dans le contrat d'affiliation, un article est consacré à cette procédure. Il exprime l'idée que l'affilié doit avoir certaines qualités pour que sa candidature à un programme d'affiliation soit recevable. Ces qualités n'ont rien à voir avec celles tenant à sa personne de consommateur ou de professionnel, ou même tenant à la nature de son site web (supra n° 1116 s.). Il s'agit plutôt pour l'affilié de déclarer qu'il a la capacité juridique de contracter, c'est-à-dire qu'il peut légitimement conclure un contrat d'affiliation, donc être majeur, s'il est une personne physique. En outre, pour que sa candidature soit recevable et pour prétendre à un statut d'affilié, l'affilié doit avoir pris connaissance des incompatibilités existant en matière d'exercice d'une activité commerciale, et déclarer ne pas y contrevenir. Après ces « préliminaires », le contrat est conclu directement en ligne lorsque l'affilié remplit et valide le formulaire d'inscription figurant sur le site web de l'affilieur. Il fournira ses données personnelles de façon complète et exacte et les mettra à jour régulièrement dans un souci de transparence vis-à-vis de son partenaire. A l'issue de cette phase, dès réception du formulaire d'inscription, et une fois que l'affilié sera inscrit sur le réseau de l'affilieur, celui-ci aura pour obligation de mettre à sa disposition un accès permanent à son programme, au moyen d'un identifiant et d'un mot de passe. Cela lui permettra d'accomplir sa mission et de consulter le nombre de ses commissions engrangées (supra n° 1158 s.). Il lui

fournira également les outils de promotion nécessaires à son site web, à ses produits ou services, à utiliser selon les conditions prévues au contrat (supra n° 1140 s.). Pour concrétiser leurs engagement et pour que l'affilié soit rémunéré, il communiquera à l'affilieur deux exemplaires datés et signés du contrat, conformément à la formalité du double original prévu pour les contrats synallagmatiques (art. 1325 du Code civil), ainsi qu'un justificatif d'identité ou un justificatif de sa qualité, s'il est représentant d'une personne morale (par exemple, un K-bis).

1115. Toute cette procédure est indispensable avant de démarrer une activité d'affiliation et doit être suivie à la lettre. L'affilieur n'a pas de temps à perdre et ne s'encombrera pas d'affiliés qui ne répondront pas immédiatement à ses critères. La clause relative à la procédure d'inscription se présentera alors souvent comme suit : « Vous (le candidat à l'affiliation) devez remplir le formulaire de demande d'inscription au Programme d'affiliation Jurifax, en fournissant toutes les informations demandées, de façon complète et véridique. Jurifax (l'affilieur) va évaluer votre demande d'inscription de bonne foi, pour ensuite vous communiquer son acceptation ou son refus par courrier électronique.

Si Jurifax (l'affilieur) accepte votre demande d'inscription, vous devenez un affilié Jurifax non-exclusif. Vous (le candidat à l'affiliation) recevrez sans délai, par courrier électronique : une confirmation de l'acceptation de Jurifax (l'affilieur), le code spécial html requis afin de diriger vos visiteurs sur le site de Jurifax (« le code Jurifax »), l'adresse URL du registre Yahoo ! des visites et des ventes découlant du lien Jurifax sur votre site. »¹

2) Les conditions contractuelles d'acceptation de l'affilié

Toute personne ne peut devenir affilié : elle doit avoir certaines qualités (a). Il en est de même pour son site web qui doit remplir les critères exigés par l'affilieur (b).

¹ Annexe n° 20 : Article 2 « Demande d'inscription », Article 3 : « Evaluation de votre demande d'inscription » et Article 5 : « Acceptation de votre demande d'inscription », *Contrat d'affiliation de « Jurifax » de la société canadienne « Jurifax Inc. », spécialisée dans le domaine de l'édition juridique (modèles de contrats, de documents d'affaires et de politiques d'entreprise, en français et en anglais), par voie électronique, p. 1. Dans le même sens : Annexe n° 21 : Article 6 : « Inscription de l'affilié », *Contrat d'affiliation « Marque blanche Spray » de la S.A.R.L. « Izeos », spécialisée dans les offres d'emploi dans le domaine de la santé, et dans la formation médicale, p. 2-3.**

a) Les conditions tenant à la personne de l'affilié ou la détermination de son statut

1116. Dans le contrat d'affiliation, une clause sera rédigée avec soin pour rappeler les modalités d'acceptation de l'affilié qui définissent son statut. S'il s'avère que l'affilié ne remplit plus les critères requis à un moment donné, son cocontractant pourra résilier leur contrat. De plus, bien que le contrat soit rarement conclu *intuitus personae*, cela n'exclut pas que l'affilié doive réunir certaines qualités nécessaires pour pouvoir collaborer avec l'affilieur et établir ainsi un partenariat équilibré et efficace. S'agissant du statut juridique pour devenir affilié, la loi et la jurisprudence étant muettes sur ce point, il faudra se référer à la doctrine qui commence à s'intéresser à l'affiliation et, bien entendu, à la pratique et au développement des réseaux et des plate-formes d'affiliation. Certains affilieurs ne seront pas très « regardants » dans la mesure où ils accepteront aussi bien des personnes physiques que des personnes morales, peu importe que ces personnes physiques soient immatriculées ou non au registre du commerce et des sociétés (R.C.S.). Autrement dit, tout particulier pourra intégrer un programme d'affiliation, sous réserve de son acceptation par l'affilieur.

1117. Ainsi, certains affilieurs comme la société *Rue du Commerce*¹, n'ont pas d'exigence particulière, puisque comportant dans leurs contrat une disposition telle que²: « *Le programme d'affiliation proposé par Rue du Commerce permet à toute personne physique ou morale qui exploite un site internet de devenir affilié en affichant sur une ou plusieurs pages un ou plusieurs liens sur lesquels les internautes auront la possibilité de cliquer pour se rendre directement sur le site rueducommerce.com.* » Le site *Amazon.fr* permet également à toute personne physique ou morale d'adhérer à son programme dès lors qu'il a un site web, un blog ou une page personnelle.³ En acceptant un éventail d'acteurs aussi large, il compte aujourd'hui des milliers de sites affiliés. D'ailleurs, la paternité de l'affiliation est souvent attribuée à *Amazon*.

¹ Notons que la société *Alapage* a été rachetée par la société *Rue du Commerce* auprès de la division e-commerce de *France Télécom* en juillet 2009. Son programme d'affiliation « *Partenaires Amazon* » permettait aux propriétaires de sites web et de blogs de créer des liens et de percevoir des commissions lorsque les clients cliquaient sur ces liens pour acheter des produits sur *Amazon.fr*.

² Annexe n° 16 : Article 2 al. 1^{er}, *Contrat d'affiliation de la S.A. « Rue du Commerce »* vendant différents types de biens (informatique, high-tech, électroménager, mode, beauté, maison, jeux vidéo, jouets...), p. 1.

³ Voir les Conditions d'adhésion au programme d'affiliation de la S.A.S. unipersonnelle « *Amazon.fr* », vendant en ligne toutes sortes de biens : <https://partenaires.amazon.fr>

La FNAC n'a pas non plus de demande particulière, puisque ne mentionne même pas dans son contrat d'affiliation la catégorie à laquelle doit appartenir l'affilié. Il faut alors se reporter au formulaire d'inscription en ligne des affiliés qui prévoit que les personnes physiques ou les personnes morales peuvent s'inscrire sans difficulté.¹ Il en est de même pour la société eBay, leader mondial des enchères sur Internet, dans la mesure où elle demande aux candidats à l'affiliation leurs coordonnées personnelles ou celles de leur société (noms, fonctions (s'il s'agit d'une personne morale), numéros de téléphones, adresses e-mail et adresses postales). Tout profil est visé, l'annonce figurant sur son site étant rédigée comme suit : « *Devenir partenaire du leader mondial des enchères sur Internet, c'est l'opportunité d'augmenter vos revenus grâce à votre site web ! Nous vous offrons la possibilité de rentabiliser votre site grâce à son trafic ! Proposez à vos visiteurs de découvrir eBay et vous serez rémunérés pour chaque internaute que vous dirigez sur eBay.fr et qui devient un nouveau membre inscrit confirmé actif d'eBay mais aussi pour les enchères et les achats immédiats générés à partir de votre site !* »²

Peu importent les compétences de l'affilié potentiel : il peut être débutant ou expérimenté. Des entreprises dont la notoriété est moindre que celle d'Amazon, d'eBay, de la FNAC ou de Rue du Commerce, prévoieront des dispositions similaires s'agissant du statut des affiliés : « *Le programme d'affiliation proposé par ProtectAssur (l'Affilieur) permet à toute personne physique ou morale qui exploite un site Internet de devenir affilié en affichant sur une ou plusieurs pages un ou plusieurs liens sur lesquels les internautes auront la possibilité de cliquer pour se rendre directement sur le site ProtectAssur.com (site de l'Affilieur).* »³

Des dispositions identiques se retrouvent dans d'autres contrats.⁴ D'ailleurs, il faut remarquer que la plupart du temps, les contrats d'affiliation ne sont pas très imaginatifs car, renferment souvent des dispositions identiques en tout point. D'autres affiliés

¹ Formulaire d'inscription en ligne des affiliés de la FNAC, vendant principalement de produits informatiques, high-tech, livres et photos.

Voir le site de FNAC Direct : <http://www4.fnac.com/affiliates/accueil/>

² Voir les Conditions d'adhésion au programme d'affiliation de la S.A. « eBay France », spécialiste des enchères en ligne : <https://ebay-partnernetnetwork.com/files/hub/fr-FR/aboutEbay.html>

³ Annexe n° 17 : Article 2 al. 1^{er}, *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « ProtectAssur »*, proposant des produits d'assurance en ligne, p. 1.

⁴ Annexe n° 18 : Article 2 al. 1^{er}, *Contrat d'affiliation de la S.A. « Mindscape »*, spécialisée dans le commerce de CD-ROM, p. 1. Et Annexe n° 22 : Article 2 al. 2 « *Objet du contrat* », *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « eco-SAPIENS »*, spécialiste des produits ayant une plus-value sociale ou environnementale, p. 1.

seront plus évasifs puisque ne mentionneront aucune qualité particulière requise de l'affilié. Ils le présenteront en termes très généraux, laissant supposer qu'il peut s'agir aussi bien d'une personne physique que d'une personne morale, et qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit un commerçant.¹ Toutefois, certaines conditions seront exigées selon les cas, notamment quant aux informations à communiquer à l'affilieur concernant son identité et son activité.²

1118. Certains affilieurs auront une préférence pour les personnes morales ou les personnes physiques pouvant émettre des factures, c'est-à-dire immatriculées au RCS car, considéreront que l'accomplissement d'une telle formalité constitue un gage de sérieux, de crédibilité et de sécurité pour leur activité. Il sera également demandé que le contenu du site du candidat à l'affiliation soit en adéquation avec les sujets, les thèmes, les produits, les services... couverts par l'affilieur. Car, de tels affilieurs ne souhaitent contracter qu'avec des professionnels, persuadés que les « simples » particuliers sont dépourvus de toute compétence commerciale, et, par conséquent, qu'ils sont incapables à les aider à développer leur activité en vue de faire des bénéfices. L'affilié participant indirectement à l'activité de l'affilieur en acheminant vers son site des clients potentiels, certains affilieurs estimeront qu'il est souhaitable qu'il soit lui-même commerçant car, sera plus à même d'appréhender le mécanisme de l'affiliation, les subtilités commerciales du métier, et l'étendue de sa mission. Un tel raisonnement est contestable car, un affilié non-commerçant peut accomplir aussi bien sa mission -sinon mieux- qu'un commerçant. Pour se justifier de son choix, l'affilieur invoquera la prudence.

Enfin, d'autres n'accepteront les non commerçants qu'à la condition qu'ils accomplissent, outre les démarches auprès du registre du commerce et des sociétés,

¹ Annexe n° 21 : « Préambule » : « L'Affilié exploite un site Internet (le « Site Affilié ») et souhaite pouvoir utiliser le service d'offres et d'annonces d'emploi (« Spray ») sur le Site Affilié. », Contrat d'affiliation « Marque blanche Spray » de la S.A.R.L. « Izeos », spécialisée dans les offres et annonces d'emploi dans le domaine de la santé, et dans la formation médicale, p. 1. Et Annexe n° 23 : Article 2 : « Le service » : « Public-Idées permet à tout exploitant de Site Internet, de postuler au réseau Public-Idées (...) », Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « Public-Idées », spécialisée dans la fourniture de services à la performance sur Internet, p. 2.

² Annexe n° 23 : Article 3.4 : « Obligations de l'Affilié » : « Si l'Affilié est une personne morale, il doit fournir à Public-Idées toute information relative à sa dénomination, son siège social et ses éventuels établissements. En outre, l'Affilié doit communiquer son numéro d'immatriculation auprès du registre du commerce et des sociétés et son numéro d'identification au regard de la TVA. Si l'Affilié est une personne physique, il doit être âgé d'au moins 18 ans au jour de sa candidature au réseau d'Affiliés Public-Idées. », Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « Public-Idées », précité, p. 3.

celles auprès de l'administration fiscale¹ ou des organismes sociaux pour bénéficier, par exemple, du régime de protection sociale des indépendants. De telles exigences entreront dans le cadre de leurs obligations.

Les associations pourront également devenir des affiliés si telle est la volonté de l'affilieur, sous réserve qu'elles soient enregistrées à la préfecture et qu'elles fournissent leur numéro d'enregistrement préfectoral.

1119. Dans tous les cas, l'affilieur veut s'associer avec des partenaires de qualité, ayant une certaine image et qui, s'agissant des personnes morales, sont déclarées et reconnues comme tel, afin d'être rassuré. Or, il est plus facile de vérifier des informations sur une personne morale que sur une personne physique non immatriculée. Cependant, il faut relever que les entreprises dont la réputation n'est plus à faire sont moins exigeantes quant au choix de leurs affiliés que les autres, peu importe leur domaine de spécialité. Cela s'explique probablement par le fait qu'elles croient au potentiel de chaque candidat et que leur but premier est l'essor de leur activité, sachant que cela n'est possible qu'en présence d'un nombre toujours plus important d'affiliés. Elles utilisent alors leur popularité pour gagner du terrain sur l'Internet et conforter leur présence : plus elles comptabiliseront d'affiliés, plus leur chiffre d'affaires sera susceptible d'augmenter. Par conséquent, l'affilieur mise davantage sur la quantité que sur la qualité. De plus, en cas de litige, il aura toujours les moyens de se défendre face à un affilié personne physique.

i. Le cas de l'affilié consommateur

L'hypothèse de l'affilié consommateur doit être envisagée dans ses grandes lignes (α), ainsi qu'au niveau de son statut fiscal et social (β).

α . Généralités

1120. Il ne faut pas se méprendre : le choix d'un affilié personne physique ou personne morale aura des conséquences juridiques pour l'affilieur. En effet, la rédaction des

¹ Annexe n° 23 : Article 3.1 : « *Obligations de l'affiliés* », « *Le propriétaire du Site Internet retenu déclare et garantit Public-Idées qu'il a procédé ou qu'il procédera, à ses frais et sous sa seule responsabilité, à l'ensemble des démarches administratives le concernant (y compris auprès des services fiscaux) qui pourraient être nécessaires du fait de la conclusion des présentes.* », *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « Public-Idées »*, précité, p. 2.

conditions générales d'affiliation qu'il propose peut générer des problèmes. Ainsi, s'il accepte les personnes physiques, autrement dit, les consommateurs, qui ne s'identifient pas juridiquement comme les personnes morales (inscription au registre du commerce et des sociétés...), il devra prendre garde à ne pas créer d'incohérences juridiques. Car, en acceptant les consommateurs, il accepte tacitement l'application des règles du droit de la consommation à leur égard, règles protectrices. Or, certains contrats d'affiliation prévoient que le paiement de leur rémunération ne se fera qu'après établissement d'une facture, document ne pouvant être délivré dans ce cas de figure.¹ Dès lors, la pratique selon laquelle un professionnel rémunère directement un particulier apparaît critiquable. Car, le seul moyen de le rémunérer sans méconnaître la loi serait d'établir un contrat de travail entre l'affilieur et l'affilié, de préférence à durée indéterminée, en raison de la facilité d'y mettre fin. Toutefois, l'affilieur n'opte pas en général pour cette solution, compte tenu de la lourdeur du dispositif et de l'importance des charges à payer, qui seraient incompatibles avec l'objectif de développement de son activité à moindres frais. Il souhaite en effet bénéficier de la « gratuité » qui caractérise l'affiliation, en toutes circonstances.

1121. Par ailleurs, l'affiliation s'analyse comme un courtage, et l'affilié, comme un intermédiaire entre l'affilieur et les internautes. Or, la répétition des opérations de courtage pourrait justifier que la personne physique affiliée soit déclarée commerçante de fait.² D'ailleurs, l'affilié peut devenir commerçant malgré lui, dans l'hypothèse de la vente « multiniveaux » lui permettant une participation active, lorsque les internautes ont la possibilité de conclure une transaction directement sur son site, sans passer par celui de l'affilieur, ou du moins d'effectuer certaines phases comme le paiement ou la livraison, par exemple, par téléchargement (cas des biens immatériels tels que les logiciels, la musique, les vidéos...). C'est pourquoi, pour éviter tout désagrément, certains affilieurs exigent de leurs affiliés une inscription au RCS leur permettant de délivrer des factures, peu importe leur statut.³

Même si l'affilieur a conscience qu'exiger d'un non-commerçant une facture est illégal dès lors qu'il n'exerce aucune activité commerciale, il pourra estimer, après analyse de son site web, qu'il ne lui procurera aucun client, tout au plus quelques visiteurs, et par

¹ Seuls les commerçants ou les personnes physiques auto-entrepreneurs peuvent délivrer des factures.

² *Droit commercial*, F. Dekeuwer-Défossez, Montchrestien, 6^{ème} édition, 1999, n° 63.

³ *FNAC Direct*, article 3.2, al. 4. Voir le site : <http://www4.fnac.com/affiliates/accueil/>

conséquent, qu'il n'aura jamais à le rétribuer financièrement, en particulier si le mode de rémunération prévu est le paypersale. Aucune facture n'aura alors à être délivrée, ce qui explique que les personnes physiques peuvent être affiliées au même titre que les personnes morales. Si d'autres modes de paiement sont prévus tels que le payperclick ou le payperlead, l'affilieur pourrait s'exposer à des difficultés car, le moindre mouvement (clic, visite, demande d'abonnement...) justifierait versement de commissions. De plus, face à un affilié consommateur, l'affilieur devra remplir son devoir d'information, notamment s'agissant de l'étendue de son engagement, en vertu du droit de la consommation.

1122. Si l'on considère que le paiement des affiliés particuliers se fera sous la forme de primes, l'art. L. 121-35 al. 1^{er} du Code de la consommation s'appliquera, interdisant *« toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faite aux consommateurs et donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation. »* Autrement dit, toute vente ou prestation avec primes est interdite, sauf exception car, le consommateur choisira le vendeur ou le prestataire en fonction de la prime à laquelle il peut prétendre et non en fonction de la qualité des produits ou des services. Parmi les exceptions, figurent les remises en espèces ou réductions de prix à valoir sur un autre achat ou une autre fourniture de services (dites « primes payantes »), ou la remise de chèques-cadeaux. La pratique des cartes de fidélité donnant droit à des réductions ou à la gratuité d'un produit ou d'un service après un certain nombre d'achats, est également autorisée par la loi. En d'autres termes, de telles primes ne seront valables que dans le cadre d'opérations de fidélisation. La difficulté est alors de déterminer si la relation entre l'affilié et l'affilieur s'analyse comme une relation de fidélisation. En matière commerciale, une relation fidèle se définit par l'habitude de fréquentation d'un fonds de commerce par un client, sachant que cela est transposable au monde virtuel. Dans le contexte de l'affiliation, la relation entre les parties est également basée sur la fidélité, puisque chacune d'elles œuvre en faveur d'un partenariat équilibré et égalitaire, et qu'il est observé qu'un affilié reste engagé avec l'affilieur pendant plusieurs années pour des raisons de rentabilité, même si par ailleurs, il a contracté d'autres partenariats. C'est pourquoi, la rémunération versée aux affiliés est susceptible d'être analysée comme une prime licite au sens du Code de la consommation. Mais, que les primes soient en nature

ou en espèces, elles sont autorisées dans une certaine limite, et si elles constituent l'accessoire d'une vente conclue avec le bénéficiaire de cette prime. Or, dans le cadre de l'affiliation, l'affilié n'achète, ni ne vend : la transaction ne se produit qu'entre l'affilieur et l'internaute consommateur, grâce à l'intermédiation de l'affilié. Par conséquent, si l'on suit le schéma légal, la prime devrait être versée à l'internaute et non à l'affilié. Dès lors, l'affilié ne peut bénéficier d'une rémunération sous forme de primes telles qu'elle est prévue par la loi.

1123. Si l'affilié est un consommateur, sa rémunération pourrait encore s'analyser comme un cadeau publicitaire, la loi n'interdisant pas aux commerçants d'en offrir.¹ Il s'agit de produits ou de services offerts sans obligation d'achat ou de cadeaux de parrainage comme ceux offerts par des commerçants qui récompensent un adhérent d'avoir permis l'inscription d'un nouvel adhérent dans leur base de données. Sont également visés les bons d'achat², les bons de réduction, les primes de fidélité... sachant que ces dernières peuvent être versées sous forme d'argent, la loi ne posant aucune restriction, ni dans leur nombre, ni dans leur nature. Il en résulte que l'affilié peut être valablement rémunéré par des primes de fidélité monétaires. De plus, les sommes versées n'étant en général pas élevées, elles sont autorisées, peu importe qu'elles deviennent importantes en se cumulant, puisque la loi autorise un nombre illimité de versements. Afin de rémunérer son partenaire, l'affilieur pourra alors utiliser le mécanisme licite des primes dans le cadre d'opérations de fidélisation. L'avantage est qu'il dispose d'une large marge de manœuvre pour les définir, ce qui ouvre la voie à des rédactions inédites du contrat d'affiliation. C'est sans compter l'avantage d'accroître le nombre de ses partenaires, et par conséquent son activité, ne connaissant pas de restriction quant au statut que doivent avoir ses affiliés.

β. Le statut fiscal et social de l'affilié consommateur

1124. Le statut fiscal de l'affilié consommateur peut poser problème car, l'affiliation va lui procurer des revenus annexes : son statut dépendra de sa qualification juridique. En tant que particulier, il sera soumis au régime des micros-BNC (bénéfices non commerciaux) et assimilé à un agent commercial non commerçant personne physique, si le total des recettes issues de l'affiliation est inférieur à 27 000 euros hors taxes par

¹ *Lamy droit économique*, R. Bout *et al.*, 2000, n° 3199 et s.

² Certains contrats d'affiliation prévoient d'ailleurs des systèmes de gratification de l'affilié par points, qu'il pourra échanger contre des produits vendus par l'affilieur.

an. Dès lors, il ne sera pas soumis à la TVA et sera dispensé de la déclaration et du paiement de la taxe. La jurisprudence reconnaît d'ailleurs que toute commission ou rémunération perçue par des particuliers pour des actes isolés d'entremise constitue des profits occasionnels imposables dans la catégorie des BNC.¹ L'affilié pouvant être considéré comme un intermédiaire et plus précisément comme un courtier, cette règle peut lui être appliquée (infra n° 1094 s.). S'il franchit le seuil des 27 000 euros précités la première année de son activité d'affiliation, il bénéficiera de la franchise de base de la TVA, à condition que ses recettes soient inférieures à 30 000 euros hors taxes. Cependant, il perdra le bénéfice de cette franchise dès le premier jour du mois à compter duquel interviendra le franchissement de la limite.

1125. En dehors de cela, ses obligations comptables restent faibles : il doit compléter un document enregistrant le détail journalier de ses recettes et dépenses professionnelles, « *un registre récapitulé par année, présentant le détail de ses achats, ainsi qu'un livre-journal servi au jour le jour et présentant le détail de ses recettes professionnelles afférentes à ces opérations, appuyés des factures et de toutes autres pièces justificatives.* » (art. 286 II du Code Général des Impôts). Ce document doit mentionner la date et la forme des versements des recettes (commissions et leurs montants...), la nature de l'opération effectuée (courtage...) (art. 286 I. 3^e al. 2 du Code Général des Impôts). S'il n'y a pas d'obligation de facturation pour l'affilié personne physique, la facturation est obligatoire sur le plan fiscal, dès lors que les transactions effectuées entre l'affilieur et l'internaute, grâce à l'entremise de l'affilié, sont significatives par leur nombre ou sont récurrentes. Le principe est celui d'un assujettissement à la TVA avec une franchise de base.

1126. Enfin, sur le plan social, n'étant pas salarié de l'affilieur, l'affilié n'est pas assujetti à la Sécurité Sociale, sauf si l'administration fiscale considère qu'il existe un travail dissimulé au sens de l'article L. 8221-3 du Nouveau Code du travail.

Afin de se simplifier la tâche, certains programmes d'affiliation rejettent les affiliés non professionnels.

¹ Conseil d'Etat, 9 novembre 1987, RJF, janvier 1988 n°49.

ii. Le cas de l'affilié professionnel ou l'obligation de non-concurrence

Comme l'affilié consommateur, l'affilié professionnel est tenu au respect de certaines obligations parmi lesquelles celle de non-concurrence (α). Son statut fiscal et social méritent également quelques observations (β).

α . Généralités

1127. En tant que professionnel, l'affilié risque de nuire aux intérêts commerciaux de l'affilieur qui est son partenaire d'affaires. En effet, s'il est lui-même commerçant, son but est de faire des bénéfices, et pour cela, il pourrait effectuer des actes anti-concurrentiels portant directement atteinte à l'activité de l'affilieur. Or, la plupart des contrats d'affiliation ne prévoient pas de dispositions relatives à une obligation de non-concurrence des affiliés, probablement parce que les affilieurs ne croient pas en l'existence de tels risques, ou les ignorent purement et simplement. Pour se protéger, il suffirait qu'ils intègrent dans leurs contrats de telles dispositions, à condition qu'elles soient limitées dans leur objet, c'est-à-dire quant au genre d'activité concernée, dans le temps, dans l'espace, et surtout, qu'elles soient proportionnées par rapport à l'objet du contrat, autrement dit, qu'elles répondent à un intérêt légitime. Il est entendu que leur manquement sera susceptible d'engager la responsabilité de l'affilié. Malheureusement, les affilieurs ne prennent pas toujours leurs précautions en la matière, sauf à prévoir des sanctions pour les actes de tricherie ou de malversation. Certains contrats comporteront alors les stipulations suivantes : « *Dans l'hypothèse où eco-sapiens (l'Affilieur) détecterait des actes ayant pour objectif de permettre une augmentation des revenus par l'intermédiaire de procédé contraire aux besoins d'eco-sapiens (l'Affilieur) (exemple : clic ne venant pas d'internautes consentants et/ou qui ont envie d'aller sur le site d'eco-sapiens.com sans contrainte externe, participation à un jeu, obtention de données, d'information... suite au clic sur le bandeau, liens...), eco-sapiens (l'Affilieur) se réserve le droit d'arrêter l'accès au compte affilié et aux programmes et ne réalisera aucun versement des sommes en cours.* »¹ De telles manœuvres contraires aux valeurs de l'affilieur et à la loi sont prises en compte et sanctionnées, par exemple, par un avertissement, par le remboursement des sommes versées, de dommages-intérêts, voire par la résiliation du contrat... L'affilieur disposant d'une grande latitude s'agissant des peines à infliger.

¹ Annexe n° 22 : Article 8 : « *Tricherie-Malversation* », *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « eco-SAPIENS »*, spécialiste des produits ayant une plus-value sociale ou environnementale, p. 3.

1128. En dehors de cette hypothèse, l'affilieur devrait considérer l'hypothèse où l'affilié aurait l'intention de rivaliser avec lui en présentant en ligne des produits ou des services identiques ou similaires, au même prix ou à des prix défiant toute concurrence, donc plus attractifs pour les internautes consommateurs potentiels. Une telle pratique est anti-concurrentielle et constitutive d'un manquement à son obligation de bonne foi et de loyauté. Si l'affilié n'informe pas l'affilieur de cette nouvelle activité, un manquement à son obligation de transparence sera relevé en sus. En effet, l'affilieur qui aurait des milliers d'affiliés ne peut tous les contrôler. Malheureusement, lorsqu'il découvre de telles manœuvres, il est souvent trop tard. Or, dans le cadre de l'affiliation, l'affilié est débiteur d'une obligation de fidélité et ne doit pas nuire aux intérêts de son partenaire. Il n'est ni honnête, ni loyal d'attirer des internautes au détriment de l'affilieur et pour son propre profit. C'est pourquoi, l'affilieur n'aurait pas d'autre solution que de mettre un terme à leur collaboration. Afin de favoriser des relations saines et pérennes, il est donc indispensable d'insérer au contrat une clause mettant en garde contre certaines pratiques jugées contraires à l'esprit du partenariat, et énonçant les sanctions attachées.

1129. Hormis les pratiques anti-concurrentielles, l'affilié pourrait mettre en péril la poursuite de son contrat en usant de pratiques déloyales consistant à vendre des produits sous un nom ou sous un emballage qui les confond avec ceux de l'affilieur, ou en se présentant comme celui qui commercialise les produits ou les services dudit affilié, de manière à créer une confusion dans l'esprit du public. Dans d'autres hypothèses, l'affilié peut encore profiter du rayonnement de l'affilieur et du mécanisme de l'affiliation en faisant en sorte que les liens établis « détournent » les internautes de leur chemin, en les renvoyant vers l'une des pages de son site offrant à la vente des produits susceptibles de les intéresser... Une telle pratique peut entraîner à terme une perte de chiffre d'affaires de l'affilieur, si elle s'avère récurrente. Mettre en ligne des promotions mensongères ou non conformes à la loi pour les produits et services de l'affilieur, de façon à stimuler les ventes et à augmenter le nombre de ses commissions, est également prohibé. Non seulement, ces comportements portent atteinte à la notoriété de l'affilieur, mais sont susceptibles d'engager la responsabilité de ce dernier comme complice.

1130. L'affilié sera encore coupable de concurrence déloyale lorsque la page sur laquelle est placé le lien renvoyant vers le site de l'affilieur dénigrera l'activité de celui-ci. En effet, l'affiliation poursuivrait un but autre que celui pour lequel les parties se

sont engagées : promouvoir l'activité de l'affilieur. Or, en se comportant ainsi, l'affilié nuit au partenariat, contrevient à ses obligations, et méconnaît l'objet même du contrat. C'est pourquoi, l'affilieur aura certaines exigences afin de protéger ses intérêts et de se préserver de tout comportement illicite. Il pourra notamment interdire l'insertion de liens dans les forums de discussion, les listes de diffusion (ou « *mailing lists* » en anglais), les chats... Ici, il s'agit surtout pour l'affilieur de protéger son image en évitant que toute référence à lui ou à son site ne figure n'importe où, ou ne soit associée à un mode de dialogue, à un site au contenu douteux ou discutable, ou à des fichiers d'adresses à connotation négative pour les internautes.

1131. Dans le même sens, afin de lutter contre toute pratique déloyale, l'affilieur pourra interdire les liens utilisant les techniques du « *in-line linking* »¹, du « *deep-linking* »² ou du « *framing* »³, car, créent un risque de confusion dans l'esprit de l'utilisateur qui a le sentiment de naviguer sur le site de l'affilieur, alors que ce n'est pas le cas. Les titres, les logos, les menus... seront identiques à ceux de l'affilieur alors qu'en réalité, seront visualisées des informations du site de l'affilié, celui-ci se servant de la notoriété de son partenaire pour promouvoir sa propre activité. C'est pourquoi, dans certains cas, l'affilieur n'autorisera que le lien hypertexte simple ou « *surface linking* », renvoyant à la page d'accueil de son site. L'interactivité propre à l'Internet et à la base de l'affiliation doit servir avant tout les intérêts de l'affilieur : l'affilié ne doit pas oublier que sa mission est de mettre en avant le site de son partenaire et non l'inverse, grace à des liens qui rempliront leur fonction originelle, à savoir constituer « *une connexion activable à la demande sur le web, reliant des données ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce, où qu'elles se trouvent dans l'Internet* ». ⁴ Cette définition correspond à la relation affilieur/affilié, dans la mesure où tous deux doivent se montrer complémentaires : c'est parce qu'ils ont cette qualité qu'ils se sont associés et qu'ils peuvent atteindre un objectif commun. En combinant

¹ Il s'agit de faire apparaître dans une page web un seul élément extrait d'un autre site, ce qui économise de l'espace de stockage sur le disque dur de la machine où est hébergé le site. Cela a pour effet de dissimuler à un utilisateur non averti l'environnement d'origine auquel appartient cet élément.

² « *Deep linking* » signifie en français liens profonds : ils incluent au sein des pages d'un site web des liens hypertextes pointant vers des pages internes d'un autre site.

³ Le « *framing* » ou cadrage est une technique de programmation qui offre la possibilité de diviser la fenêtre d'un navigateur web en plusieurs cadres autonomes. Un ou deux cadres sont utilisés pour afficher les menus et les possibilités de navigation, le cadre principal au centre servant à afficher le contenu du site. Grâce à un lien hypertexte, il est possible d'afficher dans ce cadre principal une page venant d'un site extérieur.

⁴ Il s'agit de la définition donnée par l'Office québécois de la langue française (OQLF), connu sous le nom de l'Office de la langue française (OLF) jusqu'au 1^{er} octobre 2002. Il a rédigé le *Grand Dictionnaire Terminologique et la Banque de Dépannage Linguistique*.

leurs atouts respectifs, ils contribuent à faire connaître l'activité de l'affilieur. Ainsi, que ce soit en profitant de la notoriété de l'affilieur, en pratiquant le parasitisme¹ ou en désorganisant le programme d'affiliation, l'affilié commet des actes de concurrence déloyale qui méritent sanction.

β. Le statut fiscal et social de l'affilié professionnel

1132. Le statut de l'affilié professionnel doit être déterminé afin d'en déduire ses obligations sur les plans social et fiscal. A ce titre, la loi reconnaît à l'administration fiscale le droit de qualifier les contrats aux fins de détermination du régime applicable. Au niveau fiscal, l'affilié déclarera ses revenus issus de l'affiliation dans les bénéfices industriels et commerciaux (BIC)² ou dans les bénéfices non commerciaux (BNC)³, selon qu'il s'agira d'activités de ventes ou de prestations de services. S'il exerce une profession commerçante indépendante, il devra s'acquitter de la taxe professionnelle et sera assimilé à un agent commercial. L'administration peut également assimiler le lien hypertexte à un affichage publicitaire rentrant dans le cadre des prestations de publicité, et plus précisément, des prestations immatérielles telles que celles prévues aux articles 259 B et 259 C du Code général des impôts, donc soumises à TVA.

1133. Au niveau social, les règles sont les mêmes pour tout type d'affilié, professionnel ou particulier. Tous deux doivent être immatriculés à la Sécurité Sociale : leur enregistrement est obligatoire si leur activité est exercée de façon habituelle, constante, et si poursuit un but lucratif. Or, si dans le cadre de l'affiliation, les deux premières conditions sont réunies, la troisième semble faire défaut. En effet, les commissions perçues par l'affilié étant modiques, il serait inexact de parler de bénéfices. Toutefois, des recettes sont obtenues et, c'est pourquoi, l'immatriculation est

¹ Cass. com., 26 janvier 1999, arrêt n° 251, pourvoi n° 96-22.457, non publié : la Cour de cassation définit le parasitisme comme « l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire ».

² Les bénéfices industriels et commerciaux (BIC) sont une composante du revenu global soumis à l'impôt sur le revenu. Ils sont réalisés par les personnes physiques qui exercent une profession commerciale, industrielle ou artisanale (exploitants individuels ou associés de certaines sociétés de personnes).

³ Les bénéfices non commerciaux (BNC) sont une autre composante du revenu global soumis à l'impôt sur le revenu. Ils sont réalisés par les personnes physiques membres de professions non commerciales telles que les professions libérales ou titulaires de charges et offices, et visent également les profits ne relevant d'aucune autre catégorie (sauf imposition à l'impôt sur les sociétés). Il existe deux modes d'imposition des BNC : le régime micro-BNC (pour des recettes inférieures à 27 000 euros hors taxes par an) et le régime de la déclaration simplifiée (pour des recettes supérieures à 27 000 euros hors taxes par an). Le bénéfice BNC est rapporté au revenu global du contribuable dans la catégorie BIC (professionnels ou non professionnels selon les cas).

obligatoire. Si l'affilié exerce une autre activité à côté de celle de l'affiliation, il sera rattaché au régime de l'activité principale impliquant le paiement de cotisations trimestrielles.

b) Les conditions tenant à la nature du site de l'affilié

1134. La majorité des contrats d'affiliation pose comme principe que les affiliés souhaitent avoir une image respectable vis-à-vis des internautes et la préserver. Ils exigeront alors de l'affilié que son site ne porte pas atteinte à certaines valeurs morales, éthiques, ainsi qu'à l'ordre public et aux bonnes mœurs. C'est pourquoi, l'affilié pourra refuser comme affilié toute personne dont le site contiendra des informations de nature violente, pornographique, érotique, pédophile, religieuse, politique ou raciste, antisémité, susceptibles de porter atteinte aux droits des tiers, ou faisant la promotion de toutes activités illégales ou non conformes à la loi, quelle que soit la forme de ces informations mises en ligne (textes, images, vidéos, musiques...). Dès lors, des dispositions pourront figurer au contrat telles que : « *Les candidats à l'affiliation doivent s'assurer et garantir que leur site se conforme aux lois et règlements en vigueur (...). L'Affilié se réserve le droit d'accepter ou non, sans avoir à motiver sa décision, l'inscription de sites. Les sites : à caractère illégal, à caractère pornographique, contenant des propos racistes, diffamatoires ou incitant à toute forme de discrimination ou d'extrémisme, nuisant à l'image de l'Affilié ou à sa politique commerciale, non conformes aux lois et règlements en vigueur et aux droits des tiers ne peuvent pas adhérer au programme d'affiliation.* »¹ En particulier, l'affilié ne devra pas porter atteinte aux droits des tiers (droit au respect de leur vie privée, droits de propriété intellectuelle...), et devra disposer de toutes les autorisations sur les données contenues dans son site et visibles de tous.²

¹ Annexe n° 21 : Article 5 : « *Condition d'admission de l'affilié* », *Contrat d'affiliation « Marque blanche « Spray » de la S.A.R.L. « Izeos »*, spécialisée dans les offres et annonces d'emploi dans le domaine de la santé, et dans la formation médicale, p. 2. Dans le même sens : Annexe n° 19 : Article 8.3. « *Obligations de l'affilié* », *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « Netquattro »*, spécialisée dans la vente à distance de produits et de services de sport, p. 4. Et Annexe n° 18 : Article 3, *Contrat d'affiliation de la S.A. « Mindscape »*, spécialisée dans le commerce de CD-ROM, p. 1.

² Annexe n° 23 : Article 3.3 : « *Obligations de l'Affilié* », « *L'Affilié garantit à Public-Idées de disposer de tous les droits et autorisations pour la diffusion des informations et services disponibles sur son Site et ce de telle façon à ce que Public-Idées ne soit en aucune façon recherchée à ce titre par quelque tiers que ce soit. L'Affilié garantit en outre, que son Site Internet et son contenu ne porte atteinte à aucune partie tierce et plus particulièrement, qu'il ne porte atteinte à aucun droit de propriété intellectuelle ni ne constitue un trouble à l'ordre public et aux bonnes mœurs et plus généralement qu'il ne présente* »

1135. L'affilieur se réservera souvent la faculté de refuser, sans motif, la candidature d'un affilié et rédigera le contrat dans ce sens, ou énoncera une liste non exhaustive de causes de refus. Il refusera les affiliés qui n'adhèrent pas à ses idées en matière d'e-commerce, au choix de sa politique commerciale, ou qui seraient en contradiction avec ses intérêts... sachant qu'à chaque fois, il procédera à une analyse au cas par cas. Le moindre doute quant aux motivations du candidat suffira pour l'écarter du partenariat. Car, l'affilieur se doit de protéger ses intérêts économiques. Il ne peut se permettre de prendre le moindre risque qui serait de nature à porter atteinte à sa réputation, qui entacherait le sérieux de son site et qui, à terme, aurait des conséquences préjudiciables sur son commerce. Afin de se protéger, l'affilieur refusera encore les sites incluant dans leur nom de domaine son nom ou des variations orthographiques ou phoniques proches, pour éviter toute confusion dans l'esprit du public. L'objectif étant également d'éviter toute forme de parasitisme commercial, l'affilié profitant de la notoriété ou des techniques de l'affilieur pour capter une clientèle qui n'est pas la sienne. Il prendra soin d'insérer au contrat une disposition qui le rappelle expressément, sous peine de sanctions.

3) Les obligations de l'affilieur

1136. L'affilieur est tenu au respect de plusieurs obligations : une obligation de bonne foi, de loyauté et de transparence (a), ainsi qu'une obligation d'effectuer tous les actes commerciaux en relation avec l'activité de son site web (b). A cela, s'ajoutent les obligations de fournir à l'affilié tout élément permettant de promouvoir son site (c), d'animer son réseau (d), de rémunérer l'affilié pour sa prestation réalisée (e), et de lui communiquer les rapports sur l'état du trafic généré (f). Certaines pratiques seront prohibées, peu importe qu'elles aient pour finalité de promouvoir le site de l'affilieur (g). Enfin, le partenariat ne pourrait être viable si l'affilieur ne motivait, ni ne fidélisait ses affiliés (h).

a) Les obligations de bonne foi, de loyauté et de transparence

1137. L'affilieur est débiteur des obligations de bonne foi, de loyauté et de transparence à l'égard de l'affilié et, de façon générale, à l'égard de son réseau d'affiliés. Du respect de telles obligations dépendra la fidélisation ou non de ses

pas un caractère manifestement illicite (...). », *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « Public-Idees »*, précité, p. 2.

partenaires car, son comportement a un impact sur leurs actes et sur leurs relations en général. Or, leur collaboration peut être mise en péril si l'affilieur se montre malhonnête. Dans un contrat de partenariat comme celui d'affiliation, le respect de telles obligations s'impose d'autant plus que les conséquences peuvent être graves pour l'affilieur sur le plan économique. En effet, s'il n'adopte pas un comportement conforme à ses obligations, il risque de perdre une bonne partie de ses affiliés avec tout ce que cela implique sur les plans techniques et stratégiques. Le temps passé à mettre en place un tel réseau sera définitivement perdu. C'est pourquoi, l'affilieur ne peut pas se permettre des « écarts de conduite » à l'égard de ses partenaires. Ses derniers doivent avoir une confiance totale en lui : il y va de la poursuite de leurs relations contractuelles et du succès de leur partenariat. Par conséquent, de telles obligations sont importantes : elles permettent de maintenir une égalité entre les parties, d'autant qu'il s'agit d'obligations réciproques. De plus, les intérêts de l'affilieur convergeant vers ceux de l'affilié, il est recommandé de mettre en place une politique de complète transparence à l'égard de celui-ci.

b) L'obligation commerciale de l'affilieur

1138. L'affilieur est tenu d'accomplir tous les actes de commerce en relation avec l'activité de son site web. En effet, ce n'est pas parce que le site de l'affilié permet à l'affilieur de réaliser des transactions commerciales que ledit affilié est pour autant tenu de suivre l'évolution de ces opérations. Il est nécessaire de préciser et de délimiter la mission de chacun des acteurs afin d'éviter tout risque de confusion dans l'esprit du public. Il revient au seul affilieur le soin d'exécuter les commandes de produits ou de services des consommateurs, dans toute leur chronologie¹ : l'affilié n'est qu'un intermédiaire entre l'affilieur et l'internaute. Dès lors, l'affilieur traitera ces différentes commandes, les enregistrera afin qu'elles soient comptabilisées pour les commissions à verser à l'affilié, en assurera le suivi complet jusqu'à la réception (incluant les réclamations, les annulations, le service après-vente, l'application des garanties...). Il mettra à jour les informations commerciales de son site puisqu'est le seul co-contractant et donc le seul interlocuteur de l'internaute. En aucun cas, l'affilié ne sera tenu d'accomplir de tels actes. Il est nécessaire de préciser tout cela au sein de contrat

¹ Annexe n° 18 : Article 5 : « *Mindscape* (l'Affilieur) **assume l'entière responsabilité de l'acte de vente qui aura lieu entre le site Mindscape.com et les visiteurs provenant de l'affilié. En particulier, Mindscape (l'Affilieur) assure les prestations de traitement et de suivi de commande avec les procédures d'enregistrement du paiement, de livraison, de SAV et de garantie.** », *Contrat d'affiliation de la S.A. « Mindscape »*, spécialisée dans le commerce de CD-ROM, p. 2.

d'affiliation afin qu'il n'y ait pas la moindre ambiguïté quant au rôle de chacun. Car, l'affilié n'a que pour unique fonction de promouvoir le site de l'affilieur vis-à-vis des tiers, ainsi que les offres commerciales qui y sont proposées, mais en aucun cas, de conclure les opérations qui en découlent. Son rôle s'arrête là où commence la conclusion de l'opération commerciale.

1139. L'obligation commerciale de l'affilieur impliquera encore un travail de veille concurrentielle. Etant chargé du suivi des transactions réalisées et connaissant ses besoins en termes de produits, de services et de sites web susceptibles de devenir ses partenaires, il ne choisira que des affiliés ayant les compétences pour l'aider à accroître sa notoriété. Cette veille continuera durant tout le processus de l'affiliation, et en particulier, lorsqu'il animera son réseau (supra n° 1142 s.). Le monde de l'affiliation évoluant en permanence, l'innovation est devenue la norme : l'affilieur doit sans cesse se renouveler sur le plan commercial pour demeurer compétitif. Car, il n'est pas possible d'ignorer la concurrence. Pour rester dans la course, il doit donc être performant et au fait de l'actualité en matière d'affiliation.

c) L'obligation de fournir des éléments sur son site marchand

1140. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'affilieur participe activement à la promotion de son site marchand. Les rapports entre affilieur et affilié sont très équilibrés dans la mesure où le premier fournira au second les éléments visuels nécessaires à la présentation de son site et de son entreprise, ainsi que tous les éléments indispensables à l'établissement des liens avec les divers codes informatiques.¹ De plus, l'affilieur devra être le véritable titulaire de droits sur ces éléments ; se pose ici la question des droits de propriété intellectuelle (supra n° 1196 s.). En général, s'agissant des éléments juridiquement protégés tels que les marques ou les logos, l'affilieur n'en confère à l'affilié qu'un droit d'usage pendant toute la durée du contrat. Quant aux éléments graphiques qui reprennent le logo ou la marque de l'affilié, ils font l'objet d'une protection particulière. L'affilié utilisera à bon escient ces éléments pour mettre en valeur le site de son partenaire ainsi que les produits et services qu'il propose en ligne. L'objectif étant d'en faire une présentation flatteuse.

¹ La plupart du temps, ces éléments seront fournis sous la forme de codes html.

1141. Afin de savoir exactement combien d'internautes a visité le site cible ou a passé commande, et donc afin de déterminer le nombre de commissions dues à l'affilié, l'affilieur communiquera à l'affilié un identifiant personnel (infra n° 1114 s.) ou un cookie¹ à insérer dans les liens créés en direction de son site, et dont la mission est d'effectuer le « tracking »². Il pourra aussi lui donner accès à son back-office. Le tracking est un système logiciel permettant de suivre et de mémoriser l'itinéraire des internautes sur la toile et de les localiser en temps réel, ainsi que leur durée de visite sur chaque page, du début de leur parcours sur Internet jonchés de sites, jusqu'au moment où ils arrivent sur celui de l'affilieur. D'une certaine façon, les internautes sont « marqués », dans le cadre d'une affiliation, par des codes de suivi pour connaître le trafic. Un tel outil est nécessaire car, analyse le profil des cyber-consommateurs pistés afin d'optimiser le site de l'affilieur. Ce dernier en sait alors davantage sur eux, sur la fréquence de leurs visites, sur leurs habitudes de consultation, sans qu'ils s'en rendent compte, et de façon tout à fait légale. Cela lui permettra de prendre en connaissance de cause les mesures nécessaires pour rendre son site plus attractif, et grâce à l'ensemble de ces outils, des stratégies commerciales pertinentes seront mises en œuvre.

d) L'obligation d'animer le réseau d'affiliation

1142. L'affilieur a pour obligation d'animer son réseau d'affiliation, ce qui signifie que durant toute la durée du contrat, il encouragera les affiliés dans leur mission afin qu'ils restent le plus longtemps possible ses partenaires. Car, un affilié peu motivé ne fait plus d'effort pour attirer les internautes. Or, l'affilieur ne peut pas se permettre financièrement que cela se produise. L'animation consistera alors à proposer aux internautes des offres toujours plus intéressantes et inédites, et à innover en matière de messages publicitaires. Cela consistera également à recruter un nombre toujours plus important d'affiliés, à échanger régulièrement avec eux afin que le partenariat se déroule dans des conditions optimales. La communication se fera par exemple via des

¹ « Un cookie est un fichier émis par certains sites web de commerce électronique afin de laisser sur le disque dur de l'internaute une trace de son passage sur ce site. Ces fichiers, qui n'apparaissent pas aux utilisateurs, sont ensuite automatiquement collectés et reconnus lors de toute nouvelle connexion au même site, fournissant ainsi certaines informations sur **la fréquence et les habitudes de consultation des internautes.** » *La propriété intellectuelle et l'Internet*, Bertrand Warusfel, éd. Flammarion, collection Dominos, 2001, p. 121.

² Le terme anglais « *tracking* » signifie « suivre la piste ». Le tracking est une technique de suivi d'un internaute dont la finalité est d'observer, d'analyser et de comprendre son comportement sur les réseaux. Peuvent être trackés les clics, les affichages du site cible sur l'écran d'ordinateur de l'internaute... En matière de campagnes publicitaires, un tel outil est essentiel car, permet de connaître les clients potentiels, les « cyber-acheteurs », et de relever, en quelque sorte, les traces de leur parcours sur Internet et, en particulier, sur une série de pages web.

interfaces spécifiques ou par l'envoi de newsletters périodiques. Dans tous les cas, les échanges doivent être constructifs, compte tenu des intérêts économiques communs des partenaires.

1143. L'animation consistera encore pour l'affilieur à mettre à jour ses informations concernant son activité, son secteur, son entreprise... de manière à renseigner au mieux affiliés et internautes. Car, un affilié peu convaincu de la qualité des produits et services de l'affilieur, et éprouvant des difficultés à appréhender son activité, sera moins performant au niveau de la transmission des messages publicitaires auprès des internautes, d'autant qu'il ne bénéficiera d'aucune assistance de la part de son partenaire. Les affiliés ont donc besoin de connaître parfaitement l'affilieur, ou du moins, de manière suffisante. Cette connaissance passera par l'information en exclusivité de toute opération commerciale prochainement mise en place, de tout nouveau produit ou service qui sera commercialisé en ligne, de tout événement promotionnel, éléments constituant autant de valeurs ajoutées pour l'affilieur, et, par voie de conséquence, pour l'affilié et les internautes... L'affilié aura alors le sentiment d'être un véritable partenaire, dans le cadre d'une relation égalitaire. De plus, en étant averti dans les meilleurs délais de tout changement opéré sur le site de l'affilieur, il aura le temps de mettre à jour ses liens et de mieux relayer les messages publicitaires. Certains affiliés iront même jusqu'à modifier la politique éditoriale de leurs sites dans un but d'efficacité.

1144. Enfin, il s'agira de « repérer » les affiliés les plus performants, c'est-à-dire ceux qui font le « plus de chiffres ». Cela permettra à l'affilieur de définir sa politique d'animation en fonction des catégories d'affiliés : pour les affiliés les plus performants, il modifiera leurs conditions de rémunération qui deviendront plus avantageuses, de façon à les motiver davantage (supra n° 1146 s.). Pour les autres, il leur enverra des messages d'encouragement réguliers, leur communiquera des méthodes pour qu'ils améliorent leur rendement... Il adaptera donc sa politique, ses offres commerciales, et ses messages publicitaires en fonction des catégories d'affiliés. Une telle démarche est nécessaire afin d'instaurer une relation égalitaire fondée sur la confiance.

1145. Il en résulte que l'affilieur doit sans cesse innover afin que son réseau demeure compétitif. Son aptitude à se réinventer en permanence, à appréhender les attentes des

internauts, et à concevoir de nouveaux outils pour être présent partout et là où on l'attend le moins, sont autant d'éléments qui démontreront sa volonté d'asseoir sa position sur le web. S'il anime son réseau de façon efficace, des effets positifs en découleront sur le long terme. Mais, tout cela ne sera possible que si l'affilieur possède les qualités de flexibilité et de capacité d'adaptation.

e) L'obligation de payer le prix de la prestation

Les méthodes de calcul de la rémunération de l'affilié seront précisées au contrat, dans un souci de transparence (i), de même que les hypothèses donnant éventuellement droit à un complément de rémunération (ii) et les modalités de versement (iii). Par ailleurs, les risques de fraude afin de percevoir davantage de commissions ne seront pas pris à la légère par l'affilieur (iv).

i. Les méthodes de calcul de la rémunération

1146. Dans le cadre du contrat d'affiliation, l'affilieur doit rémunérer l'affilié car, celui-ci affiche des messages de promotion sur son propre site via des liens renvoyant vers celui de l'affilieur et qui, soit génèrent un chiffre d'affaires du fait des transactions effectuées, soit le feront connaître des internautes. L'affilieur profitant des retombées économiques de tels liens, il est normal qu'il rémunère son partenaire. Le prix correspondra au versement périodique d'une rémunération calculée selon certains critères et selon certaines méthodes, et variant dans le temps. La plupart du temps, la méthode de calcul de la rémunération sera déterminée arbitrairement par l'affilieur pour tous ses affiliés, pour des raisons pratiques. En effet, ayant en général des milliers d'affiliés, il ne peut individualiser pour chacun d'eux les modes de calcul. Le contrat d'affiliation n'étant pas encadré par la loi, l'affilieur s'accordera quelques libertés, sachant que lors des débuts de l'affiliation, la situation était proche de l'anarchie et que, depuis, une évolution s'est faite. Si autrefois, le prix n'avait pas son importance, aujourd'hui, il en est autrement. Car, ce qui importait pour l'affilieur était le succès commercial de son site grâce aux liens établis par l'affilié. A présent, les affilieurs ont changé d'attitude et cherchent à faire des économies : les taux des rémunérations sont des données essentielles. C'est pourquoi, ils les réduisent au minimum toléré par les affiliés, de façon à ce qu'il y ait ajustement par rapport à la marge bénéficiaire obtenue grâce aux transactions réalisées par les internautes.

1147. La détermination de la rémunération des affiliés fait ainsi l'objet d'une clause sensible. Le point le plus discuté est sa forme car, souvent, c'est une commission au « *paypersale* » (« PPS » ou « CPV », c'est-à-dire coût par vente en français) c'est-à-dire en fonction du chiffre d'affaires de l'affilieur, donc du pourcentage des commandes réalisées par son site grâce aux liens, et déterminé en fonction du nombre et du montant desdites commandes. Selon ce qui aura été décidé par l'affilieur, la rémunération de l'affilié pourra prendre la forme d'une commission sur la vente, hors frais et hors taxes, ou d'une commission proportionnelle à la marge nette générée hors taxes, ou encore d'un forfait librement déterminé. Le contrat d'affiliation étant un contrat d'adhésion, seul l'affilieur décide du type de rémunération. Hormis cet aspect qui illustre la primauté de l'affilieur sur l'affilié, le contrat d'affiliation reflète un partenariat équilibré. Le système de paiement au *paypersale* est le plus couramment utilisé, et notamment pour la vente de biens culturels¹. En intéressant directement l'affilié au montant de la transaction réalisée par l'internaute, l'affilié est motivé pour promouvoir davantage le site de son partenaire. La commission versée variera selon le type de bien ou de service visé, ainsi qu'en fonction des marges de l'affilieur. Ce système peut favoriser les affiliés de grande renommée qui verront transiter sur leurs sites de nombreux acheteurs potentiels. Toutefois, certains affilieurs peuvent exceptionnellement stipuler au contrat que la vente de certains produits ou services ne donnera pas lieu à versement d'une commission, ce qui peut paraître sévère pour les affiliés et qui risque de les démotiver.² Aujourd'hui, cela n'est pas envisageable, compte tenu de la forte concurrence entre affilieurs et de la crainte de faire fuir les affiliés.

Concernant certains produits et services tels que ceux impliquant une période de réflexion avant de les commander, en raison de leurs prix onéreux, et qui nécessitent une comparaison avec des produits ou services identiques ou similaires (par exemple :

¹ Il n'existe pas de définition précise des biens culturels. Peut être citée celle donnée en annexe du décret n° 93-124 du 29 janvier 1993 relatif aux biens culturels soumis à certaines restrictions de circulation, J.O.R.F. n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1600. Cette annexe énumère plusieurs catégories : les antiquités nationales et objets archéologiques ayant plus de cent ans d'âge ; les monnaies anciennes ne provenant pas directement de fouilles, de découvertes ou de sites archéologiques ; les éléments et fragments de décor d'immeubles par nature ou par destination, à caractère civil ou religieux et immeubles démantelés, ayant plus de 100 ans d'âge ; les aquarelles, les gouaches, les pastels, les dessins, les gravures, les estampes, les sérigraphies et lithographies originales, de plus de 50 ans d'âge (...). La Convention adoptée lors de la Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture (l'Unesco), réunie à Paris le 14 novembre 1970 et entrée en vigueur le 24 avril 1972, concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriétés illicites des biens culturels, reprend pour l'essentiel la liste précitée.

² Au début de son programme d'affiliation, la société *Amazon* ne rémunérait une vente que si elle s'effectuait sur le produit vers lequel pointait l'affilié.

les prestations de voyages, les achats de biens d'équipements, de biens informatiques, électroménagers, les achats entre professionnels...), l'internaute aura l'habitude de se renseigner avant de passer commande. C'est pourquoi, l'affilieur pourra prévoir au contrat d'affiliation que dans de telles circonstances, les conditions de rémunération de l'affilié seront inédites : la période d'achat sera déterminante pour calculer le montant de ses commissions. Ainsi, la commission sera par exemple due si la transaction s'effectue lors d'une autre visite de l'internaute sur le site de l'affilieur pendant une période de trente jours. Dans ce cas, le dispositif de tracking utilisé pour « tracer » les commandes sera utile. Si le paiement est fondé sur un système paypersale, une telle disposition peut aisément se comprendre. En revanche, s'il est fondé sur un système mixte, c'est-à-dire payperclick/paypersale, qui sera expliqué plus loin, les affiliés courent le risque de ne pas être payés si l'internaute ne revient pas ultérieurement sur le site de l'affilieur pour passer effectivement commande. Cela explique pourquoi un tel système de paiement est peu prisé des affiliés. Une autre mesure impopulaire consiste pour l'affilieur à ne rémunérer que les transactions générées par les nouveaux clients amenés par les affiliés, qu'il s'agisse d'achats, de clics sur les liens pointant vers son site, ou d'abonnements à une newsletter... Une telle distinction entre les nouveaux clients et les anciens paraît discriminatoire, en plus d'être injuste pour les affiliés qui considéreront avoir rempli leur mission et contribué au développement de l'activité de l'affilieur. De plus, si un internaute revient sur le site de l'affilieur, c'est qu'il est satisfait des offres proposées et, qu'en conséquence, une telle fidélisation permise grâce à l'affilié doit s'accompagner d'une récompense, matérialisée par le versement d'une commission. A ce titre, un système de primes ou de bonus au profit de l'affilié pourrait le stimuler.

1148. A côté du paypersale, il existe le système de la rémunération au clic ou « *payperclick* »¹ (« CPC », c'est-à-dire coût par clic ou « *cost per click* » en anglais) basée sur le nombre d'internautes ayant cliqué sur le lien hypertexte, le bouton ou le bandeau, et ayant visité le site de l'affilieur grâce à de tels éléments insérés sur le site de l'affilié. Ce système concerne notamment les sites de ventes aux enchères. Enfin, la rémunération peut se faire au prospect, c'est-à-dire au contact commercial ou « *payperlead* » (« CPL », c'est-à-dire coût par contact qualifié (CPC) ou « *cost per lead* » en anglais), en comptabilisant les internautes enregistrés par l'affilieur qui auront

¹ Dans le site www.24pm-affiliation.com, l'affilié ou « prescripteur » est rémunéré en fonction des visiteurs qu'il apporte au vendeur, l'affilieur.

complété un formulaire de demande d'informations, un devis, un questionnaire, un abonnement à une newsletter, une inscription à un jeu concours, ou encore qui auront téléchargé un logiciel... La rémunération se fera alors en fonction du profil des visiteurs recherché. Les sites de jeux d'argent en ligne, les services financiers et d'assurances, les sites éditoriaux ou à vocation publicitaire, ont souvent recours à ce mode de rémunération. Toutefois, ce système comme celui du payperclick fait souvent l'objet de fraudes de la part des affiliés, dans le but d'obtenir un maximum de rémunérations. Pour s'en prémunir, l'affilieur mentionnera au contrat les sanctions encourues et mettra en place un système efficace de contrôle du nombre de visites effectuées. Les trois systèmes précédemment décrits sont les plus fréquemment utilisés, sachant qu'il en existe d'autres tels qu'un système mixte combinant, par exemple, la rémunération au clic et celle basée sur les ventes effectivement réalisées. Une telle formule s'avère intéressante pour les « petits » affiliés qui reçoivent peu de visites sur leurs sites et qui peuvent quand même prétendre à une rémunération, même modique. Du côté des affiliés, il s'agit de les fidéliser en évitant que leur solde de commission due reste longtemps égal à zéro. Dans tous les cas, le choix de l'affilieur se fera en fonction de la nature de son activité.

1149. D'autres méthodes de calcul restent possibles telles que le paiement au « coût par mille » ou « CPM » : l'affilieur rémunère l'affilié par tranche de mille transactions effectuées sur son site grâce aux liens qu'il aura établis. Ce modèle de paiement est peu populaire en raison de la nécessité de faire un chiffre de mille affichages de publicités pour obtenir une commission.

Enfin, le système de rémunération basé sur le parrainage rétribue les affiliés qui parrainent d'autres affiliés.¹ Il permet à l'affilieur de développer son réseau sans qu'il ait besoin de faire la moindre démarche pour trouver de nouveaux affiliés. Pour inciter les affiliés au parrainage, il mettra en place un dispositif leur permettant de vérifier les performances de leurs affiliés-filleuls.

1150. Quelle que soit la méthode de calcul retenue, elle oriente l'affilié dans ses actions, en particulier lorsque le type de lien mis en oeuvre détermine le taux de

¹ Dans la pratique, l'affilié parrain perçoit une commission de l'ordre d'1 à 2 % sur les ventes réalisées par ses affiliés filleuls.

commission. A titre d'exemple, les transactions effectuées grâce à un lien direct pointant vers un produit ou service particulier donneront lieu à des commissions plus élevées que celles générées par des liens indirects. Une telle distinction est fondée sur le fait que les liens directs sont plus efficaces et nécessitent un effort particulier de contextualisation des produits de la part de l'affilié. Les affiliés soucieux d'accroître leurs revenus ne manqueront pas de multiplier de tels liens. De même, les commissions versées pourront varier en fonction de la nature du produit ou du service vendu sur le site de l'affilieur, ou selon que le prix affiché est promotionnel ou non... L'affilieur prendra soin de préciser au contrat les distinctions stratégiques opérées dans un but d'accroissement de son chiffre d'affaires. Le contrat d'affiliation étant un contrat de partenariat, ce qui lui sera bénéfique le sera également pour l'affilié. En règle générale, le recours à certains mécanismes de rémunération doit être envisagé avec prudence afin de ne pas faire fuir les candidats à l'affiliation. Car, les affiliés ne se gêneront pas pour mettre un terme à leur engagement si les conditions ne leur conviennent plus. Il est essentiel que chacune des parties y trouve son compte de façon égalitaire. De plus, quel que soit le mode de rémunération prévu, l'affilieur sera tenu de le payer conformément à ce qui aura été convenu au contrat. A défaut, il encourt une condamnation pour non-respect de cette obligation.¹

ii. Un complément de rémunération éventuel

1151. Des contrats d'affiliation prévoient parfois un complément de rémunération lorsque les affiliés ont pour obligation de recruter eux-mêmes un certain nombre d'affiliés, sous peine de résiliation. Une telle disposition est très sévère car, remet en cause toute une relation contractuelle pour un motif souvent indépendant de la volonté de l'affilié concerné. En effet, l'affilié peut effectuer convenablement sa prestation, à savoir établir des liens qui véhiculent de nombreux internautes en direction du site de l'affilieur. Mais, il peut également rencontrer des difficultés à trouver des personnes qui acceptent d'adhérer à un programme d'affiliation, en particulier, s'il s'avère qu'elles exercent une activité concurrente de celle de l'affilieur. Il s'agit davantage d'une question de chance, d'opportunité, que de compétences. D'où, la sévérité de la sanction lorsque le nombre de recrues est inférieur au nombre exigé au contrat. Un tel système de recrutement est qualifié d'affiliation « multiniveaux » mettant en évidence de nouveaux

¹ T. com. Paris, 17 septembre 2002, www.journal-dunet.com, 18 septembre 2002 : en l'espèce, le site d'e-commerce *pere-noel.fr* a été condamné car, refusait de payer les commissions dues à l'affilié, son partenaire, *eBuyClub*.

partenaires qui représentent autant de moyens de faire connaître l'affilieur sur les réseaux. D'une certaine façon, l'affilieur tisse sa toile sur l'Internet, ou plus exactement une pyramide. Le complément de rémunération se présentera le plus souvent sous la forme d'une somme fixe pour tout nouveau recrutement, ou d'une commission sur les gains des nouveaux affiliés. L'affilié est ici récompensé de ses initiatives qui ont permis d'augmenter les bénéfices de l'affilieur : il est associé à ses profits. Mais, dans certains cas, l'affilié n'est pas tenu de recruter d'autres partenaires : il ne s'agit que d'une faculté qui lui est ouverte.

1152. Enfin, sa rémunération sera éventuellement complétée par des primes ou des bonus destinés à le motiver et correspondant notamment à une ancienneté. Car, un réseau stimulé a pour effet d'augmenter les mouvements en direction du site de l'affilieur. Le profil des affiliés sera également déterminant : s'ils sont des commerçants, l'affilieur aura une attitude particulière à leur égard car, sont des professionnels.

iii. Les modalités de versement des sommes dues à l'affilié

1153. Il est conseillé de rédiger correctement la clause relative au versement des sommes dues à l'affilié pour éviter tout conflit ultérieur. Car, les sommes versées ne correspondent pas toujours à la réalité, en particulier lorsque certains affiliés ne permettront, via leurs liens hypertextes, qu'à un faible nombre d'internautes de se diriger vers le site de l'affilieur. Le flux généré étant faible, il est logique que l'affilié perçoive une commission qui l'est tout autant. Toutefois, dans certains cas, la somme à leur verser est tellement dérisoire -de l'ordre de quelques euros- que le contrat d'affiliation peut prévoir que la commission ne sera perçue qu'à compter d'un montant « plancher » déterminé par l'affilieur, afin d'éviter les micro-transactions au coût bancaire onéreux. Il s'agit d'un usage admis par la pratique qui retient un montant minimum entre vingt-cinq et cinquante euros environ car, l'opération doit être rentable pour les deux partenaires. C'est pourquoi, un seuil minimum de commissions sera fixé pour déclencher les paiements. L'affilieur ne reviendra sur les conditions de rémunération que si cela est prévu au contrat moyennant en général un délai de préavis de l'ordre d'un ou de deux mois maximum. La pratique révèle que lorsque le montant minimum à verser est élevé, il faut plusieurs trimestres, voire plusieurs années pour percevoir ses premières commissions, surtout si un faible nombre d'internautes transite

par le site de l'affilié avant de visiter celui de l'affilieur. Un avantage est toutefois relevé : l'affilieur fidélise les affiliés qui ne voudront perdre sous aucun prétexte leur encours de commissions dues. Pour y parvenir, ils resteront engagés avec l'affilieur pendant plusieurs années, afin de rentabiliser leur partenariat.

1154. Dans certains cas, les affiliés dont la réputation commerciale n'est plus à faire, exigeront le versement d'un minimum garanti quel que soit le nombre de clics, de transactions ou de contacts établis, afin de protéger leurs intérêts. Car, ils estimeront que même si leurs frais engagés ne sont pas conséquents, ils ont contribué au développement de l'activité de l'affilieur, et méritent à ce titre rémunération. Il est évident que tout cela sera précisé au contrat. A côté du montant des commissions, sera déterminée la périodicité de leur versement. Elle peut être mensuelle ou trimestrielle, au gré de l'affilieur pour des raisons comptables, ou des parties, si le contrat n'est pas d'adhésion, hypothèse rare dans la pratique. Afin d'avoir toutes les garanties, une facture sera exigée par l'affilieur, quel que soit le statut de l'affilié (personne morale, auto-entrepreneur, entrepreneur individuel, association) afin de l'identifier clairement, notamment par un numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, ou par son numéro d'inscription à la préfecture s'il a choisi le cadre de l'association.

iv. Les risques de fraude à envisager

1155. Quel que soit le mode de rémunération choisi, l'objectif de l'affilieur est de fidéliser l'affilié. Car, un affilié isolé ne peut pas faire grand-chose : en revanche, la masse des affiliés participe à l'essor de son activité. Afin d'entretenir un partenariat durable, l'affilieur s'adaptera aux offres de rémunération de ses concurrents et évitera les modes de rémunération pas assez gratifiants. Mais, des problèmes de fraude peuvent survenir dans certains cas. Ainsi, si le système adopté est celui du payperclick, l'infraction peut être constituée par le fait pour l'affilié ou ses complices de cliquer plusieurs fois sur les liens renvoyant vers le site de l'affilieur, afin de générer des commissions plus importantes. Or, de tels clics seraient purement artificiels et ne devraient pas être pris en compte car, manifestant la mauvaise foi de l'affilié, motivé par l'appât du gain. De même, si l'affilié est payé selon le mécanisme du payperlead, le risque de fraude existe également car, lui et ses complices peuvent remplir des questionnaires en fournissant de fausses informations (faux noms, fausse adresse...), sachant qu'une telle fraude peut être manuelle ou automatisée. Dans ce dernier

cas, l'affilié programme des robots pour cliquer à intervalles réguliers ou remplir des formulaires à la chaîne dans le but de multiplier ses commissions. Pour détecter les transactions fictives, il suffit d'identifier l'adresse IP (Internet Protocol) du propriétaire de l'ordinateur qui a complété le formulaire litigieux et qui a confirmé par mail l'opération. Il serait alors judicieux pour l'affilieur de subordonner le paiement des commissions à la vérification des données transmises. Enfin, si l'affilié est payé au paypersale, des problèmes sont possibles si des commandes sont réalisées par des cyber-acheteurs lors de leur seconde visite sur le site de l'affilieur, mais sans avoir été dirigés par les liens établis par l'affilié.

1156. D'autres types de fraudes consisteront pour un affilié à s'inscrire à un programme d'affiliation afin de commander lui-même un produit ou un service et de bénéficier d'une réduction *a posteriori*, grâce à la commission qu'il percevra sur la transaction réalisée. Un tel acte n'est pas très grave en soi, comparé à celui consistant pour un affilié à acheter un maximum de produits sur le site de l'affilieur pour ensuite annuler de tels achats pendant le délai de rétractation légal de sept jours francs (art. L. 121-20 du Code de consommation). En manœuvrant ainsi, il espère percevoir de nombreuses commissions. Or, afin de se protéger, l'affilieur avisé ne manquera pas de prévoir au contrat que le versement des commissions sera subordonné à la réalisation effective de la transaction, c'est-à-dire à l'expiration du délai légal de rétractation.

1157. Dans tous les cas, la sécurité est fondamentale pour l'affilieur : elle doit être optimale afin d'éviter les fraudes lors du décompte des opérations effectuées par l'affilié. Pour ce faire, l'affilieur optera pour des moyens techniques de contrôle pertinents et fiables, ainsi que pour un système de rémunération susceptible d'engendrer le moins possible des risques de fraudes, ce qui n'est pas toujours faisable dans la pratique, compte tenu des problèmes techniques de traçage qui peuvent en résulter. Il utilisera notamment des logiciels efficaces d'enregistrement des commissions. Le paypersale est le système qui semble le plus répondre à de telles exigences. Dans tous les cas, transparence et sécurité seront de rigueur afin d'éviter tout litige ultérieur. Le contrôle sera à double sens : il s'agira de contrôler à la fois le chiffre d'affaires réalisé par l'affilieur à la base de la rémunération de l'affilié, aux fins de le rassurer, ainsi que le nombre exact de clics, de visites ou de transactions effectuées sur le site de l'affilieur, afin de contrer tout risque de fraude avec tous les problèmes juridiques que cela suppose

(droit au respect des personnes, légalité de l'archivage des données, protection des données personnelles, présence de cookies...). Le rapport sur l'état du trafic (supra n° 1158) apportera quelques éléments de réponse avec une obligation : celle d'être fidèle à la réalité. Les données obtenues ne devront alors pas être discutables. Dans la pratique, il ne sera pas aisé d'instaurer un tel dispositif d'autant qu'il y a toujours une marge d'erreur à considérer, sans compter les risques de problèmes techniques. Le contrat d'affiliation contiendra une disposition dans ce sens et déterminera les solutions à envisager en cas de difficultés. Cette disposition informera les affiliés des conséquences des manœuvres frauduleuses et des sanctions encourues comme le non-paiement des opérations identifiées comme litigieuses, le paiement de dommages-intérêts dont le montant aura été préalablement fixé, la résiliation du contrat, la possibilité pour l'affilieur d'engager des poursuites judiciaires, voire l'inscription de l'affilié malhonnête sur une liste dite de fraudeurs¹... L'intérêt étant ici de sanctionner le détournement de l'objet de l'affiliation, notamment en générant des clics fictifs.

Afin d'éviter toute fraude, malversation ou tricherie, le contrat d'affiliation pourra renfermer la disposition suivante : *« Dans l'hypothèse où Eco-sapiens (l'Affilieur) détecte des actes ayant pour objectif de permettre une augmentation des revenus par l'intermédiaire de procédé contraire aux besoins d'Eco-sapiens (exemple : clic ne venant pas d'internautes consentants et/ou qui ont envie d'aller sur le site d'Eco-sapiens.com dans contrainte externe, participation à un jeu, obtention de données, d'informations, suite au clic sur le bandeau, liens...), Eco-sapiens (l'Affilieur) se réserve le droit d'arrêter l'accès au compte affilié et aux programmes et ne réalisera aucun versement des sommes en cours.*

Eco-sapiens (l'Affilieur) se réserve le droit de porter plainte, de demander le remboursement des sommes précédemment versées ainsi que des dommages et intérêts. La simple suspicion entraînera des mesures plus ou moins importantes, allant de l'avertissement jusqu'à la fermeture du compte de l'affilié, suivie ou non de poursuites judiciaires. »²

¹ A titre d'exemple, citons la liste « *clickfraud.com* ».

² Annexe n° 22 : Article 8 : « *Tricherie – Malversation* », *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « eco-SAPIENS »*, spécialiste des produits ayant une plus-value sociale ou environnementale, p. 3.

Une telle disposition laisse supposer que la preuve des transactions réalisées est primordiale et que les intérêts des partenaires doivent être sauvegardés. Elle révèle aussi que le contrat d'affiliation exprimant un nouveau mode de coopération économique sur Internet emprunte désormais beaucoup au droit commun des contrats. Enfin, des actions en fraude des droits de l'affilieur de la part d'un intermédiaire telle qu'une plate-forme d'affiliation sont également possibles : pour se protéger, l'affilieur prévoira au contrat l'engagement de sa responsabilité dans des hypothèses définies, notamment en cas de problèmes de sécurité, voire de vices internes que le titulaire de la plate-forme aurait dû déceler.

f) L'obligation de communiquer à l'affilié les rapports sur l'état du trafic

1158. Il s'agit du contrôle effectué par un comité de suivi, à l'instar de ce qui existe en matière d'outsourcing ou de maintenance. Sont contrôlés ici le déroulement de l'affiliation et le nombre de transactions réalisé (nombre de clics, de visites...). L'objectif étant de ne pas léser l'affilié sur le montant des commissions auquel il peut prétendre. Une clause sera insérée au contrat dans ce sens : elle mentionnera l'obligation de l'affilieur de lui communiquer un « rapport sur l'état du trafic » retraçant avec exactitude les mouvements en direction du site de l'affilieur, de façon périodique (en général, une fois par mois). Cela est révélateur d'un véritable partenariat et, par conséquent, d'une étroite collaboration entre les parties, quelles que soient les circonstances. Dans certains cas, il peut y avoir divergence entre le contenu du rapport et la réalité. Les difficultés restent donc nombreuses car, la seule indication du nombre de visites engendrées ne permet pas nécessairement de savoir si des transactions ont été conclues. Il convient alors d'élaborer un système précis de comptage du nombre de clics ou de visites et, le cas échéant, la liste des opérations effectuées ainsi que leur nature. Pour éviter les contradictions et les incohérences, l'affilié doit être en mesure de contrôler lui-même cet état, par exemple, en accédant directement aux statistiques de connexion et de commandes habituellement disponibles pour le seul affilieur. La fraude pouvant émaner de l'affilié (infra n° 1155 s.), l'affilieur sera enclin à mettre en place un tel système qui lui sera bénéfique. Le contrat prévoira une disposition dans ce sens : *« ProtectAssur (l'Affilieur) a développé un système de contrôle des modalités d'utilisation de son système d'affiliation. Ce contrôle vise à identifier toute tentative de fraude, notamment sur la réalisation de clics non valables, car non spontanés.*

Toute vente identifiée comme litigieuse sera décomptée des montants de commissions dues. En cas de fraude avérée de la part de l'affilié, ProtectAssur (l'Affilieur) résiliera de manière unilatérale le présent contrat et se réservera le droit d'engager à l'encontre du fraudeur toute procédure civile ou pénale permettant de défendre ses droits. »¹

g) L'interdiction de certaines pratiques

1159. Comme l'affilié, l'affilieur se doit d'avoir un comportement exemplaire sur les réseaux. Ainsi, il lui sera prohibé d'utiliser des techniques telles que le spamdexing, technique abusive de référencement auprès des moteurs de recherche : lorsqu'elle est utilisée par l'affilieur, c'est dans un but de promotion de son site d'e-commerce. Si les moteurs de recherche découvrent avoir fait l'objet d'une telle tromperie, ils pourront déréférencer son site et l'inscrire sur une liste noire. Pour prévenir de telles conséquences, les conditions générales des moteurs de recherche indiqueront les sanctions prévues en cas de tels comportements. De plus, le spamdexing faussant les résultats des moteurs de recherche constitutifs de systèmes de traitement automatisés de données au sens juridique du terme, il y a infraction (articles 323-1 et suivants du Code pénal²). Non seulement les moteurs de recherche en sont victimes, mais aussi les internautes qui les utilisent. Car, ces derniers se fient aux résultats apparaissant en tête de liste des moteurs présentant certains sites comme pertinents et répondant à leurs attentes en matière de produits ou de services. Or, l'apparence d'un tel référencement peut être contraire à la réalité, les internautes pouvant être victimes d'une tromperie volontaire de la part de l'affilieur, constitutive du délit de publicité trompeuse. Un tel comportement est inacceptable, l'affilieur se devant d'être transparent, loyal et de bonne foi à l'égard de tout client potentiel.

1160. Les sites Internet concurrents souffrent également de ces manœuvres illicites. Car, leur classement sur Internet ne reflète pas la réalité et a pour effet de détourner une clientèle qui devrait légitimement leur revenir. Dans une certaine mesure, le titulaire du

¹ Annexe n° 17 : Article 8, *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « ProtectAssur »*, spécialisée dans la vente d'assurance en ligne, p. 3. Dans le même sens : Annexe n° 16 : Article 8, *Contrat d'affiliation de la S.A. « Rue du Commerce »* vendant différents types de biens (informatique, high-tech, électroménager, mode, beauté, maison, jeux vidéo, jouets...), p. 3.

² Art. 323-1 C. Pén. : « *Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.* »

site spamdexé peut être lui-même victime de ces pratiques, notamment si le référencement est confié à un tiers professionnel qui n'hésitera pas à le faire de façon abusive afin qu'il soit satisfait de son classement. L'objectif poursuivi étant d'attirer une clientèle et de la conserver, peu importent les conséquences (déréférencement définitif par les moteurs de recherche, sanctions civiles et/ou pénales..). De même, le fait pour l'affilieur de répéter de façon abusive des mots-clefs dans le contenu du site de l'affilié, voire de tous les affiliés du réseau, ou de créer artificiellement des liens vers les sites affiliés afin d'accroître sa popularité, sont des pratiques strictement prohibées en ce qu'elles méconnaissent le droit de la concurrence.

1161. Quant au « *cloacking* », il s'agit encore d'une pratique interdite consistant à fournir aux moteurs de recherche (Seconde Partie, Titre I, Chapitre II) un contenu différent de celui qui sera affiché pour les internautes. Plus précisément, sont envoyés aux moteurs les meilleurs passages de la page recherchée, optimisés et mis en évidence en insérant des liens vers les pages sélectionnées pour arriver en tête des résultats. La page présentée n'a alors rien à voir avec ce qui devrait être prévu, ce qui fausse les résultats. Une telle tromperie est invisible des visiteurs et s'apparente au spamdexing.

Enfin, la technique dite de la « saturation par des intégrations multiples » est également prohibée. Elle consiste pour le titulaire d'un site à promouvoir -tel que l'affilieur- à proposer son contenu à de nombreux partenaires, les affiliés, qui possèdent des noms de domaine fréquemment sollicités par les internautes et qui seront donc répertoriés dans les premiers résultats des moteurs de recherche. Plus le nombre de pages que comporte le site de l'affilieur sera élevé, plus les possibilités pour celui-ci d'insérer leurs contenus seront grandes. Dès lors, son site apparaîtra en premier dans les résultats, ce qui renforcera la publicité sur les réseaux. Le contenu du site sera également intégré dans les sites affiliés, alors que la technique de l'affiliation implique que seuls des liens insérés sont censés renvoyer vers le site de l'affilieur. Ici, l'intérêt est d'obtenir une visibilité étendue, sans trop faire d'effort, et surtout, à moindre coût. Une telle pratique est illégale en ce qu'elle sature les pages de résultats des moteurs de recherche, sans motif légitime, et en ce qu'elle est anticoncurrentielle.

h) Une obligation qui n'en est pas une : celle de fidéliser et de motiver les affiliés

1162. Si l'affilieur n'a pas officiellement pour obligation de fidéliser les affiliés à son programme, ceux-ci étant libres de rompre à tout moment leur contrat, il est dans son intérêt de le faire quand même, afin de préserver son partenariat dont la logique est de susciter un intérêt mutuel des parties. A défaut, une telle collaboration serait vouée à l'échec et serait inutile. C'est pourquoi, l'affilieur doit s'efforcer de conserver ses liens avec les affiliés pour éviter qu'ils ne mettent un terme à leur accord de façon prématurée. C'est sans compter les frais occasionnés pour rien, l'insertion de chaque affilié aux programmes d'affiliation générant un coût d'une centaine d'euros, ce qui représente globalement une somme considérable. D'où, la nécessité de ne pas prendre à la légère ce devoir de fidélité. La fidélisation passera également par une politique de rémunération intéressante dépendant de la concurrence et de la renommée actuelle de l'affilieur. Si de nombreux programmes d'affiliation existent pour un domaine d'activités, l'affilieur aura tendance à verser des commissions importantes afin d'appâter les affiliés. Mais, dans certains cas, la tendance inverse se produira, dans la mesure où l'affilieur profitera de sa notoriété pour imposer ses règles de rémunération. Tout dépendra de sa politique, sachant que chacun y gagnera, y compris l'affilié qui bénéficiera de retombées positives sur son site, les internautes pouvant décider par la suite d'y effectuer des commandes.

1163. Politique de rémunération et obligation de fidéliser sont donc étroitement liées. La proposition de primes ou de bonus, par exemple liée à des concours de ventes ou à des campagnes ponctuelles, le versement de commissions par paliers, c'est-à-dire en fonction d'un seuil de visites, de clics ou de commandes franchi grâce à l'intervention de l'affilié, sont très stimulants et contribuent à l'amélioration de la collaboration entre partenaires. De tels efforts financiers de la part de l'affilieur ne sont donc pas vains : ils renforcent les liens et l'égalité des parties qui doit ressortir de tout partenariat. De plus, il est fréquent que la rémunération des affiliés évolue dans le temps selon les termes d'une stipulation contractuelle : si une faible rémunération est au départ prévue, il n'est pas rare qu'elle augmente par la suite afin de donner aux affiliés le sentiment d'être récompensés pour leur travail. Il en résulte une motivation induisant la fidélité au programme d'affiliation. Fidéliser les affiliés devient alors une nécessité : pour y parvenir, l'affilieur doit innover dans ce sens et entretenir un climat de confiance et de

transparence, digne d'un véritable partenariat. C'est le seul moyen pour que sa relation avec l'affilié dure et s'épanouisse sur le long terme.

4) Les obligations de l'affilié

L'affilié est tenu au respect de plusieurs obligations : être de bonne foi, loyal et transparent avec l'affilieur (a), établir des liens hypertextes en tenant compte de certaines règles (b), attirer les internautes (c) sans créer de confusion dans l'esprit du public (d). De plus, il doit respecter certaines règles et valeurs (e). Il y va de la réussite de son partenariat avec l'affilieur.

a) Les obligations de bonne foi, de loyauté et de transparence

1164. Le respect des obligations de bonne foi, de loyauté et de transparence à l'égard de l'affilieur apparaît nécessaire dans un contrat de partenariat fondé sur une relation égalitaire entre parties et sur une collaboration mutuelle. Car, ce n'est pas parce que l'affilieur a des milliers d'affiliés que ceux-ci en sont exonérés. Le respect de ces obligations est un gage d'équilibre et d'égalité des relations contractuelles. Pour qu'une collaboration soit des plus fructueuses et afin qu'il y ait un respect réciproque, la loyauté est essentielle. A défaut, c'est le partenariat tout entier qui risque d'en pâtir avec risque de décrédibiliser les parties et de perdre tout intérêt pour le projet d'affiliation. Or, un affilié de mauvaise foi devient infidèle et entraîne une perte de confiance de l'affilieur à son égard, avec risque de décider de mettre fin au contrat, sans ménagement (supra n° 1182 s.). Les relations contractuelles apparaissent alors très fragiles et doivent être préservées dans l'intérêt de chacun. D'où, la nécessité de garder à l'esprit une ligne de conduite afin d'éviter les situations de conflits latents.

b) Les obligations quant aux liens établis

1165. En premier lieu, l'affilié doit accepter les liens que l'affilieur met à sa disposition et qui seront insérés dans son site web¹ : il s'agira de liens simples ou « *surface linking* » renvoyant à la page d'accueil du site de l'affilieur, ou de liens multiples dirigeant l'internaute vers une page en particulier ou vers un type de produit. Ils pourront fonctionner à intervalles irréguliers, être temporaires, notamment

¹ *Les contrats du commerce électronique*, M. Vivant, Litec, 1999, n° 120, p. 139.

s'ils renvoient à une promotion qui, par définition, est limitée dans le temps. Le contrat ne manquera pas de rappeler l'ensemble de ces remarques : il y va de la réussite de la promotion du site de l'affilieur et de l'essence même de la mission de l'affilié. Une telle obligation ne se pose pas si l'affilié établit lui-même les liens en fonction des spécifications de son partenaire, quant à leur forme et quant à leur fond, et avec les moyens techniques fournis. Dans tous les cas, accepter les liens ne doit pas être perçu comme un acte contraignant, sinon comme l'expression d'une étroite collaboration entre les parties impliquant des relations réciproques et un travail d'équipe. Dès lors, l'établissement de liens par l'affilieur et leur acceptation par l'affilié illustrent équilibre et égalité. Cela n'exclut pas un droit de regard de l'affilié sur les liens imposés en raison de la nature même du contrat d'affiliation, contrat de partenariat. C'est pourquoi, certains contrats comporteront la mention selon laquelle l'affilieur établira lui-même les liens hypertextes qui pointeront sur son site, « *sauf à réserver à l'affilié un droit de contrôle minimum desdits liens* ». Quelle que soit l'hypothèse, l'affilié sera tenu des conséquences de toute mauvaise utilisation des liens ou de toute atteinte faite à leur égard.

1166. En second lieu, si l'affilié établit lui-même les liens, il ne devra utiliser que les éléments techniques, graphiques, visuels et sonores (bannières, logos, boutons, icônes...) communiqués par l'affilieur, sans faire de modifications¹, ni d'ajouts, et surtout, sans créer de confusion dans l'esprit du public entre son propre site et celui de son partenaire, afin de ne pas être poursuivi pour parasitisme. Ses liens seront présentés conformément aux prescriptions de l'affilieur : les termes utilisés devront être au préalable validés, de même que leur orthographe, pour ne pas évincer les droits des tiers, sous peine de poursuites pénales. Ils seront établis en « *bon père de famille* », selon les normes de conception imposées, et devront fonctionner et renvoyer directement vers le site de l'affilieur : si le lien est inactif, l'affilié sera considéré comme n'ayant pas accompli sa mission. Les liens seront encore mis en valeur selon le contexte choisi, de façon à susciter un intérêt chez le visiteur. Autrement dit, les pages qui les accueilleront répondront à certaines qualités, comme ne pas renfermer des éléments contraires à la loi, à l'ordre public, aux bonnes mœurs, aux usages commerciaux ou portant atteinte aux droits des tiers. Si elles sont modifiées de façon notable, bouleversant « l'état d'esprit » du site de l'affilié, sa destination, l'affilieur doit

¹ Par exemple, le logo utilisé par l'affilié ne pourra être modifié dans sa forme, sa couleur, son élément textuel...

en être informé dans les meilleurs délais car, la donne n'est plus la même. En effet, l'affilieur s'engage au départ avec une personne qui a un site répondant à ses exigences : si ce site évolue de manière telle qu'il est aux antipodes de ce qu'il attend, il n'aura pas d'autre choix que de s'en séparer. Une disposition dissuasive dans ce sens sera insérée au contrat. Cela s'explique par le fait que le site de l'affilié est en quelque sorte une première vitrine avant d'accéder à celui de l'affilieur, tremplin de son activité commerciale. Il doit donc « marquer le coup » et révéler une qualité certaine des éléments présentés. Chacune des parties conservera ses droits de propriété intellectuelle sur ses éléments propres figurant sur son site, éléments à la base ou non des liens établis (marques, logos, photos, dessins...) (supra n° 1196 s.), ce qui implique que l'affilié ne disposera que d'un droit d'usage limité dans le temps sur les éléments fournis par l'affilieur pour remplir son rôle, sauf autorisation expresse et préalable.¹ Aucune licence ne sera conférée, y compris une licence implicite d'utilisation car, ce qui n'est pas permis n'est pas forcément autorisé. A défaut de stipulation contractuelle sur ce point, il faudra rechercher l'intention des parties. Dans tous les cas, les liens seront utilisés dans un but de promotion du site de l'affilieur, et seront supprimés ceux que l'affilieur estimera nécessaires, notamment lorsque les offres commerciales auxquelles ils renvoient n'existeront plus.

1167. Afin de protéger ses droits de propriété intellectuelle, aucune cession ne sera autorisée en la matière, et l'affilieur se réservera le droit de mettre fin au partenariat, à tout moment, en cas de comportement contraire. Car, l'ensemble des droits attachés aux éléments mis en ligne sur le site de l'affilié représente la valeur principale du fonds de commerce virtuel de l'affilieur que constitue son site web². Or, ces éléments n'échappent pas à un encadrement juridique. Enfin, l'affilié qui conçoit les liens se voit implicitement autoriser par l'employeur de pointer vers son site, donc vers sa « propriété ». Une telle autorisation est importante car, à défaut, des sanctions pénales seraient encourues. Le fait que l'objet du contrat d'affiliation soit notamment de concevoir des liens en direction d'un site cible ne signifie pas pour autant qu'ils doivent

¹ Les Conditions Générales d'adhésion au Contrat d'affiliation *Amazon.com* précisent à l'article 9 : « Nous Vous accordons un **droit non exclusif et révocable** à utiliser l'élément graphique et le texte décrits à l'Article 8 et toutes autres images pour lesquelles Nous Vous accordons une autorisation expresse, uniquement afin d'identifier votre Site comme celui d'un Partenaire au Programme et pour faciliter les ventes de Produits. Vous ne pourrez modifier ni l'élément graphique, ni le texte, ni aucune de nos autres images, de quelque façon que ce soit. Amazon et ses Affiliés demeureront seuls propriétaires des droits afférents à l'élément graphique, au texte, à toutes autres images ainsi que nos noms de marque et marques, et tous autres droits de propriété intellectuelle... »

² La notion de fonds de commerce virtuel, R. Desgorces, Comm. Com. Electr., chron. 6 mars 2000, p. 14.

être élaborés au mépris du respect de certaines règles. En d'autres termes, le partenariat n'autorise pas tout.

c) L'obligation d'attirer les internautes

1168. L'affilié doit agir comme un catalyseur de clientèle, c'est-à-dire doit l'attirer en suscitant un intérêt chez elle. Les liens hypertextes seront utilisés dans ce but comme outils déclencheurs et accélérateurs de la réaction voulue, à savoir la visite d'internautes sur le site de l'affilieur, et, au mieux, la réalisation de commandes. Dans tous les cas, cette mission doit s'effectuer en toute loyauté, en respectant les règles de l'Internet et en faisant usage des techniques autorisées, ce qui exclut le spamming, le spamdexing ou tout autre moyen de collecte d'informations, illicite et déloyal (supra n° 1170 s.). Afin d'attirer les internautes, l'affilié devra bien connaître les exigences de son partenaire, son activité, les produits et services à mettre en évidence, ainsi que la configuration de son site d'e-commerce. A défaut, il ne pourra être performant. Pour le rester et faire face à la rude concurrence sur les réseaux, il devra innover et susciter l'intérêt du public, en créant des liens de qualité, incitant les utilisateurs du web à prendre la direction indiquée et à ne pas fuir vers la direction opposée. Il s'agit d'un travail constant de remise en question qui doit être fait tant par l'affilié que par l'affilieur. Attirer les internautes est donc plus qu'une obligation : c'est une véritable stratégie pour optimiser la relation entre les partenaires.

d) L'obligation de ne pas créer de confusion dans l'esprit du public

1169. L'affilié doit s'assurer qu'il n'y a pas de confusion dans l'esprit de l'internaute entre lui et son partenaire. En d'autres termes, il doit comprendre qu'il conclut une transaction avec le seul affilieur. Dans ce but, une information préalable sera communiquée aux internautes transitant par le site de l'affilié avant de cliquer sur le lien les orientant vers celui de l'affilieur. Concrètement, ce lien sera présenté de façon telle qu'il n'y aura aucun doute quant à l'identité du titulaire du site concerné. Ainsi, aucun élément ne devra permettre la confusion entre le site de l'affilié et celui de l'affilieur. L'intérêt étant d'éviter toute forme de parasitisme, peu importe qu'elle soit involontaire et que l'affilié soit de bonne foi car, les conséquences en seraient catastrophiques pour l'activité de l'affilieur. De telles recommandations sont valables dans l'hypothèse où l'affilié exercerait une activité dans un domaine différent de celui de son partenaire car,

en apparaissant aux yeux des tiers comme étant l'affilieur, il sera considéré comme usurpant sa notoriété et/ou les techniques qui ont fait sa réputation, ce qui est prohibé. Outre le fait que de tels comportements seraient anti-concurrentiels, la confiance de l'affilieur serait sérieusement ébranlée, ce qui conduirait à la résiliation du contrat pour non-respect des obligations, notamment celles de loyauté et de bonne foi. C'est pourquoi, la présentation de l'affilieur doit être sans équivoque.

e) Le respect de certaines règles et valeurs éthiques

En adhérant à un programme d'affiliation, l'affilié s'engage à respecter les valeurs de l'affilieur, des codes de bonne conduite, notamment en matière de publicité (i), les règles de savoir-vivre sur Internet (ii), et à effectuer certaines démarches administratives (iii)... C'est sans compter le fait que, s'il est un professionnel, il devra former son personnel à la connaissance de l'ensemble de ces règles.

i. Les règles à respecter en matière de publicité

1170. En matière de publicité, l'affilié est tenu d'appliquer les règles relatives à l'interdiction de la publicité mensongère ou trompeuse, sachant qu'il n'est pas évident de faire la distinction entre la publicité et la simple information, notamment parce que la plupart des textes ne donne pas de définition précise de la publicité. Ils n'en font référence que pour sanctionner les actes illicites.¹ Il faut se référer aux textes européens, à la jurisprudence et à quelques textes particuliers pour avoir une définition de la publicité. Ainsi, une directive du 10 septembre 1984 définit, dans son article 2, la publicité comme « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité

¹ Ainsi, la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite « Loi Royer », J.O.R.F. du 30 décembre 1973, p. 14139, définit en son article 44-1, la publicité trompeuse. De même, l'art. L. 121-1 du C. consom. (« Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes : lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif ou concurrent ; lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants (...) ») ou l'art. 6 du Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 (relative à la liberté de communication, dite « Loi Léotard », J.O.R.F. du 1^{er} octobre 1986, p. 11755), et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat (J.O.R.F. n° 75 du 28 mars 1992), font référence à la publicité pour sanctionner la publicité trompeuse : « La publicité doit être conçue dans le respect des intérêts des consommateurs. Toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur les consommateurs est interdite. » Notons que le décret du 27 mars 1992 a été modifié par le décret n° 2003-960 du 7 octobre 2003 (J.O.R.F. n° 233 du 8 octobre 2003, p. 17189, texte n° 38).

commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et obligations. »¹ L'article 3 d'une loi du 29 décembre 1979² définit la publicité comme : « *toute inscription, forme ou image destinée à informer le public ou à attirer son attention.* »

Quant à la jurisprudence, elle définit la publicité comme « *tout document commercial dont les indications et la présentation permettent aux clients potentiels auprès desquels il est diffusé de se former une opinion sur les résultats du bien ou du service proposé* »³ et, plus récemment, comme « *tout moyen d'information permettant aux consommateurs de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services qui leur sont proposés* »⁴, pour tenir compte de la réalité de la publicité sur Internet. A ce titre, la plupart des contrats d'affiliation contiennent des dispositions exigeant de l'affilié de promouvoir véritablement l'activité de son partenaire. Il ne se contentera donc pas d'établir des liens qui renvoient vers son site ; il devra s'engager à ne pas dénigrer les produits et services mis en ligne. Toute présentation dévalorisante sera ainsi prohibée : l'affilié jouera alors un rôle actif dans la mise en valeur du site de l'affilieur, ainsi qu'au niveau de sa publicité. S'agissant de cette dernière, deux éléments sont déterminants : la finalité du message publicitaire et sa destination. Toutefois, malgré une telle définition, il n'est pas toujours aisé de distinguer le message publicitaire du message d'information, en particulier lorsqu'il est diffusé sous la forme d'un lien hypertexte. D'autres textes devront être respectés par l'affilié, tels que la loi du 29 janvier 1993 dite « *Loi Sapin* »⁵, complétée par une circulaire du 19 septembre 1994⁶, le Code

¹ Directive n° 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse, J.O.C.E. n° L 250 du 19 septembre 1984, p. 17-20.

² Loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes visibles de toute voie ouverte à la circulation publique, J.O.R.F. du 30 décembre 1979, p. 3314, modifiée par la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, J.O.R.F. du 4 juillet 1985, p. 7495.

³ Cass. crim., 12 novembre 1986, n° 85-95.538, Bull. crim. n° 335. Cass. crim., 23 mars 1994, n° 92-86.351, Bull. crim. n° 114 ; D. 1994, IR 131 ; RTD com. 1994, 589, obs. Bouzat ; JCP E 1994, pan. 545.

⁴ CA Bordeaux, 3^{ème} ch., 29 avril 1997, confirmé par Cass. crim., 6 mai 1998, n° 97-83.023, NP, RSC 1999, 116, obs. Giudicelli ; Gaz. Pal. 1998, 153 ; Lamy Droit économique, bull. d'actualité, juillet 1998, n° 108, p. 11, confirmé par CEDH, 26 juin 2003, n° 45-019/98.

⁵ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « *Loi Sapin* », J.O.R.F. n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1588, entrée en vigueur le 31 mars 1993.

⁶ Circulaire d'application du 19 septembre 1994 relative à la transparence et à la non-discrimination dans la publicité, J.O.R.F. n° 227 du 30 septembre 1994, p 13827.

international des pratiques loyales en matière de publicité, la loi du 4 août 1994 dite « *Loi Toubon* »¹, ainsi que son décret d'application.²

ii. Le respect des règles de savoir-vivre sur Internet et les pratiques prohibées

Il s'agit pour l'affilié de respecter des codes de bonne conduite (α), la législation en matière de cookies (β) ainsi que la vie privée des internautes, notamment en ne faisant pas usage de certaines pratiques prohibées (γ).

α . Les codes de bonne conduite

1171. Il s'agit ici pour l'affilié de respecter des normes telles que la nétiquette³ et, de manière générale, les codes de déontologie⁴, les règles de conduite, de courtoisie et de respect d'autrui qui gouvernent l'Internet... en un mot, des règles de savoir-vivre comme il en existe dans le monde analogique et qui reprennent souvent les termes de la loi. Leur but est notamment de protéger la vie privée des internautes en encadrant la collecte de leurs données personnelles. L'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ARPP)⁵ a également élaboré un code de déontologie sur ce thème⁶ : l'idée est que la collecte et l'utilisation des informations des internautes, telles que leurs adresses

¹ Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, dite « *Loi Toubon* », J.O.R.F. n° 180 du 5 août 1994, p. 1392, complétée par les circulaires du 19 mars 1996 concernant son application (J.O.R.F. n° 68 du 20 mars 1996, p. 4258) et du 6 mars 1997 relative à l'emploi du français dans les systèmes d'information et de communication des administrations et établissements publics de l'Etat (J.O.R.F. n° 67 du 20 mars 1996, p. 4359).

² Décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, J.O.R.F. n° 55 du 5 mars 1995, p. 3514.

³ La nétiquette est un ensemble de règles à respecter sur les réseaux, une charte de bonne conduite. Le terme « *netiquette* » est constitué de trois mots : « *Net* » qui est la contraction d'Internet, « *éthique* » et « *étiquette* ». Le document officiel définissant les règles de la nétiquette est la RFC (Request For Comments) 1855, rédigé par Sally Hambridge de la société Intel et diffusé en octobre 1995. Le problème de la nétiquette est qu'elle n'a pas été actualisée pour couvrir des médias tels que les forums, les wikis (sites web dont les pages comportent des hyperliens les uns vers les autres et modifiables par les visiteurs afin d'enrichir sans cesse les documents numériques qui y sont contenus), les blogs, les vidéo-conférences, ou les technologies tels que le VoIP (« *Voice over Internet Protocol* » traduit par la « voix sur IP », ou technique qui permet de communiquer par la voix via l'Internet ou tout autre réseau acceptant le protocole TCP/IP)... qui n'existaient pas au moment de la création d'Internet.

⁴ A titre d'exemple, citons la *Charte de l'e-mailing* qui est un Code relatif à l'utilisation de coordonnées électroniques à des fins de prospection directe de l'Union Française du Marketing Direct (UFMD) du 31 mars 2005, ou le *Code de déontologie de la communication directe électronique* du Syndicat National de la Communication Directe (SNCD) du 22 mars 2005.

⁵ Anciennement appelée le Bureau de Vérification de la Publicité (BVP) jusqu'en juin 2008.

⁶ Il s'agit du *Code de déontologie pour la publicité en ligne* d'avril 2005, contenu dans un chapitre de la recommandation d'avril 2005 de l'ARPP intitulé « *Respect de la vie privée des internautes et de l'utilisation des données* ».

électroniques, sont autorisées si sont conformes à la loi.¹ Elles doivent être effectuées de façon loyale et transparente, et les internautes doivent être informés de leur finalité, ainsi que de l'existence et des modalités d'exercice des droits d'accès, d'opposition et de rectification. Ils doivent être en mesure de manifester leur consentement au traitement de leurs données. La cession de ces dernières à un tiers doit leur être signalée, et s'ils souhaitent se retirer de la liste des données concernée, ils doivent pouvoir le faire facilement et obtenir un retrait rapide. Des règles similaires existent aux Etats-Unis.² Car, la confiance est de rigueur entre les acteurs de l'Internet : avec la transparence, elles constituent les clés d'un bon partenariat. S'agissant des courriers électroniques envoyés par des professionnels, ils devront être clairs et honnêtes dans leur objet et identifier leurs émetteurs. En particulier, ils contiendront ou renverront vers un texte expliquant la politique en matière de protection de la vie privée. L'objectif étant d'informer l'internaute, quel que soit le cas de figure. Du suivi de ces règles dépendra la poursuite des relations entre affilié et affilié. Aussi, le comportement de ce dernier devra être exemplaire sur les réseaux et respectueux des internautes et des valeurs de la société à laquelle il appartient. Car, l'affilié entend contracter avec une personne « recommandable ». De telles exigences n'ont rien à voir avec celles propres à l'*intuitus personae*, la considération de la personne de l'affilié important peu : ce qui importe est que le partenariat soit guidé par une ligne de conduite commune. L'affilié ne manquera pas de préciser au contrat d'affiliation les règles à respecter par son partenaire, et cela, en toute exhaustivité, afin d'envisager un maximum de situations. Au fur et à mesure qu'apparaîtront de nouveaux phénomènes litigieux sur Internet, sera constaté un enrichissement des règles existant pour y faire face.

β. Le cas des cookies

1172. Prospecter des clients implique de mettre en place une publicité à leur attention. Lorsque cette prospection a lieu sur Internet, il est possible de passer outre cette publicité et de gagner un temps précieux, notamment en utilisant les cookies. Si ces derniers sont par principe autorisés, c'est sous réserve de respecter certaines règles. Ces

¹ « La collecte de données personnelles, ainsi que l'envoi de messages publicitaires par courrier électronique doivent être conformes à la réglementation en vigueur. », in *Code de déontologie pour la publicité en ligne*, précité.

² Il s'agit de la *Charte américaine de l'e-mail marketing* rédigée par des associations professionnelles américaines et fondée sur l'autorégulation : la *Direct Marketing Association* (DMA), l'*American Association of Advertising Agencies* (AAAA) et l'*Association of National Advertisers* (ANA) : toutes les trois sont représentatives du plus grand nombre des agences de marketing direct en ligne et de publicité américaines.

fichiers émis par certains sites d'e-commerce dont le but est de laisser sur le disque dur de l'utilisateur une trace de leur passage, sont invisibles. Lors d'un nouveau passage, ces fichiers sont reconnus, fournissant des informations sur la fréquence et les habitudes de connexion. Ils collectent des informations personnelles échangées avec un serveur web et déterminent ainsi le profil commercial des internautes, ce qui facilite la tâche des cybercommerçants qui connaissent mieux leurs cibles et qui seront plus à même d'adapter leurs sites et leurs offres en fonction. Un affilié peut utiliser des cookies pour promouvoir le site de l'affilieur, à condition que cela soit effectué dans les conditions légales. Ce ne sera pas le cas si certaines informations ne sont pas communiquées à l'internaute, telles que la finalité du cookie, sa durée de validité, la possibilité de le refuser¹, de le désactiver et de l'effacer avec ses conséquences... Les cookies ne seront prohibés en tant que pratique déloyale et illicite que s'ils sont implantés sur l'ordinateur de l'internaute, à son insu. Autrement dit, l'internaute doit avoir reçu des informations claires et précises de la part des sites web tels que ceux des affiliés. Le droit européen a également prévu des dispositions en la matière.² Les cookies appelés « *témoins de connexion* » ainsi que « *tout dispositif analogue* » doivent être installés en toute transparence sur les équipements informatiques, et les internautes doivent donner leur accord au stockage d'informations sur leur disque dur et à leur accès. Le but étant de protéger leur vie privée contre les logiciels malveillants comme les virus, et contre les cookies qui ne répondent pas aux conditions légales. Ils doivent également pouvoir accéder facilement aux informations enregistrées afin de les vérifier, de les faire vérifier et/ou de les supprimer.

¹ *Je monte un site internet*, C.N.I.L. Il s'agit de recommandations pratiques.

http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/declarer/mode_d-emploi/declarer_internet.pdf

² Directive n° 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, dite « *Directive vie privée et communications électroniques* », J.O.C.E. n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 37-47. Cette directive aborde la question de la finalité des cookies. Elle est modifiée par la directive n° 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications (J.O.C.E. n° L 105 du 13 avril 2006, p. 54-63), et par la directive n° 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 (J.O.C.E. n° L 337 du 18 décembre 2009, p. 11-36) modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (dite « *Directive service universel* », J.O.C.E. n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51-77), et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs (J.O.C.E. n° L 337 du 18 décembre 2009, p. 11-36). Elle est en outre liée à la directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (J.O.C.E. n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31-50).

1173. Dans le cadre de l'affiliation, il n'est pas rare que des services d'échanges de fichiers contiennent des cookies, permettant de collecter des données personnelles (telles que leurs adresses e-mail), sans que les internautes ne le sachent. S'ils sont effectués au mépris des textes en vigueur, ils seront sanctionnés civilement pour atteinte à la vie privée des tiers¹, et pénalement pour collecte illicite et accès ou maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé des données respectivement prohibés aux articles 226-18² et 323-1³ du Code pénal. La jurisprudence considère que, pour que le premier délit soit constitué, « *il faut non seulement que des données aient été collectées par des moyens frauduleux, déloyaux ou illicites, mais encore que ces données soient enregistrées ou conservées dans un fichier, qu'il soit ou non automatisé.* »⁴ Par conséquent, l'affilié est tenu d'avertir les internautes de la présence de cookies. A défaut, il risque de se mettre dans l'illégalité et d'encourir des sanctions à la fois pour manquement aux dispositions légales et aux stipulations contractuelles.

γ. Le respect de la vie privée ou l'interdiction du spamming et des techniques dérivées

1174. Il s'agira pour l'affilié de ne pas faire usage du spam ou du spamdexing. Le « *spam* » est un courrier indésirable et la technique du spamming consiste à envoyer à une multitude d'internautes des e-mails non sollicités, en général dans un but publicitaire. Ainsi, l'affilié qui enverrait des spams à des milliers d'internautes afin de promouvoir le site de l'affilieur, serait coupable d'une pratique abusive et illicite. Le pourriel publicitaire⁵ représente l'une des techniques dérivées du spamming publicitaire et se définit comme le fait d'envoyer de nombreux messages aux utilisateurs de l'Internet. Leurs émetteurs utilisant la plupart du temps les ressources informatiques d'autrui et de façon frauduleuse, via des machines puissantes, pour envoyer une quantité considérable de messages simultanément. Quoiqu'il en soit, le pourriel permet d'engendrer des revenus importants car, les internautes passent souvent

¹ Art. 9 al. 1^{er} C. civ. : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* ».

² Art. 226-18 C. pén. : « *Le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.* »

³ Art. 323-1 C. pén. : « *Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.* »

⁴ Cass. crim., 3 novembre 1987, n° 87-83.429, Bull. crim., n° 382 ; D. 1988, n° 1, 17, note H. Maisl ; JCP G 1988, doct. n° 3323, note J. Frayssinet ; Gaz. Pal. 2 avril 1988, n° 92-93, note J.-P. Doucet.

⁵ Le terme « *pourriel* » est composé de la contraction des mots « *poubelle* » et « *courriel* ».

commande suite à sa réception. En effet, même s'ils n'y prêtent pas toujours attention, voire les supprime immédiatement, à force de « matraquage », ils finissent par « craquer » et par acheter des articles dont la promotion est mise en évidence. Si la prospection directe est autorisée en tant qu'elle consiste à « *promouvoir directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services* »¹, le spamming ne l'est pas et fait l'objet d'une lutte de la part des autorités², y compris étrangères.³ Bien entendu, comme la prospection directe aura pour objet d'utiliser et d'exploiter des données personnelles, elle sera non seulement soumise à la loi informatique et libertés, mais aussi aux formalités préalables de déclaration ou d'autorisation auprès de la C.N.I.L. (Commission Nationale Informatique et Libertés) et, plus précisément, à une déclaration simplifiée par simple engagement de conformité.⁴ A l'inverse, le spamming ne respecte pas de telles procédures, encore moins les données personnelles des internautes, et c'est ce qui le rend illicite. Si au départ, le spamming n'était pas juridiquement encadré, il a fallu vite réagir car, constituait un fléau à endiguer.⁵ C'est ainsi que pour le sanctionner du fait des préjudices subis, la jurisprudence a invoqué des infractions telles que l'atteinte aux systèmes de traitement automatisé des données (art. 323-1 C. pén.) ou l'entrave aux

¹ cf. : art. L. 34-5 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE).

² A titre d'exemple, la C.N.I.L. lutte depuis plusieurs années contre le fléau que constitue le spamming au moyen de la « *boîte à spam électronique* ». Créée en fin d'année 2002, la « *boîte à spam* » électronique a pour objet de recueillir les plaintes des internautes victimes de spamming, afin de dénoncer ensuite les infractions aux autorités. Depuis le 10 mai 2007, les internautes peuvent signaler d'un simple clic les spams dont ils sont victimes en passant par une plate-forme nationale, le service « *Signal Spam* », créée à l'initiative des pouvoirs publics, des organisations professionnelles et des entreprises privées.

³ De nombreux pays condamnent le spamming tels que les Etats-Unis qui ont adopté une législation spécifique en la matière. Il s'agit de la loi *Can-spam Act* ou *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act* de 2003, entrée en vigueur aux Etats-Unis le 1^{er} janvier 2004. Elle prévoit une série de mesures de lutte contre le spamming telles que la création d'une « *liste rouge* » du spam dans la même lignée que la « *boîte à spam* » de la C.N.I.L.

⁴ Il s'agit de la procédure prévue par la norme simplifiée n° 48 : délibération n° 2005-112 du 7 juin 2005 portant création d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel relatifs à la gestion des fichiers de clients et de prospects et portant abrogation des normes simplifiées 11, 17 et 25, J.O.R.F. n° 149 du 28 juin 2005. Le but étant de simplifier les démarches des entreprises quand elles mettent en œuvre un fichier clients et prospects. La nouveauté de cette norme est qu'elle inclut désormais la collecte des données par le biais d'Internet ainsi que la prospection commerciale par voie électronique. Est simplifiée la déclaration des fichiers qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés des personnes. La norme n° 48 reprend les grands principes de la C.N.I.L. en matière de marketing direct, notamment pour l'envoi de sollicitations par e-mail ou par SMS, et pour la commercialisation des fichiers d'adresses électroniques.

⁵ *Spam et prospection commerciale : pas de vide juridique mais des modifications nécessaires*, E. Barbry, Gaz. Pal., 22 avril 2004, p. 113. *Les communications commerciales électroniques non sollicitées à l'épreuve de la loi pour la confiance en l'économie numérique*, dans Mémoire soutenu sous la direction de Mme A.-M. Leroyer, sept. 2004, Prix ADIJ 2005, n° 4, avril 2005, RLDI. *Prospection commerciale par courrier électronique : le nouvel article L. 121-20-5 du Code de la consommation*, LÉGIPRESSE, n° 215, octobre 2004.

systemes informatiques des destinataires des mails (art. 323-2 C. pén.¹). En effet, le spamming pose non seulement le problème de la licéité de la collecte d'informations personnelles des internautes, donc le respect de la fameuse loi informatique et libertés du 6 janvier 1978², mais également le problème de l'intrusion dans les systemes informatiques, sans autorisation de leur titulaire, dans un but de récupération de données. Des données personnelles telles que les adresses électroniques des internautes permettent de les identifier en tant que personnes physiques, bénéficiant d'une protection renforcée par le droit français. Or, en utilisant de telles données sans y avoir été invité, il est porté atteinte à leur vie privée dont le respect est consacré par de nombreux textes.³ Tous les comportements d'atteinte à la vie privée sont visés. C'est pourquoi, la C.N.I.L. et le législateur entendent lutter contre de telles pratiques définies comme « *l'envoi massif, et parfois répété, de courriers électroniques non sollicités, à des personnes avec lesquelles l'expéditeur n'a jamais eu de contact et dont il a capté l'adresse électronique de façon irrégulière.* »⁴ Doivent être relevés plusieurs éléments : l'envoi unique et massif de messages à de nombreux destinataires qui n'ont rien demandé, et surtout, à l'initiative d'une seule personne, le « spammer ». Une telle technique n'a rien à voir avec la prospection directe commerciale autorisée en tant que pratique licite et règlementée par la loi informatique et libertés, ainsi que par la loi pour la confiance dans l'économie numérique, dite LCEN.⁵ La captation frauduleuse d'adresses est mise en avant et est sanctionnée, de même que le fait que les expéditeurs ne se sont jamais manifestés auprès des destinataires pour leur donner la possibilité de

¹ Art. 323-2 C. pén. : « *Le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.* »

² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite « *Loi informatique et libertés* », J.O.R.F. du 7 janvier 1978, et rectificatif au J.O.R.F. du 25 janvier 1978, p. 227, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, J.O.R.F. du 7 août 2004.

³ Directive n° 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, dite « *Directive vie privée et communications électroniques* », J.O.C.E. n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 37-47.

Les articles 226-1 à 226-7 du Code pénal sanctionnent également les atteintes à la vie privée, le premier disposant : « *Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui (...)* ».

L'atteinte au secret des correspondances est quant à elle prévue par l'art. 226-15 C. pén., et les atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques, par les art. 226-16 à 226-14 C. pén. L'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales protège le droit à la vie privée (« *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.* »), de même que l'art. 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 : « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation (...)* ».

⁴ Il s'agit de la dernière définition du spamming ou du spam par la C.N.I.L., mise en ligne sur son site : <http://www.cnil.fr/>

⁵ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dite « *Loi LCEN* », J.O.R.F. n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168.

s'opposer à un tel envoi en nombre de messages. L'affilieur ne souhaite pas être associé à de telles pratiques car, cela nuirait à son image et le rendrait complice, en particulier si celles-ci sont effectuées dans le but de promouvoir son site d'e-commerce. L'effet obtenu serait contraire à celui recherché. De plus, l'affilieur ne souhaite pas recevoir l'étiquette de celui qui menace ou qui contribue à menacer l'identité numérique des tiers.¹

1175. Bien évidemment, on est loin d'une responsabilité de la même lignée que les responsabilités du fait d'autrui prévues par le Code civil (telles que la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés : art. 1384 al. 5 C. civ.). Mais, peut-être qu'une responsabilité de l'affilieur du fait de l'affilié pourrait voir le jour dans un avenir proche, si l'affilié use de pratiques illégales dans le seul but de faire connaître l'affilieur... Après tout, les responsabilités traditionnelles du fait d'autrui sont le résultat d'une longue évolution.

1176. Quant au « *spamdexing* »², il vise l'ensemble des techniques et des méthodes abusives de référencement auprès des moteurs de recherche en ce qu'elles portent atteinte à l'intérêt des internautes, c'est-à-dire aux clients potentiels de l'affilieur. Elles trompent les moteurs de recherche sur la qualité d'une page ou d'un site afin d'obtenir, pour tel mot-clé, un bon classement dans leurs résultats, alors que la réalité est toute autre. Le *spamdexing* est fondé sur le mensonge et la fraude, dans le but de nuire à autrui. Le *spamdexing* consistera pour l'affilié à ajouter des mots-clés sur certaines de ses pages web, sans rapport avec celle affichée, et à les dissimuler aux internautes afin de les diriger vers son site ou celui de l'affilieur, alors que ni l'un ni l'autre ne répond à ses attentes. Ce qui est profondément malhonnête et contraire aux règles du savoir-vivre sur l'Internet. Ce sera également le cas lorsque l'affilié créera plusieurs sites pointant les uns vers les autres afin d'améliorer leurs classements dans les moteurs de recherche : c'est le procédé du « *link farms* »³. Tous ces sites pointeront forcément vers celui de l'affilieur sans aucune logique, ni cohérence, n'ayant pas d'activités proches ou

¹ *L'identité numérique menacée par les marchands ?* D. Forest, Legalis.net, 2004, n° 3, p. 33-51.

² Le terme « *spamdexing* » signifie référencement abusif en français ; il est composé du terme « *spam* » et de la contraction du terme « *indexing* » qui signifie référencement en français.

³ La traduction de l'expression anglaise « *link farms* » est « ferme de liens » ou « pépinière de liens ». Il s'agit d'une méthode utilisée pour augmenter artificiellement l'importance d'un site ou d'un groupe de sites dans les moteurs de recherche. Ce site ou ce groupe de sites échange de nombreux liens souvent sans cohérence sémantique ou même thématique. Cette technique est prohibée en tant qu'abusives et faussant notamment les règles du jeu du commerce sur Internet, ainsi que la libre concurrence.

identiques et créant une vaste confusion dans l'esprit des internautes venus chercher certaines informations et qui, au final, obtiennent des informations opposées.

1177. A côté de ces techniques, l'affilieur prohibera la technique du « *mail bombing* » consistant à entraver le système de traitement automatisé de données d'un tiers, par saturation. Ainsi, un site va être saturé par l'envoi de mails qui le rendront vite inaccessible en submergeant de connexions le serveur qui l'héberge. Cela est sanctionné pénalement.¹ Les exemples de jurisprudence ne manquent pas en la matière.² L'affilieur interdira également le « *flaming* » consistant pour une personne à « attaquer » le système informatique d'un tiers, via Internet, dans le but de le perturber et de générer un encombrement important de sa capacité mémoire. Il est constitué de nombreux envois réalisés par une multitude d'expéditeurs, à destination de quelques personnes sélectionnées. Chaque envoi contribue à la réception massive, par les mêmes destinataires, du même message, sans que ce dernier, considéré isolément, puisse constituer un acte de spamming. Là encore, les exemples en la matière de manquent pas.³

Il sera également prohibé pour l'affilié de collecter des données personnelles au moyen de logiciels « aspirateurs », pratique déloyale et illicite. Il s'agit de logiciels qui collectent automatiquement et frauduleusement des adresses e-mail publiquement accessibles sur Internet (art. 226-18 Code pénal), qui les traite malgré l'opposition des personnes concernées, ou qui les utilise à leur insu, à des fins de prospection

¹ TGI Nanterre, 15^{ème} ch., 8 juin 2006, *Amen c/Michel M...*, RD Banc. fin. n° 3, mai 2007, p. 122, comm. E. A. Caprioli ; http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1868

² TGI Paris, 12^{ème} ch. corr., 24 mai 2002, Affaire « *E-pollupostage* », Legalis.net 2003, G. Haas et O. de Tissot, n°1, p. 7-23. En l'espèce, un informaticien avait été condamné pour avoir envoyé à un particulier près de 300 000 mails. Le délit retenu était celui d'entrave au fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données (cf. : art. 323-2 C. pén.). TGI Mans, jugement corr., 7 novembre 2003, *Procureur de la République, Sté Smith et Nephew c/L...*, Gaz. Pal. 2004, n° 200, p. 44, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=390> Ici, un particulier avait envoyé à son ancien employeur des centaines de milliers de messages diffamatoires. TGI Nanterre, 15^{ème} ch., 8 juin 2006, *Amen c/Michel M...*, précité. Il s'agissait d'une action de mailbombing dont le but était d'entraver un système de traitement automatisé de données.

³ TGI Paris, ord. réf., 26 mai 2003, *Syndicat national des enseignements de second degré (Snes) c/La Droite Libre, UMP et a.*, CCE juillet/août 2003, n° 7-8, comm. A. Lepage, p. 40. En l'espèce, le juge a considéré que le parti politique, *La Droite Libre*, avait causé un trouble manifestement illicite en incitant ses membres à bloquer les boîtes aux lettres électroniques de différents syndicats et responsables syndicaux, afin de protester contre les grèves qui avaient paralysé les transports en France.

commerciale. La jurisprudence sanctionne de tels comportements¹, de même que la C.N.I.L. et les cybercommerçants honnêtes tels que les affiliés.

Toutes ces pratiques illicites seront expressément interdites au sein de contrat d'affiliation et seront sanctionnées par sa résiliation afin que le partenariat se déroule sous les meilleurs auspices. Cela permettra à l'affilié de s'exonérer de sa responsabilité en cas de poursuites judiciaires par des tiers.

1178. En revanche, le procédé technique de l'«*opt-in*», constituant une collecte loyale et licite des données personnelles, est autorisé. Il s'agit de l'utilisation par un tiers de l'adresse e-mail d'une personne physique à des fins de prospection commerciale, après en avoir préalablement obtenu le consentement et après lui avoir offert la faculté de se désinscrire de la liste de ses destinataires. Quant à l'«*opt-out*», il se définit comme un système dans lequel une personne peut faire l'objet d'une prospection directe, tant que lui est laissée la possibilité de s'y opposer pour l'avenir. Dans tous les cas, les personnes visées doivent avoir été mises en mesure, au moment de la collecte de leurs données personnelles, de s'opposer à leur utilisation ou à leur cession à des tiers à des fins commerciales.

1179. Toutefois, il existe des exceptions à l'opt-in. Ainsi, le consentement du destinataire du mail ne sera pas nécessaire si, de façon cumulative, « *les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir la possibilité de s'opposer à l'utilisation de ses coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé.* » (art. L. 34-5 al. 4 CPCE). Autrement dit, si l'internaute a établi un premier contact avec l'affilié, en passant spontanément commande, celui-ci pourra lui envoyer des messages promotionnels de produits ou de services similaires susceptibles de l'intéresser, en l'occurrence, ceux de l'affilié. Il est néanmoins exigé que le

¹ Cass. crim., 14 mars 2006, n° 05-83.423, Bull. crim. n° 69 ; D. 2007, 399, note G. Roujou et Boubée, T. Garé et S. Mirabail ; RTD com. 2006, 925, note B. Bouloc : en l'espèce, la Cour de cassation pose comme principe qu'« *est déloyal le fait de recueillir, à leur insu, des adresses électroniques personnelles de personnes physiques sur l'espace public d'Internet, ce procédé faisant obstacle à leur droit d'opposition.* » Les adresses litigieuses avaient été collectées sur des sites, des annuaires professionnels ou des forums de discussion, et avaient fait l'objet d'une utilisation sans rapport avec l'objet de leur mise en ligne. De plus, aucun consentement n'avait été recueilli.

destinataire du mail puisse s'opposer à l'utilisation de ses coordonnées à chaque fois qu'il reçoit un message publicitaire. L'affilieur prendra soin de mentionner au contrat que de telles pratiques sont autorisées car, répondent à la mission de l'affilié.

D'autres exceptions à l'opt-in seront également tolérées par l'affilieur, comme le fait pour l'affilié d'envoyer des mails à des personnes physiques à leur adresse professionnelle, afin de vanter les mérites de produits ou de services répondant aux besoins de leur activité. L'accord de ces destinataires n'est pas exigé. De même, l'opt-out est autorisé lorsque la prospection concerne des biens analogues à ceux déjà fournis par la même personne physique ou morale ayant collecté de façon licite les données personnelles des internautes visés.

Il appartient alors à l'affilié de se montrer loyal et honnête dans ses actes et de ne pas porter préjudice aux intérêts de son partenaire, ce qui aurait un impact néfaste sur leur collaboration. Si leur partenariat se veut simplifié et offrant une grande marge de manœuvre aux parties, cela ne signifie pas pour autant qu'elles peuvent faire ce qu'elles veulent. Leur liberté d'action ne doit pas mettre en péril leurs relations contractuelles et est limitée par la loi et les usages commerciaux. Si l'affilié nuit aux intérêts des internautes en utilisant des procédés tendancieux, les retombées en seront dramatiques pour l'affilieur car, son chiffre d'affaires augmentera grâce à l'emploi de méthodes douteuses. Dès lors, le comportement de l'un des partenaires a des répercussions sur la situation de l'autre.

iii. Les démarches administratives à effectuer par l'affilié

1180. L'affilié a également pour obligation d'effectuer toutes les démarches nécessaires auprès des organismes concernés, afin de respecter ses obligations fiscales et sociales, même s'il n'est pas un professionnel.¹ En fonction de son statut (société, entreprise, association, ou particulier personne physique exerçant une activité commerciale en ligne), il procèdera aux formalités exigées par la loi. Le contrat d'affiliation ne manquera pas de stipuler une telle obligation. L'affiliation étant assimilée à un acte de commerce dès lors qu'elle est effectuée à titre régulier au sens de l'article L. 110-1 du Code de commerce, les démarches qui y sont liées doivent être

¹ Le programme d'affiliation de la FNAC prévoit de telles exigences : <http://www4.fnac.com/affiliates/accueil/>

accomplies par l'affilié avant de pouvoir adhérer à un programme d'affiliation. Il s'agit principalement de l'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés, de l'inscription à un régime de protection sociale des travailleurs indépendants¹, et de la déclaration de l'activité aux régimes fiscaux². Le but étant d'éviter une commercialité de fait des affiliés : les affiliés préfèrent prendre leurs précautions et exiger l'accomplissement des formalités avant la signature du contrat, pour éviter les mauvaises surprises par la suite. Une telle exigence ne saurait être mal perçue par l'affilié, ni être considérée comme contraignante.

1181. Du respect de telles démarches, en dépend le bon déroulement du contrat, ainsi que la pérennité des relations contractuelles. Leur intérêt est de distinguer les activités respectives de chacun des partenaires et de montrer que tous deux sont liés par un contrat d'affiliation et non par un contrat de travail. Car, l'affilié souhaite éviter les requalifications « malencontreuses » par une administration ou par un tribunal, en cas de litige, avec toutes les conséquences juridiques que cela implique. C'est pourquoi, le contrat d'affiliation comportera une clause précisant la nature et le contenu des obligations de chacun, et mentionnera que l'affilié agit en toute indépendance, sans qu'il n'existe un quelconque lien de subordination, même s'il est soumis à certaines règles de conduite. Il précisera encore que l'affilié ne dispose d'aucun pouvoir d'autorité, de direction, ou de contrôle à l'égard de l'affilié. A défaut, il risque la requalification en contrat de travail.

5) La durée et la résiliation : un partenariat oui, mais pas à vie, la liberté étant de rigueur

Le contrat d'affiliation ne saurait être d'une durée perpétuelle (a) ; comme tout contrat, il prend fin un jour ou l'autre, et notamment, lors de sa résiliation qui est facilitée (b).

¹ Par exemple auprès de la Caisse d'assurance-maladie maternité et de retraite des indépendants ; le RSI (Régime Sociale des Indépendants) est le régime de sécurité sociale obligatoire des chefs d'entreprise, mais aussi des travailleurs indépendants, des artisans, des professions libérales...

² L'affilié devra déclarer aux services fiscaux, au titre des BNC (bénéfices non commerciaux), ses revenus obtenus du fait de son activité d'affiliation.

a) La durée

1182. La durée est l'un des points sensibles du contrat d'affiliation. L'idéal serait de la préciser car, ce n'est pas toujours le cas, ce qui a pour effet que le contrat soit à durée indéterminée avec la possibilité de résiliation unilatérale, sous réserve du respect d'un délai de préavis d'une durée suffisante afin que les parties puissent « se retourner ». Dans la pratique, le contrat sera souvent à durée indéterminée car, offre de la flexibilité, chacun des partenaires pouvant facilement y mettre un terme. Cependant, souplesse rime aussi avec précarité dans la mesure où la possibilité de sortir rapidement d'un contrat a pour conséquence de présenter l'affiliation comme un dispositif fragile, et cela, malgré ses nombreux atouts. Une telle fragilité illustre en fin de compte ce que l'on peut attendre des relations d'affaires établies par le biais de l'Internet.

1183. Que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée, il n'est pas judicieux d'établir un partenariat sans avenir, dans le cadre duquel les parties ne s'investissent pas pleinement. Chacune doit y « trouver son compte » et s'efforcer d'accomplir ses obligations conformément aux dispositions du contrat, afin d'atteindre le même objectif : la multiplication des visites sur le site de l'affilieur, récompensant financièrement chacune des parties. Si leurs approches deviennent différentes, leur partenariat ne pourra qu'échouer et il sera souhaitable d'opter pour une rupture. L'affiliation étant fondée sur une dynamique commune, il est nécessaire de se montrer toujours actif : pour l'affilié, lorsqu'il s'agit de créer des liens et éventuellement de recruter de nouveaux affiliés, et pour l'affilieur, dans les formules de présentation de son site proposées à son partenaire. En d'autres termes, tous deux doivent innover. D'ailleurs, il est fréquent que certains contrats prévoient la résiliation automatique dans l'hypothèse où les affiliés seraient inactifs pendant un certain temps. Le problème étant alors de définir cette période, sachant qu'elle ne saurait être trop brève, et que l'inactivité d'un lien ne saurait s'appliquer lorsqu'il ne permet qu'un faible trafic en direction du site de l'affilieur. Car, il reste possible qu'un lien peu utilisé aujourd'hui le soit demain. Cela relève des aléas propres à la sphère Internet qu'il est impossible de maîtriser.

1184. Par ailleurs, s'il est souhaitable que le partenariat s'étende sur une longue durée pour en percevoir les fruits réels, il ne saurait être perpétuel¹ : dès lors, les formules révélant un tel engagement sont interdites, même si elles ne poursuivent pas cet objectif. Dans certains contrats, il a pu être observé la mention d'affiliation « à vie » : en réalité, il s'agit d'un mécanisme tendant à assurer la pérennisation de la rémunération due à l'affilié au-delà de la première visite faite par un cyberconsommateur. Si ce dernier passe plusieurs fois par le site de l'affilié, celui-ci devra être rémunéré en conséquence. Mais, une telle formule peut prêter à confusion : l'une des parties peut estimer à tort qu'elle est engagée à vie, alors que cela est prohibé par la loi.² Si, malgré tout, cette formule figure au contrat, la possibilité d'y mettre fin sans difficulté devra être prévue. Car, dans la réalité, la durée ne saurait être éternelle.

1185. Un autre problème posé par la durée du contrat est celui mettant en évidence la présence de liens insérés dans le site de l'affilié et qui continuent de renvoyer vers le site de l'affilieur, alors que ledit contrat a pris fin. Il faut alors s'interroger sur le devenir de ces liens, sur un droit éventuel à rémunération de l'affilié, et sur l'étendue de ce droit (montant, durée...). Enfin, en octroyant un droit à vie à l'affilié, l'affilieur fait le jeu de celui-ci et entretient sa passivité, ce qui peut expliquer une baisse, voire une absence d'efforts dans la réalisation de ses opérations. En effet, si l'affilié sait qu'il percevra une rémunération, quelles que soient les circonstances, il ne cherchera pas à s'améliorer. Il est alors important que l'affilieur n'encourage pas la passivité de son partenaire. Un début de solution consisterait à prévoir des rémunérations dégressives si certaines conditions sont réunies.

b) La résiliation

1186. Dans le cadre de l'affiliation, mettre un terme au contrat est facilité : la résiliation est souvent possible sans motif, à tout moment³, parfois sans préavis, et surtout, sans avoir à verser d'indemnité à son cocontractant. De plus, l'envoi d'un

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 1991, Bull. civ. I, n° 180. La résiliation d'un contrat à durée indéterminée fondée sur le principe de prohibition des engagements perpétuels procède d'une liberté à valeur constitutionnelle (Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, JO 16 novembre 1999, p. 16962).

² Art. 6 C. civ. : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

³ Annexe n° 16 : Article 3 al. 5 et 6, *Contrat d'affiliation de la S.A. « Rue du Commerce »* vendant différents types de biens (informatique, high-tech, électroménager, mode, beauté, maison, jeux vidéo, jouets...), p. 2. Dans le même sens : Annexe n° 17 : Article 3 al. 5 et 6, *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « ProtectAssur »*, spécialisée dans la vente d'assurance en ligne, p. 1.

simple courrier électronique à la partie concernée suffit la plupart du temps pour rendre la rupture immédiatement effective. La résiliation sera ainsi décidée si l'affilié ne génère pas assez de visites ou de mouvements (transactions, clics...) sur le site de l'affilieur. Il ne pourrait prétendre à un quelconque dédommagement, sinon à un « solde de tout compte », calculé sur la base du montant dû à la date de la résiliation, et ce, sur une période prédéfinie au contrat. Cela paraît sévère dans la mesure où l'affilié ne peut prévoir le déroulement de l'affiliation, ni le flux des internautes.

1187. Si l'affilié manque à ses obligations, l'affilieur peut prévoir qu'il perdra tout droit sur les rémunérations non encore versées, et qu'au surplus, des dommages-intérêts devront lui être versés, par exemple, s'il a subi un préjudice à la suite de ses fraudes, tricheries et malversations... (infra n° 1155 s.) D'autres motifs de résiliation sont relevés au sein des contrats d'affiliation : si l'affilié a fourni des informations mensongères sur sa personne, son statut ou son site, lors de sa demande d'inscription au programme d'affiliation ; ou si son site ne correspond plus aux exigences de l'affilieur, parce qu'il renferme désormais des contenus illicites, contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs, aux droits des tiers, ou comporte des images ou des textes violents, racistes, antisémites, pornographiques, érotiques, pédophiles, incitatifs à toute forme de haine, ou encore des contenus politiques, philosophiques, religieux, alors que le site de l'affilieur se veut neutre de toute opinion...

1188. Quelles que soient les raisons qui conduisent l'affilieur à résilier son contrat, leurs relations cesseront pour l'avenir, ce qui implique, outre le respect d'une obligation de confidentialité sur des éléments auxquels l'affilié aurait accès, l'interdiction d'utiliser les liens hypertextes, marques, logos, éléments graphiques et techniques mis à sa disposition, sous peine d'application des sanctions prévues au contrat à ce titre, et de poursuites judiciaires. A l'issue du contrat, l'affilié devra restituer tout matériel fourni pour l'exécution de sa mission, et supprimer de son site toute référence mentionnant un lien d'affiliation avec l'affilieur. Bien entendu, l'affilié peut aussi décider de résilier le contrat, notamment si le partenariat ne lui convient plus, ou s'il estime que les commissions versées sont trop dérisoires... Dans tous les cas, la résiliation se fera de façon aisée, comme l'expression d'une certaine liberté et d'une simplification des relations contractuelles propres à l'affiliation. Ainsi, il doit être aussi aisé de conclure un contrat d'affiliation que d'y mettre fin : la formule de l'affiliation, peu contraignante,

a été justement conçue dans ce but à la demande des acteurs du e-commerce. L'affiliation n'étant pas complètement encadrée par le droit, les parties s'autorisent quelques libertés, à condition toutefois de respecter les règles d'ordre public.

1189. Si la résiliation à l'initiative de l'affilieur apparaît comme une sanction, celle émanant de l'affilié résulte d'une volonté de « passer à autre chose ». Les relations ne pouvant être perpétuelles¹, la résiliation sera envisagée à un moment ou un autre, peu importe que le contrat fasse mention d'un « partenariat à vie » (infra n° 1182 s.). Dès lors, la clause relative à la résiliation sera souvent formulée de la manière suivante : « *Le présent Contrat est un contrat à durée indéterminée, résiliable unilatéralement, sans motif et à tout moment par courriel adressé à l'autre Partie. La résiliation prendra effet (préciser un nombre de jours ouvrés, ouvrables ou calendaires) après l'envoi du courriel. Dans le mois qui suivra la résiliation, l'Affilieur adressera à l'Affilié un dernier appel à facturation correspondant au solde du montant de la rémunération de l'Affilié. Sur présentation d'une facture correspondante, l'Affilieur règlera l'Affilié, même si le montant de celle-ci est inférieur à (préciser un montant plancher en euros, hors taxes, en chiffres et en lettres).*

Toutefois, en cas de non-respect par l'une des Parties de ses obligations, l'autre Partie pourra résilier de plein droit le présent contrat sans préavis. Dans ce cas, l'Affilié perdra immédiatement tout droit sur les rémunérations non encore versées, et ce sans préjudice de tous dommages et intérêts complémentaires. »²

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 1991, Bull. civ. I, n° 180.

La résiliation d'un contrat à durée indéterminée fondée sur le principe de prohibition des engagements perpétuels procède d'une liberté à valeur constitutionnelle (Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, JO 16 novembre 1999, p. 16962).

² Dans le même sens : Annexe n° 23 : Article 8.2 : « *Durée et résiliation* » : « *Chacune des Parties peut mettre fin à ce contrat, à son entière discrétion et à n'importe quel moment, en donnant à l'autre un avis de terminaison par courrier électronique, en respectant un préavis de quarante-huit (48) heures. En cas de résiliation, l'Affilié doit cesser immédiatement de faire usage des services prévus au terme du présent Contrat, en ce compris les liens hypertextes ou autres éléments appartenant au Client (l'Affilieur) et mis à sa disposition dans le cadre du Programme d'Affiliation. Dans tous les cas de résiliation hors faute de l'Affilié, aucune indemnité ne peut être demandée ou n'est payable par qui que ce soit. Seules les sommes dues au jour de la résiliation en application du Programme d'Affiliation et du présent Contrat seront versées à l'Affilié.* », *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « Public-Idées »*, spécialisée dans la fourniture de services à la performance sur Internet, p. 5.

Le contrat ne sera pas avare de précisions quant aux motifs de résiliation, qu'ils soient relatifs à la personne de l'affilié ou au contenu de son site, allant à l'encontre des attentes de l'affilieur.¹

C) L'exécution du contrat d'affiliation ou le maintien de l'égalité des parties

La détermination de la responsabilité des parties (1) fait état d'une certaine égalité. Il en est de même de la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle (2) concernant les éléments mis en jeu dans le cadre de l'affiliation, ainsi que de la protection des données de chacune des parties (3). Si celles-ci sont satisfaites de leurs relations, elles pourront éventuellement envisager de faire évoluer leur partenariat (4).

1) La responsabilité des parties

1190. Il est ici nécessaire de déterminer avec précision l'étendue des responsabilités de chacun afin de réparer les éventuels préjudices. Le contrat indiquera les actes susceptibles de mettre en cause les parties ainsi que les dommages garantis. Des clauses limitatives de responsabilité figureront au contrat dans le but de préserver l'affilieur de toute action ultérieure de l'affilié. A titre d'exemple, il s'exonèrera de sa responsabilité en cas de préjudices de perte de profit ou de tout autre type de préjudice économique prétendu être subi par l'affilié, et qui au demeurant, ne sont pas indemnisables aux termes de la loi (art. 1151 C. civ.). Car, l'affilié, déçu de son partenariat et constatant que sa relation n'est pas très rentable, peut souhaiter obtenir réparation. L'affilieur insèrera alors au contrat la disposition suivante : « *Jurifax (l'Affilieur) ne vous (l'Affilié) donne aucune garantie, expresse ou implicite, relativement (...) aux retombées, financières ou non, réelles ou appréhendées, positives ou non, résultant ou pouvant résulter de votre inscription au Programme d'affiliation Jurifax.* »²

¹ Annexe n° 21 : Article 9 al. 2 à 4 : « *Durée – Résiliation* », *Contrat d'affiliation « Marque blanche « Spray » de la S.A.R.L. « Izeos »*, spécialisée dans les offres et annonces d'emploi dans le domaine de la santé, et dans la formation médicale, p. 4.

² Annexe n° 20 : Article 18 : « *Absence de garantie* », *Contrat d'affiliation « Jurifax » de la société canadienne « Jurifax Inc.* », spécialisée dans le domaine de l'édition juridique (modèles de contrats, de documents d'affaires et de politiques d'entreprise, en français et en anglais), par voie électronique, p. 3. Dans le même sens : Annexe n° 23 : Article 7.1 : « *Limitation de responsabilités* », *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « Public-Idées* », spécialisée dans la fourniture de services à la performance sur Internet, p. 4.

1191. Toutefois, l'affilié bénéficie également de dispositions protectrices contre toute réclamation de tiers en cas de préjudices tenant à une commande passée sur le site de l'affilieur et non pas partie à cette transaction, sinon intermédiaire (infra n° 1094 s.), il ne saurait engager sa responsabilité. Dès lors, le contrat ne manquera pas de mentionner que les affiliés ne sont en rien responsables des préjudices subis par les internautes, même si cela semble évident : « *ProtectAssur* (l'Affilieur) assume l'entière responsabilité de l'acte de vente qui aura lieu entre le site *ProtectAssur.com* et les visiteurs provenant de l'Affilié. En particulier, *ProtectAssur* assure les prestations de traitement et de suivi de commande avec les procédures d'enregistrement du paiement, de livraison, de SAV et de garantie. »¹

1192. La responsabilité de l'affilié ne sera engagée en tant que complice de l'affilieur pour des actes d'escroquerie, de manœuvres dolosives, ou de publicité mensongère à destination des internautes, que s'il en a eu connaissance. Car, à cet élément intentionnel de l'infraction, s'ajoute l'élément matériel constitué par les liens établis par l'affilié et dirigeant l'internaute vers une « destination » douteuse. L'affilié pourra encore être poursuivi par les internautes si le lien affiché sur son site pointe vers un site portant atteinte à leurs droits de propriété intellectuelle, peu importe qu'il s'agisse de celui de l'affilieur ou d'un tiers, ou si son site présente les moyens de porter atteinte à leurs droits.² Dans tous les cas, l'affilieur rappellera à l'affilié que de tels actes sont prohibés et que les contenus illicites de son site le discréditent vis-à-vis de toute clientèle potentielle. En d'autres termes, l'affilié est responsable à l'égard des tiers des conséquences dommageables des contenus mis en ligne sur son propre site. Dans ce sens, le contrat pourra renfermer la disposition suivante : « *Fitnessboutique.com* (le site de l'Affilieur) ne pourra être tenu pour responsable du contenu du ou des sites exploités par l'Affilié. L'Affilié s'engage par le présent contrat à être propriétaire des droits afférents à la diffusion sur son site de certaines données protégées telles que

¹ Annexe n° 17 : Article 5, *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « ProtectAssur »* S.A.R.L. spécialisée dans la vente d'assurance en ligne, p. 2. Dans le même sens : Annexe n° 19 : Article 9.3 à 9.5 : « *Responsabilités – Garanties* », *Contrat de la S.A.R.L. « Netquattro »*, spécialisée dans la vente à distance de produits et de services de sport, p. 3 et 4. Et Annexe n° 16 : Article 5, *Contrat d'affiliation de la S.A. « Rue du Commerce »* vendant différents types de biens (informatique, high-tech, électroménager, mode, beauté, maison, jeux vidéo, jouets...), p. 2.

² *L'hyperlien complice*, J. Larrieu, Expertises, avril 2002, p. 141.

logiciels, fichiers musicaux, vidéos... L’Affilié est et demeure l’entier responsable du développement, du contenu, de la mise en œuvre et de l’entretien de son site (...). »¹

1193. En outre, l’affilieur ne manquera pas de sanctionner l’affilié pour tout manquement à ses obligations en matière de démarches administratives et fiscales pour prétendre au statut d’affilié. La clause suivante formulée comme suit sera insérée : *« L’Affilié déclare et garantit à Astroquick (l’Affilieur) qu’il a procédé et, le cas échéant, procédera, à ses frais et sous sa seule responsabilité, à l’ensemble des démarches administratives le concernant (y compris auprès des services fiscaux) qui pourraient être rendues nécessaires du fait de l’acceptation ou des obligations nées du Contrat, de telle sorte que la responsabilité d’Astroquick (l’Affilieur) ne puisse en aucun cas être recherchée à ce titre, par quelque tiers que ce soit (...). »²*

Il est important de préciser que l’un et l’autre partenaire ne seront pas responsables en cas de problèmes techniques touchant leurs sites et les rendant momentanément indisponibles, en raison d’une maintenance ou d’une cause extérieure...³ L’affiliation étant un phénomène relativement récent, la jurisprudence n’est pas abondante en la matière. Certains arrêts mettent en lumière la responsabilité de l’affilieur du fait des agissements de ses affiliés, et de ce fait, les risques que présente l’affiliation pour lui, notamment en matière d’affichage de publicité. Les affilieurs ne sont responsables que des contenus qu’ils fournissent à leurs affiliés, et non pas de la manière dont ces contenus sont utilisés.⁴ C’est à celui qui invoque un préjudice de prouver que l’affilieur

¹ Annexe n° 19 : Article 9.1 et 9.2 : « Responsabilités – Garanties », *Contrat d’affiliation de la S.A.R.L. « Netquattro »*, spécialisée dans la vente à distance de produits et de services de sport, p. 3. Dans le même sens : Annexe n° 20 : Article 13 : « Responsabilité de votre site », *Contrat d’affiliation « Jurifax »*, précité, p. 2.

² Annexe n° 24 : Article 8 al. 1^{er} : « Responsabilité », *Contrat d’affiliation de la S.A.R.L. « Astroquick »*, spécialisée dans l’astrologie, p. 4.

³ Annexe n° 21 : Article 10 al. 1^{er} : « Responsabilité » : « La responsabilité de l’Affilieur et de l’Affilié ne sauraient en aucun cas être recherchée dans les cas suivants : interruptions momentanées pour la maintenance du site et/ou pour son développement ; difficultés de fonctionnement ou interruption momentanée de leurs services, indépendants de leur propre volonté, notamment en cas d’interruption des services d’électricité ou des télécommunications, ou en cas de défaillance ou de dysfonctionnement des réseaux de transmission de données. », *Contrat d’affiliation « Marque blanche Spray » de la S.A.R.L. « Izeos »*, spécialisée dans les offres et annonces d’emploi dans le domaine de la santé, et dans la formation médicale, p. 4.

⁴ TGI de Strasbourg, 19 mai 2005, *Sté CNRRH c/21 Multimédia*, D. 2005, AJ 1630, obs. C. Manara. Des affiliés avaient fait figurer dans le code source de sites pornographiques une marque déposée, et ceci, sans autorisation de son titulaire. Ce dernier intenta alors une action en justice contre l’affilieur des sites visés : il fut débouté, les juges décidant de ne pas engager la responsabilité de l’affilieur au motif que : « dans le cadre des contrats d’affiliation passés avec les propriétaires des sites [incriminés], leur responsabilité n’est pas (...) engagée faute pour les demandeurs de démontrer qu’ils ont fourni à leurs partenaires le contenu contrefaisant (...) ».

a fourni à l'affilié les contenus illicites portant atteinte à ses droits, ou de prouver qu'il avait la maîtrise, c'est-à-dire le contrôle et la direction des sites des affiliés les ayant véhiculés, ou qu'il avait le pouvoir d'influer sur leurs contenus, de les modifier. Seuls de tels motifs pourraient engager la responsabilité de l'affilieur au titre de l'article 1382 du code civil car, il n'existe pas de responsabilité des affilieurs du fait des affiliés. Les contrats d'affiliation ne manqueront pas de le préciser.

Ainsi, l'affilieur ne saurait engager sa responsabilité lorsque les mots-clés utilisés par les affiliés sont des marques déposées appartenant à des tiers, dès lors qu'il « *n'a ni la maîtrise, ni n'exerce de contrôle a priori sur les choix de (ceux-ci) par les affiliés* ». ¹ Mais, dans d'autres hypothèses, il engagera sa responsabilité s'il crée un risque de confusion pour les internautes, quant à la mise en ligne d'informations litigieuses, même s'il n'a ni la maîtrise dans la présentation des sites affiliés, ni le pouvoir d'influer sur leurs contenus, ni même connaissance de l'existence de tels contenus. ²

1194. Afin d'éviter tout litige, il est impératif que l'affilieur contrôle la promotion de son site web par ses partenaires, et qu'il mentionne au contrat les hypothèses susceptibles d'engager la responsabilité de ces derniers, voire la résiliation du contrat,

Cette décision est la première décision importante en matière de contrat d'affiliation. En l'espèce, les juges considèrent que le « *contrat d'affiliation peut s'analyser comme un contrat de prestations de services de publicité.* » Dans le même sens : TGI Paris, 3^{ème} ch., 2^{ème} section, 18 septembre 2009, *Sté Parfums Christian Dior c/Sté eBay*, JCP E 2009, n° 48, 2109, note L. Giret et M. Bourgeois : les juges ont estimé que le service payant de réservation des mots-clés constituait une forme de publicité et que, par conséquent, l'utilisation de marques appartenant à des tiers constituait une opération « *promotionnelle* ». A rapprocher de TGI Nanterre, 14 décembre 2004, www.juriscom.net.

Voir aussi : *Premiers pas judiciaires du contrat d'affiliation*, C. Manara, D. 2005, p. 1630 ; et le site du Forum des Droits de l'Internet (FDI)

<http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=910>.

¹ TGI Paris, 3^{ème} ch., 2^{ème} section, 18 septembre 2009, *Sté Parfums Christian Dior c/Sté eBay*, précité. En l'espèce, la société *eBay* a été condamnée pour contrefaçon pour avoir utilisé des marques, non pas à titre informatif, sinon à des fins purement « *promotionnelles* ».

² CA Paris, 24 juin 2004, inédit, affaire « *Loana* » mettant en cause des sites pornographiques. <http://tabaka.blogspot.com/2005/05/affilieur-c-affili-la-guerre-des.ht> (bloc-notes en ligne de M. Benoît Tabaka). TGI Paris, réf., 26 mai 2003, www.legalis.net. Il s'agissait ici d'un affilieur qui proposait aux internautes d'installer sur leurs sites des kits de connexion permettant de surfer, moyennant paiement, sur certains contenus tels que « *la vidéo porno de Loana* » mettant en scène une jeune femme blonde appelée Loana, mais n'ayant rien à voir avec la fameuse Loana de l'émission de télé-réalité. Or, certains affiliés décidèrent de créer des sites Internet dédiés à Loana P. (la « *Loana du loft* ») et d'installer dessus ces kits de connexion. Celle-ci intenta alors une action en justice contre l'affilieur et obtint gain de cause. Les juges d'appel relèvent en effet que « *l'apport d'un site à caractère pornographique, dont les images de présentation pouvaient créer une confusion dans l'esprit de l'internaute et le conduire à penser qu'il s'agissait de Loana P., dans le cadre d'un contrat avec des partenaires visant à conduire l'internaute à se connecter audit site pornographique, est constitutif, à défaut de consentement de sa part, d'une faute à l'égard de l'appelante* ». C'est probablement cette recherche de confusion que les juges ont sanctionné, celle-ci devenant alors indépendante de la présentation faite par les affiliés. Sont ainsi sanctionnés les partenariats dont l'objet est de porter atteinte aux droits de la personnalité.

dans les cas les plus graves.¹ L'affilieur s'exonèrera de sa responsabilité, par exemple, en cas d'utilisation sans droit par l'affilié d'un nom commercial, d'une marque ou d'un nom de domaine d'un tiers², ou en cas d'usage de mots-clés tendancieux à la base de liens commerciaux faisant la promotion de son site. Tous les risques seront envisagés pour se prémunir de comportements d'affiliés qui, croyant bien faire, franchissent des limites interdites. De plus, même si l'affilieur est intéressé à l'exploitation commerciale des sites de ses affiliés, ceux-ci restent indépendants et « *mènent leur propre politique éditoriale et commerciale* ». L'affilié est donc seul responsable du contenu de son site comme de ses pratiques publicitaires, et ne saurait être considéré comme le mandataire ou le représentant de l'affilieur, peu importe que cette qualité soit mentionnée au contrat d'affiliation.³ Il est alors essentiel que les dispositions de ce contrat en matière de responsabilités soient non équivoques. Si le contrat ne prévoit rien sur ce point, ce sera au juge d'apporter une solution.

1195. Malheureusement, le contrôle des affiliés reste difficile dans la pratique, notamment en raison de leur grand nombre. Aussi, les risques de dérapage sont nombreux, les affiliés étant tentés d'utiliser des moyens douteux de présentation des produits et des services de l'affilieur, ou même les noms, marques, logos et autres éléments identitaires de l'affilieur, sans son autorisation, afin d'augmenter leurs commissions.

Enfin, lorsqu'il s'agit d'aborder le thème de la responsabilité en matière d'affiliation, on ne peut pas s'empêcher de faire un parallèle avec les régimes concernant les autres acteurs du e-commerce tels que les hébergeurs⁴ ou les outils de recherche comme les moteurs ou les annuaires.⁵ La responsabilité de l'affilieur ne saurait être engagée que s'il a eu connaissance du comportement illicite de son partenaire et s'il n'a rien fait pour

¹ *Les techniques contractuelles du commerce électronique*, C. Rojinsky, Légicom n° 21/22, 2000/1 et 2, p. 105. Pour un cas d'envoi massif et abusif de courriers électroniques par un affilié : TGI Paris, 6 juin 2003, www.juriscom.net.

² TGI de Strasbourg, 19 mai 2005, *Sté CNRRH c/21 Multimédia*, précité.

³ CA Paris, 2^{ème} ch., 12 mars 2010, n° d'inscription au répertoire général 08/23326 (appel du jugement du TGI Paris, 19 novembre 2008, RG n° 05/12510), *S.A.R.L. Cellcast Media, S.A.R.L. Mobifun c/SAS Mediaplazza.com et S.A.R.L. Google France* (décision sur Dalloz.fr).

⁴ Les hébergeurs ne peuvent contrôler les informations contenues dans leurs serveurs : art. 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique n° 2004-575 du 21 juin 2004, dite « *Loi LCEN* », J.O.R.F. n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168.

⁵ Les outils de recherche ne peuvent être tenus responsables s'ils référencent des sites litigieux : CA Paris, 15 mai 2002, D. 2003, AJ, p. 621, obs. C. Manara. TGI Paris, réf., 12 mai 2003, D. 2003, somm. p. 2824, obs. C. Le Stanc ; D. 2004, somm. p. 1638, obs. L. Marino.

que cela cesse. Certains auteurs proposent de recourir à la théorie de l'apparence car, il n'est pas toujours évident de distinguer les acteurs du e-commerce de leurs contenus respectifs.¹ Quoiqu'il en soit, avant d'envisager la responsabilité des partenaires, il est nécessaire de bien comprendre le mécanisme du contrat d'affiliation.²

2) La clause de propriété intellectuelle

En premier lieu, un bref panorama doit être fait des droits de propriété intellectuelle mis en œuvre dans le cadre de l'affiliation (a) ; il permettra d'envisager avec clarté le cas particulier des licences de marques (b).

a) Généralités

1196. Il s'agit ici pour l'affilieur de se protéger de toute atteinte à ses droits de propriété intellectuelle, en précisant au contrat la nature et l'étendue des actes autorisés par l'affilié en la matière. La plupart du temps, il n'accordera qu'un droit d'usage à l'affilié sur ses signes distinctifs tels que ses marques, logos, noms commerciaux, enseignes, noms de domaine... ou sur ses créations graphiques telles que des bannières, des icônes, des images, des liens hypertextes, ou sur des éléments textuels tels que des slogans publicitaires... Autrement dit, l'affilié ne pourra utiliser ces divers éléments que dans le cadre de sa mission : aucune cession de droits ne sera consentie. Car, l'affilieur souhaite que ses droits de propriété intellectuelle demeurent sous son contrôle. Cela implique que les logos et les marques représentatifs de son entreprise, de son activité et de sa notoriété, ne seront mis en valeur par l'affilié que s'il l'autorise.

1197. Au préalable, l'affilieur a pour obligation d'être le véritable titulaire des droits sur les éléments qu'il fournit à l'affilié, éléments conformes à la législation en vigueur. Le contrat mentionnera cette obligation, même si cela paraît logique, dans un souci de rassurer l'affilié sur ce point et d'instaurer une relation équilibrée entre les parties, loyale et transparente. En aucun cas, l'affilié ne doit se trouver dans une position précaire du fait de l'usage d'éléments contrevenant aux droits de tiers. Une telle

¹ *Premiers pas judiciaires du contrat d'affiliation*, C. Manara, D. 2005, p. 1630.

² *Le contrat d'affiliation sur Internet*, C. Manara, D. 2000, n° 19, 11 mai 2000, p. 3. *Le cadre juridique du contrat d'affiliation sur Internet*, P. Belloir, Expertises, n° 245, février 2001, p. 63. *Droit de l'internet*, J. Larriou, Ellipses, 2005, p. 107. *Cyber-Consommation : les nouvelles tendances*, Forum des Droits sur l'Internet, mars 2004, p. 19. *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, M. Vivant et Ch. Le Stanc, 2010, n° 2787.

remarque vaut également pour les logiciels mis à sa disposition pour les besoins de sa mission, tels que celui permettant d'accéder à la plate-forme d'affiliation : il ne pourrait s'agir que d'un droit d'usage non exclusif et non cessible, conféré dans le cadre d'une licence restrictive. Le grand nombre de partenaires alimentant le réseau de l'affilieur explique le fait que les licences ne peuvent être qu'exclusives (voir Première Partie, Titre I, Chapitre D). Par conséquent, aucune modification ou adaptation de ce logiciel n'est possible, sauf si cela s'avère indispensable pour des raisons d'interopérabilité (art. L.122-6-1 IV CPI), afin que l'affilié puisse remplir correctement sa mission. Toutefois, l'affilieur peut interdire les copies de sauvegarde, les estimant inutiles, en raison de l'accès permanent à ces logiciels mis en ligne dont disposent les affiliés, grâce à l'utilisation d'un identifiant et d'un mot de passe préalablement communiqués. S'agissant de son savoir-faire, il est évident que l'affilieur ne va ni le communiquer, ni le transférer à l'affilié par le biais d'une quelconque licence ou accord.

De manière générale, l'affilieur précisera au contrat que tous ses éléments propres, qu'il s'agisse de logiciels, de signes distinctifs ou d'éléments graphiques, restent sa propriété : *« L'affilié ne peut en aucun cas se prévaloir du nom ou de la marque ProtectAssur (marque de l'Affilieur) à des fins commerciales ou promotionnelles, et notamment s'il s'agit de la commercialisation et de la promotion de services similaires ou concurrents. Il est expressément convenu que le présent contrat ne confère aucun droit à l'affilié sur les programmes et données contenus sur le site (...). Ces programmes et données, régis par le code de la propriété intellectuelle, restent la propriété exclusive de leurs auteurs. »*¹

b) La licence de marque

1198. Un contrat de licence peut être conclu pour autoriser l'affilié à utiliser la marque de l'affilieur sur son propre site, afin de promouvoir l'activité de son partenaire. La marque étant un élément identitaire de l'affilieur car, le distinguant de ses concurrents, individualisant ses produits ou ses services et servant d'outil de communication et de marketing, notamment lorsqu'il est utilisé à titre d'enseigne, l'affilieur en encadrera strictement l'usage. Il y va de ses intérêts et de sa notoriété. Afin d'être le plus visible possible sur les réseaux, l'affilieur n'aura pas d'autre choix que d'octroyer des licences.

¹ Annexe n° 17 : Article 5 al. 3, Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « ProtectAssur », spécialisée dans la vente d'assurance en ligne, p. 2. Dans le même sens : Annexe n° 16 : Article 5, Contrat d'affiliation de la S.A. « Rue du Commerce », précité, p. 2.

Internet représentant l'instrument capable à la fois de promouvoir une entreprise rapidement et de la décrédibiliser en un temps record, l'affilieur doit prendre ses précautions concernant l'usage de ses marques, signes distinctifs et autres noms de domaine. C'est pourquoi, le contrat d'affiliation contiendra une clause rappelant les dispositions de l'art. L. 714-1 al. 2 du Code de la propriété intellectuelle¹, sachant que le signe distinctif visé devra répondre aux conditions légales de licéité (art. L. 711-3 CPI), de distinctivité (art. L. 711-2 CPI), et de disponibilité (art. L. 711-4 CPI).

En d'autres termes, la marque doit être nouvelle, sa dénomination doit être choisie arbitrairement, et elle doit se distinguer des signes préexistants, c'est-à-dire ne doit pas comporter d'élément de nature à tromper le public sur les caractéristiques des produits ou services qu'elle désigne. Si le contrat d'affiliation ne prévoit rien sur ce point, une licence non exclusive, incessible et révocable, y sera annexée et sera inscrite au Registre de l'INPI (Institut National de la Propriété Industrielle) pour être opposable aux tiers. La licence pourra être totale ou partielle : il est recommandé à chaque fois à l'affilieur de préciser la nature et l'étendue des droits accordés à l'affilié. Sa durée sera évidemment celle du contrat d'affiliation. Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'une simple clause ou d'un contrat de licence, leurs dispositions devront être claires, non équivoques, et indiquer de façon exhaustive les obligations des parties, afin d'éviter tout conflit ultérieur. Elles préciseront en particulier que tout manquement de l'affilié l'exposera à des poursuites pour contrefaçon. Dans un contrat d'affiliation, la licence de marque n'aura d'intérêt que si procure des avantages aux deux partenaires. D'une part, pour l'affilié, le signe distinctif doit être de renommée suffisante, autrement dit, susciter une réaction positive de la part des internautes car, le succès de l'affilieur lui sera bénéfique. D'ailleurs, certains affiliés n'adhéreront à un programme d'affiliation que pour pouvoir faire usage d'une marque ou d'une enseigne reconnue : en aucun cas, cela ne les autorise à apposer la marque en question sur leurs propres produits ou services. Si le signe distinctif n'a pas l'effet escompté auprès du public, l'affilieur élaborera une campagne de promotion pour le valoriser et y associera l'affilié, notamment lorsque celui-ci placera sur son site des liens modifiés en conséquence, et renvoyant vers celui de l'affilieur.

¹ « Les droits attachés à une marque peuvent faire l'objet en tout ou en partie **d'une concession de licence d'exploitation exclusive ou non exclusive** ainsi que d'une mise en gage. »

D'autre part, pour l'affilieur, la licence de marque permet de le faire connaître d'un maximum d'internautes. Car, en octroyant une à chacun de ses affiliés, il multiplie ses chances d'être visible sur les réseaux et de conclure des transactions. Toutefois, l'usage de la marque ainsi concédée n'aura d'utilité que si porte sur un signe distinctif « solide », « attractif » sur un plan commercial, c'est-à-dire ayant un poids et une forte présence dans l'esprit des consommateurs. Les droits en la matière seront la plupart du temps présentés de la manière suivante : « *Pendant la durée de ce contrat, Jurifax vous (l'affilié) concède une licence incessible, non-exclusive et révocable d'utiliser les logos et bannières Jurifax suivants, uniquement afin de :*

- *vous identifier à titre de site affilié Jurifax sur votre site ;*
- *permettre à vos visiteurs de se diriger vers le site de Jurifax.*

Vous (l'Affilié) ne pouvez pas modifier, en tout ou en partie, les logos et bannières Jurifax. Vous (l'Affilié) devez respecter en tout temps les droits, titres et intérêts de propriété intellectuelle de Jurifax (marques de commerce et droits d'auteur). Vous (l'Affilié) ne pouvez pas utiliser les logos et bannières Jurifax, ni le mot Jurifax de façon à dénigrer ses produits et services, ou de façon fautive, dévalorisante ou déloyale. »¹

Certaines dispositions seront plus exhaustives, sachant que dans tous les cas, sera mise en avant l'idée selon laquelle il est interdit de faire un usage des marques et autres éléments communiqués dans un but autre que celui de promouvoir le site de l'affilieur.²

¹ Annexe n° 20 : Article 14 « *Licence d'utilisation accordée par Jurifax* », *Contrat d'affiliation « Jurifax » de la société canadienne « Jurifax Inc. »*, spécialisée dans le domaine de l'édition juridique (modèles de contrats, de documents d'affaires et de politiques d'entreprise, en français et en anglais) par voie électronique, p 2-3. Dans le même sens : Annexe n° 19 : Article 10.1 et 10.2 : « *Propriété industrielle et intellectuelle* » : « *Fitnessboutique.com* (l'Affilieur) reconnaît que l'Affilié conserve intégralement tous droits de propriété intellectuelle et industrielle sur tous les éléments du Site tels que les dessins, images, codes source, marques sans que cette énumération soit limitative. Les parties reconnaissent que l'usage de leurs marques et logotypes respectifs sur le Site a pour seule finalité l'exécution du présent contrat et ne leur confère aucune licence même implicite d'utilisation desdites marques. », *Contrat de la S.A.R.L. « Netquattro »*, spécialisée dans la vente à distance de produits et de services de sport, p. 5.

² Annexe n° 23 : Article 5.2 « *Propriété intellectuelle* » : « *Il est interdit à l'Affilié de faire un usage des marques et éléments graphiques appartenant à l'Affilieur dans un usage autre que celui prévu dans le cadre du Programme d'Affiliation. L'Affilié ne doit en aucun cas modifier les éléments graphiques ou les textes mis à sa disposition. Il est interdit à l'Affilié d'utiliser des techniques qui lui permettraient de s'attribuer les fonctions ou le contenu du site de l'Affilieur. Sauf autorisation expresse de l'Affilieur, il est formellement interdit à l'Affilié de faire la promotion du Site de l'Affilieur par emailing autrement qu'avec les visuels mis à disposition par l'Affilieur.* », *Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « Public-Idees »*, précité, p. 3-4. Dans le même sens : Annexe n° 21 : Article 7 « *Propriété intellectuelle* », *Contrat d'affiliation « Marque blanche Spray » de la S.A.R.L. « Izeos »*, précité, p. 3. Et Voir l'article « *Respects des droits de propriété intellectuelle de Fnac.com* » dans les Conditions d'affiliation à la FNAC sur son site : <http://www4.fnac.com/affiliates/accueil/>

1199. Dans tous les cas, cet usage sera respectueux des droits de l'affilieur, conforme aux instructions qu'il aura préalablement données, et les sous-licences seront interdites. Aucune modification, adaptation reproduction ou représentation ne sera tolérée, sauf autorisation. L'objectif de l'affilieur est que son partenaire ait conscience des interdictions en la matière et qu'il n'est pas libre de faire ce qu'il veut, sous peine de sanctions, notamment relatives au délit de contrefaçon. L'attention de l'affilié sera particulièrement attirée sur l'illégalité de tout acte ayant pour finalité de contourner les mesures prises pour protéger les droits de propriété intellectuelle de l'affilieur.

3) La protection des données

1200. L'affilieur est titulaire de données, et notamment personnelles, qu'il entend protéger : il s'agit notamment de toutes celles qui concernent sa clientèle et qui pourraient transiter sur le site de l'affilié, notamment lorsqu'une partie de la transaction y est effectuée (par exemple, le paiement). Dans ce sens, il mentionnera au contrat qu'il est le propriétaire exclusif de ces données et qu'il respectera la législation en la matière : *« Fitnessboutique.com (l'Affilieur) s'engage à respecter les lois et règlements en vigueur applicables à son activité, ainsi qu'en particulier les dispositions concernant la vente à distance et la protection des données personnelles, et toute autre disposition, sans que cette énumération soit limitative. »*¹

De plus, l'affilié ne saurait revendiquer un quelconque droit sur la clientèle de l'affilieur constituée par les internautes passant au préalable par son site, n'étant qu'un tiers aux transactions réalisées. Par conséquent, n'ayant pas de clientèle dans le cadre de l'affiliation, ni n'étant assimilé à l'exploitant d'un fonds de commerce, il n'a aucun droit sur les données concernant ladite clientèle. Cela s'explique également par le fait que c'est la notoriété de l'affilieur ainsi que son enseigne qui permettent d'attirer les clients. De plus, pour prétendre avoir une clientèle, il faut avoir la qualité de commerçant, ce qui n'est pas toujours le cas pour l'affilié, parfois simple personne physique.

1201. A côté des données de l'affilieur à protéger, doivent être protégées les données nominatives personnelles concernant cette fois l'affilié. Leur traitement fait l'objet

¹ Annexe n° 19 : Article 9.4 : « Responsabilités – Garanties », Contrat de la S.A.R.L. « Netquattro », spécialisée dans la vente à distance de produits et de services de sport, p. 3.

d'une déclaration auprès de la CNIL et elles ne peuvent être cédées à des tiers sans l'accord de l'affilié, et uniquement sous réserve du respect de la loi Informatique et Libertés.¹ A ce titre, l'affilié disposera d'un droit d'accès, de rectification et de suppression des données le concernant. Dans tous les cas, les parties s'engageront mutuellement à ne pas entreprendre d'action portant atteinte aux fichiers informatisés des données personnelles nominatives de l'autre et qui circulent sur leurs sites respectifs, soit directement, soit par l'intermédiaire de tiers auxquels chacun serait contractuellement lié. Plus précisément, elles reconnaissent que tout fichier informatisé de données nominatives mis à disposition reste la propriété pleine et entière de la partie concernée et qu'il n'est pas possible d'utiliser ses données sans son accord. Que l'affiliation soit directe ou indirecte, les données transmises lors des opérations réalisées entre l'affilieur et les internautes, ou celles communiquées par l'affilié à l'affilieur, seront stockées et archivées. Elles le seront par l'affilieur dans le cas de l'affiliation directe, et par la plate-forme, dans le cadre de l'affiliation indirecte. Les deux systèmes devront assurer la confidentialité des données, et notamment des données personnelles nominatives, avec application de la législation en la matière.² En outre, ils veilleront à appliquer les dispositifs prévus par la loi du 13 mars 2000³ en matière de preuve, d'archivage, de conservation, de durée de conservation des données, et de signature électronique. Enfin, quant à la propriété des données transitant sur le serveur de l'affilieur et celles concernant la rémunération de l'affilié, le contrat devra mentionner expressément à qui elles appartiennent.

4) L'évolution de la relation contractuelle

1202. Une clause peut prévoir que le partenariat entre l'affilieur et l'affilié est susceptible d'évoluer dans le temps, notamment, au niveau de la rémunération. Ainsi, un affilié qui acquiert une certaine ancienneté et qui génère un flux important d'internautes vers le site de l'affilieur pourra être récompensé par le versement de bonus ou de primes. Dans d'autres hypothèses, le partenariat évoluera sur le terrain des conditions d'exécution du contrat, notamment quant aux liens et éléments graphiques et techniques mis à disposition de l'affilié, et quant aux droits concédés. Des avenants modifieront et mettront à jour les conditions du contrat. Si l'affilieur a des doutes sur la

¹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite « *Loi informatique et libertés* », précitée.

² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée.

³ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, dite « *Loi sur la signature électronique* », précitée.

réalité de certaines opérations réalisées par l'affilié, et de façon générale, en cas de fraude, tricherie ou malversation de sa part, il pourra décider que l'affiliation prendra un autre chemin, et ainsi mettre un terme à leur partenariat.

1203. La relation contractuelle peut donc évoluer dans un sens positif ou négatif. Ce n'est qu'au cours de l'exécution du contrat que l'affilieur saura si sa relation a un avenir avec l'affilié et si, éventuellement, des aménagements sont nécessaires. Le comportement de l'affilié sera donc déterminant de l'évolution du partenariat. A titre d'exemple, s'il commet des actes de fraude afin de percevoir un nombre de commissions supérieur à celui auquel il a droit, et que l'affilieur n'avait prévu aucune disposition sur ce point, il pourra par la suite en insérer une sanctionnant de tels agissements. A l'inverse, si l'affilié assure la promotion du site de l'affilieur de façon telle qu'il lui procure plus de clients qu'il ne pouvait espérer, une disposition relative à l'octroi d'un complément de rémunération pourra être envisagée. Tout dépend donc de la manière dont les parties exécutent leurs obligations. Si l'affilié respecte les prescriptions de son partenaire, leur relation a des chances de se dérouler sans difficulté et de perdurer. A défaut, l'affilieur optera pour la résiliation.

Conclusion

1204. Contrairement à l'outsourcing, l'affiliation se veut un véritable partenariat entre les parties, partenariat équilibré au niveau des relations contractuelles et instaurant des relations plus ou moins égalitaires. D'une certaine façon, l'affiliation constitue un remède à l'outsourcing, son « antidote », dans la mesure où les parties sont unies dans le cadre d'un réel partenariat, fondé sur une collaboration et une participation effective à la promotion de l'une d'elles. En revanche, dans le cadre de l'infogérance, les parties ne sont pas logées à la même enseigne, puisque le prestataire va se charger de tout, si l'on peut dire, le client étant seulement « spectateur » de la prestation réalisée. De plus, bien que l'outsourcing implique un partenariat, il ne peut être que relatif car, le rôle des acteurs n'est pas celui reconnu à des partenaires au sens juridique du terme. L'externalisation et l'affiliation couvrant des domaines différents, la comparaison était hasardeuse, mais nécessaire car, a pour intérêt de montrer que si, dans le secteur des technologies de l'information et de la communication les partenariats n'ont pas la même ampleur, ils peuvent néanmoins être rapprochés dans une certaine mesure, notamment au niveau de leurs caractéristiques essentielles.

1205. S'agissant précisément de l'affiliation, il s'agit de l'une des techniques de promotion et de distribution de biens ou de services en ligne, qui a favorisé la création d'un partenariat original, spécifique au e-commerce. Grâce au Web qui permet de naviguer à travers les sites, en utilisant la pratique des liens hypertextes, l'affiliation s'est considérablement développée, profitant des nombreuses possibilités ainsi offertes, et participant à l'élargissement de la Toile. D'une certaine façon, le succès de l'Internet a contribué à celui de l'affiliation, pratique flexible, simple, et qui a prouvé son efficacité à maintes reprises, sans jamais faire sombrer les partenaires concernés dans la précarité. Le succès de l'affiliation tient également au fait que celle-ci évolue rapidement, sans difficulté, ce qui est d'autant plus facilité par l'Internet qui est un réseau ouvert, favorisant le développement de pratiques commerciales, chaque fois plus innovantes. C'est pourquoi, l'affiliation est aujourd'hui largement admise par les webmarchands qui la considèrent comme un outil marketing essentiel, pragmatique, et même comme une véritable stratégie d'entreprise.

1206. L'affiliation est encore utile car, si elle est bien organisée, permet à l'affilieur de se faire connaître des tiers et de réaliser des transactions à moindre coût, tout en gagnant un temps précieux. Surtout, celui-ci n'a pas à supporter les risques et les effets négatifs de campagnes publicitaires infructueuses. Non seulement, son site gagne en plus-value, mais l'affilié profite également des retombées positives. Quant aux obligations des parties, elles sont plutôt restreintes si l'on considère celles auxquelles sont soumises les parties dans le cadre d'autres contrats tels que celui d'outsourcing. De plus, elles ne sont pas contraignantes et sont de portée quasi-équivalente. Cependant, l'affiliation n'est pas un canal marketing comme les autres : elle modifie de façon irrémédiable la manière pour un affilieur de commercialiser ses biens, de communiquer, et d'exister aux yeux des consommateurs. Recherchant de façon perpétuelle la performance, elle associe directement les affiliés aux résultats de leurs partenaires, mais n'est pas sans poser quelques problèmes, notamment lorsqu'elle fait l'objet d'une confusion avec la publicité. Si les deux techniques ont des points communs, tels qu'assurer la promotion d'une activité, d'un bien ou d'une entreprise, elles restent distinctes et concurrentes. L'affiliation connaît certes un formidable essor, et il est indéniable qu'elle fasse désormais partie du paysage de l'économie numérique ; toutefois, elle n'a pas supplanté la publicité.

1207. Sur un plan purement juridique, si la nature et le régime de l'affiliation ne sont pas encore clairement établis, ils s'inspirent des règles de droit existant en tenant compte des spécificités du phénomène. D'ailleurs, certains des aspects de l'affiliation transposent sur Internet ce qui existe déjà dans le monde analogique. Malgré tout, il subsiste quelques difficultés d'adaptation du droit français face à l'évolution des nouvelles techniques, ainsi que quelques lacunes à combler, le droit n'ayant pas répondu à toutes les interrogations suscitées par l'affiliation. L'absence de régime spécifique implique que les parties doivent se montrer vigilantes et établir un réseau de distribution souple et organisé. Fort heureusement, des règles commencent à voir le jour, et la jurisprudence s'y intéresse de près. Car, des litiges apparaissent, notamment relatifs à la responsabilité des partenaires, litiges qui doivent impérativement trouver une solution. A cela, s'ajoute le fait que le mécanisme de l'affiliation nécessite le respect de branches de droit aussi diverses que le droit de la consommation et le droit de la concurrence.

1208. Quant aux contrats d'affiliation eux-mêmes, ils posent la question de la rédaction de leurs clauses, à la fois sur un plan légal et de façon à attirer un maximum d'affiliés. Afin de ne pas perdre de nombreux adeptes, ils doivent garantir une certaine égalité entre les partenaires ainsi qu'un équilibre contractuel. De plus, pour qu'un projet d'affiliation ait le succès escompté, il est conseillé à ceux qui souhaitent y participer ou le mettre en œuvre, de l'inscrire dans la durée, et surtout de le faire vivre dans cette durée. Car, ce n'est que sur le long terme que les résultats d'une collaboration seront significatifs et pertinents. Aussi, la relation des partenaires doit être de qualité et révéler une capacité d'adaptation de chacun, non seulement au contexte socio-économique environnant, mais aussi à leurs activités respectives. Il résulte de ces observations qu'il est probable que le contrat d'affiliation entre à terme dans la catégorie des contrats *sui generis*, révélant des contours, des enjeux ainsi que des contenus mal définis.

Il serait peut-être aussi judicieux d'ouvrir la voie à des contrats d'affiliation spécifiques, négociés, et concernant uniquement certaines catégories d'affiliés. Cela aboutirait à des partenariats intéressants, aux objectifs particuliers. Il s'agirait, par exemple, de contrats conclus *intuitus personae*, entre entreprises notoires, faisant appel à des techniques sur-mesure, et dont les bénéfices seraient également partagés.

Dans tous les cas, avant de se lancer dans l'affiliation, il faut bien en comprendre le mécanisme, les tenants, les aboutissants, les avantages et inconvénients, définir ses objectifs, connaître les acteurs, et avoir conscience des risques qu'une telle opération implique. Il faut également concevoir des créations publicitaires efficaces, définir le système de rémunération le plus approprié, animer de façon optimale son réseau d'affiliés, afin de pérenniser le partenariat et d'établir la meilleure stratégie à adopter pour parvenir aux résultats enviagés... Cela permet d'une part, de répondre à la question d'ensemble : pourquoi faire de l'affiliation ? Et d'autre part, cela pose l'intérêt d'une veille concurrentielle pour connaître les nouveaux modes de rémunération, les nouvelles technologies utilisées, les moyens pour motiver les affiliés...

1209. A l'heure de la Net économie, les acteurs du commerce ne peuvent plus ignorer le potentiel qu'offre l'affiliation -aujourd'hui, bien ancrée- ainsi que l'impact qu'elle suscite sur les réseaux et dans le monde des affaires. C'est sans compter le fait qu'elle a abouti à la création de nouvelles professions, dédiées à l'affiliation. Etant utilisée dans

le cadre du commerce électronique, son évolution semble suivre le même chemin et se développer de façon exponentielle. Il est néanmoins difficile de prévoir avec certitude son avenir. Une chose est certaine : il reste encore fort à faire dans ce domaine, les techniques d'affiliation devant encore évoluer et s'améliorer, afin de fidéliser les affiliés et de maintenir l'intérêt et l'engouement de ceux qui ont déjà adhéré à un programme d'affiliation. Ce n'est qu'à ces conditions qu'un avenir serein en la matière pourra être envisagé.

CONCLUSION

1210. Depuis quelques années déjà, les technologies de l'information et de la communication (T.I.C.) ont vu se profiler des solutions inédites à l'inégalité contractuelle par le biais de techniques diverses aujourd'hui insérées dans notre paysage juridique. Le droit a pris conscience qu'il se devait de s'adapter aux technologies issues du numérique en même temps que ces technologies se devaient de s'adapter au droit, afin de mettre fin au décalage qui existait entre le droit lui-même et la perception que chaque acteur avait du droit. Dès lors, un travail d'adaptation dans les deux sens s'est avéré nécessaire : ce n'est que de cette façon que de véritables solutions ont pu être apportées et que d'autres, encore plus performantes, verront le jour. Dans tous les cas, un audit des risques juridiques s'impose.

Le droit a donc intégré et continue d'intégrer les bouleversements techniques majeurs. Des anciennes technologies mécaniques (telles que celle de l'imprimerie) aux technologies analogiques (comme les enregistrements audiovisuels), en passant par celles ayant un caractère immatériel (radiophonie et télévision hertzienne, puis filaire et satellitaire) ou informatique (Internet), le droit s'est adapté à l'évolution des médias de masse. C'est sans compter la suppression progressive des limites à la publication de tout document (texte, image, son, vidéo...) -sous réserve du respect des droits d'auteur- ainsi que des obstacles économiques, techniques et sociaux à l'accès aux outils de communication.

1211. Quant aux contrats visés, en particulier ceux qui intéressent les technologies informatiques, qu'il s'agisse de licences de logiciels ou de bases de données, de contrats de maintenance ou d'infogérance, tous ont pour particularité d'instaurer une inégalité et un déséquilibre au niveau des relations contractuelles. Fort heureusement, une telle situation n'est pas irrémédiable, dans la mesure où des solutions existent pour y mettre fin. Ces solutions se retrouvent dans d'autres contrats qui, sans être totalement leurs opposés, apportent la stabilité et l'équilibre qui leur manquent tant. Dans le même temps, une certaine liberté plane sur ces contrats, apportant souplesse et flexibilité.

Ainsi, la licence de logiciel propriétaire aura pour remède la licence de logiciel libre, prônant des valeurs telles que la liberté, la gratuité, l'échange et le partage. Si les logiciels propriétaires ont de beaux jours devant eux, les logiciels libres gagnent du terrain et commencent à intéresser différentes catégories d'utilisateurs, qu'ils s'agissent de professionnels, de consommateurs ou d'administrations. De plus en plus, un panel d'individus aux besoins différents a recours aux logiciels libres pour les solutions souples et souvent gratuites qu'ils proposent. Toutefois, c'est sans compter un bémol : bien souvent, un public non averti n'a pas les qualités pour appréhender ces programmes informatiques, ce qui en réserve l'utilisation uniquement à certains « experts » ou aux personnes recevant une formation sur-mesure dans le cadre de leur mission, si l'usage du logiciel est professionnel.

1212. De même, la licence d'utilisation des bases de données aura pour antidote le contrat de référencement dont l'objet est d'enregistrer et de répertorier des sites web auprès des moteurs de recherche ou des annuaires, outils offrant un accès simple et gratuit à l'information. S'il est vrai que cette solution existe depuis plusieurs années, et plus précisément, depuis le début de l'ère Internet, toutes les bases de données en ligne ne sont pas libres d'accès, et l'Internet qui avait à l'origine une vocation de liberté, de gratuité et d'anonymat, est en passe de perdre ses caractéristiques si attractives aux yeux des internautes. Les réseaux numériques ne constituent plus un espace désorganisé faisant état de lacunes juridiques : le droit, y compris le droit de la propriété intellectuelle, y est très présent et les annuaires, moteurs de recherche et autres liens hypertextes n'échappent pas à ses dispositions.

1213. En outre, par rapport aux contrats de maintenance aux allures strictes, créatrices de précarité pour l'une des parties, et ayant pour objet une prestation assez « lourde » pour l'autre partie, les contrats de mise à jour semblent apporter des solutions plus souples et plus légères. Toutefois, si la maintenance comme la mise à jour peut concerner aussi bien un objet informatique, qu'il soit matériel ou immatériel (pour la maintenance : équipement informatique, site web... et pour la mise à jour : logiciel, base de données, lien hypertexte, site web, affiliation, outsourcing...), qu'un objet d'une toute autre nature (maintenance d'un ascenseur, mise à jour d'un livre...), les tenants et les aboutissants des contrats y afférents divergent. C'est sans omettre un type particulier de mise à jour constituée par le brevet de perfectionnement et qui apporte une

amélioration notable à l'invention objet d'un brevet antérieur. Les enjeux sur le plan de la propriété intellectuelle sont donc présents à tous les niveaux, en particulier avec les licences de dépendance qui rétablissent un équilibre entre les droits des deux brevetés, au nom du progrès et de l'intérêt de la société.

Par ailleurs, s'il est difficile de négocier les dispositions d'un contrat de maintenance qui est souvent d'adhésion, la flexibilité offerte par les contrats de mises à jour permet d'y apporter quelques modifications de façon plus aisée.

1214. Enfin, l'affiliation en tant qu'antidote à l'outsourcing, apporte également des solutions inédites. En effet, dans le cadre de l'affiliation, les parties jouissent d'une grande autonomie et connaissent une liberté importante, à l'inverse de l'infogérance où le risque de dépendance de l'une des parties -le client- à l'égard de l'autre -le prestataire- est grand. En effet, il se peut que celui-ci ne puisse plus se passer des services de son cocontractant, le prestataire, et doive alors renouveler son contrat pour des raisons pragmatiques. C'est sans compter les risques technologiques, économiques, juridiques et sociaux... créés par la situation même d'outsourcing. De plus, si les besoins du client ne sont pas nettement définis, et cela, dès la phase précontractuelle, et si l'équipe chargée d'externaliser le système informatique n'est pas compétente, il est probable que la prestation et l'exécution du contrat tout entier ne se déroulent pas sous les meilleures auspices...

Les parties veilleront alors à ce que leur contrat soit rédigé correctement, au mieux de leurs intérêts respectifs, en particulier ceux de la partie faible, à savoir le client, celui-ci n'étant pas toujours le mieux loti, notamment en raison d'une négociation plutôt limitée. Car, un contrat mal rédigé dans le sens où le contenu de ses dispositions est ambigu, confus, et sujet à interprétation, risque de faire tomber la relation contractuelle sous le coup du délit de prêt de main d'œuvre illicite ou de délit de marchandage, en un mot, risque de la mettre en péril. La frontière étant mince entre l'outsourcing et les délits précités, le pas est vite franchi si les parties ne font pas ce qu'il faut pour l'éviter. C'est pourquoi, afin de ne pas subir les affres de qualifications malencontreuses et de s'épargner de nombreux tracasseries, la rédaction du contrat obéira à des règles strictes. Ces recommandations doivent également s'appliquer à l'hypothèse de la reprise de la gestion de son système informatique par le client -ou réversibilité- et dont les enjeux juridiques, notamment sur le terrain de la propriété intellectuelle, sont considérables. Un

tel choix du client dont le but est de remédier à sa précarité et de limiter les risques de dépendance à terme, ne se fait pas à la légère, sinon en connaissance de cause de ces implications. Pour cela, la collaboration entre parties est essentielle. Si celle-ci est présente dans le cadre du contrat d'outsourcing, elle n'est pas aussi développée que dans le contrat d'affiliation, cadre d'un véritable partenariat technique, juridique et commercial, équilibré et bien établi, et dont l'exécution se fait sans la moindre contrainte, de part et d'autre. En effet, un tel montage contractuel fait état d'une grande indépendance entre les parties et d'une liberté étendue. A cela, s'ajoute le fait qu'affilieur comme affilié ne sont tenus que d'une obligation de moyen s'agissant de l'exécution de leurs obligations, ce qui limite leurs responsabilités respectives ainsi que la prise de risques au niveau de leurs actions.

Le contrat d'affiliation regorge d'autres atouts : la faiblesse de l'*intuitus personae*, permettant au plus grand nombre de devenir affilié ; la gratuité ou, du moins, des coûts limités, tant pour l'affilieur que pour l'affilié ; et une facilité de rupture des relations contractuelles, dans la mesure où il est aussi facile de conclure un contrat d'affiliation que d'y mettre fin. Une telle souplesse remédie alors à la rigidité des contrats d'infogérance et permet de bien positionner l'affilieur par rapport à ses concurrents.

1215. De ces développements, il en résulte d'une part, que l'économie de l'immatériel n'est pas l'économie de l'irréel.¹ En effet, les œuvres, les biens et les services issus des technologies numériques apportent une réelle valeur ajoutée à leurs bénéficiaires, qu'ils soient particuliers ou entreprises, auteurs ou investisseurs. Immatériel ne signifie donc pas irréel, que ce soit au sens propre ou au sens figuré. De plus, des conséquences juridiques concrètes découlent de ces éléments, que l'on ne peut ignorer et que l'on se doit de valoriser. Les contrats y afférents s'intégrant alors presque naturellement dans la nouvelle économie ou « Net économie »² et le droit y trouvant toute sa place. Dès lors, les technologies de l'information ainsi que la numérisation des contenus et leur communication sur les réseaux tels que celui de l'Internet déstabilisent profondément cette économie en même temps que les droits de propriété intellectuelle. L'économie évolue donc en même temps que le droit et l'on peut même affirmer que le droit a une fonction économique, de remise en cause des modèles existants et de création de

¹ *Propriété intellectuelle et mondialisation : l'économie de l'immatériel n'est pas l'économie de l'irréel*, P. Breese, Revue Droit et Patrimoine, 2001, p. 96.

² *La net économie*, A. Muller, PUF, coll. Que sais-je ? 2001.

nouveaux, à côté d'une fonction d'élaboration de monopoles et de réservation de droits. Par conséquent, est érigé un espace d'indépendance et de liberté où les moyens de communication tels que l'Internet facilitent l'accès au marché mondial à des entreprises de toute taille et ouvrent le champ de la concurrence.

Quant aux technologies issues du numérique, elles jouent un rôle majeur dans notre société et bouleversent tout sur leur passage : le droit, l'économie et la société dans son ensemble. C'est pourquoi, leur reconnaissance est encadrée et les contrats les concernant sont devenus en quelque sorte le centre de gravité d'une discipline consacrée au droit de l'informatique, des technologies et des réseaux, en même temps que le croisement d'enjeux économiques et industriels. Dès lors, leur appréhension se veut différente de celle qui s'effectue habituellement pour les contrats « classiques ». La politique juridique et notamment de propriété intellectuelle doit tenir compte de tout cela, et de façon générale, de l'environnement numérique qui ne peut plus être ignoré.

D'autre part, le droit et, en particulier, le droit de la propriété intellectuelle, est en permanence à l'épreuve des nouvelles technologies¹, en un mot, du progrès. Le droit évolue et est voué à évoluer de façon continue. Dès lors, son champ d'application s'étend à des domaines nouveaux. Une telle tendance n'est pas prête de s'arrêter dans le sens où tant qu'il y aura innovation, il est fort probable que le droit connaisse des bouleversements, voire des mutations. Le droit protégeant l'innovation, les œuvres issues des technologies de l'information et de la communication font désormais l'objet d'une nouvelle approche du fait de la révolution numérique, et encouragent la concurrence.

De tels changements ont commencé par se produire lorsque l'œuvre numérique et l'œuvre numérisée ont été envisagées comme de véritables marchandises², ce qui s'est traduit juridiquement par des contrats portant sur leur propriété. Toutefois, la convergence technique de ces œuvres ne s'est pas immédiatement accompagnée d'une convergence juridique des régimes applicables.

¹ *Le droit d'auteur à l'épreuve des nouvelles technologies*, in Colloque : « Cycle de conférences de la Cour de cassation - Droit de la propriété intellectuelle : approches juridiques et économiques », 9 novembre 2006, Ph. Chantepie et A. Bensoussan, *Revue Lamy de la concurrence*, 2007, p. 11.

² A titre d'exemple, le terme progiciel est la contraction des termes « produit » et « logiciel ».

1216. Aujourd'hui, il est donc nécessaire de concilier le droit, et notamment le droit d'auteur, avec les technologies de la société de l'information, tant les enjeux économiques, sociaux et culturels sont importants, et tant l'exercice des droits en la matière est déterminant. Il faut également appréhender le droit dans une dimension numérique, apte à concerner le plus grand nombre, et donc différente des dimensions traditionnelles. Il est clair que cela ne se fera pas sans difficultés. Car, si dans certains cas, les intérêts de chaque partie connaissent un certain équilibre, celui-ci demeure néanmoins fragile. Pour y remédier et apporter des solutions pérennes, la route est encore longue et est semée de nombreuses embûches.

ANNEXES

Annexe n° 1 : Contrat de licence d'utilisation de logiciel, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 310-5, édition Lamy, mai 2007, p. 1-6.

Annexe n° 2 : Contrat de licence d'utilisation de progiciel, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 315-10, édition Lamy, mai 2007, p. 1-7.

Annexe n° 3 : Licence de logiciel « sous plastique » (« *Shrink Wrap Licence* »), Licence d'utilisation du logiciel « *LLL* », Centre de Médiation et d'Arbitrage des Techniques Avancées (ATA), p. 1-3.

(http://www.legalis.net/ata/html/contrats_types.html#plastique)

Annexe n° 4 : Licence d'utilisation du logiciel « *Data Becker* », *Data Becker GmbH & Co.KG*, Version 9.6-1, 2010, p.1-8.

Annexe n° 5 : Contrat de licence du logiciel « *Roublac* » (*pour ROUBaix Logiciel d'Aide au Codage*) (concession d'un droit d'utilisation), Direction des Systèmes d'information du Centre Hospitalier de Roubaix, p. 1-8.

Annexe n° 6 : Contrat de licence d'utilisation d'une base de données électronique, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII.355-5, édition Lamy, mai 2007, p. 1-15.

Annexe n° 7 : Contrat de maintenance système, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, édition Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 184-187.

Annexe n° 8 : Contrat de « back up » (maintenance), in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, édition Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 197-200.

Annexe n° 9 : Contrat de maintenance de logiciel, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, édition Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 189-192.

Annexe n° 10 : Contrat d'infogérance, Formulaire Lamy droit de l'immatériel, FII. 340-5, édition Lamy, juillet 2006, p. 1-15.

Annexe n° 11 : Licence Publique Générale *GNU/GPL*, *Free Software Foundation Inc.*, Version 2, Juin 1991, p. 1-8.

Annexe n° 12 : Contrat de licence de logiciel libre *CeCILL*, Commissariat à l'Énergie Atomique (CEA), Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) et Institut National de Recherche en Informatique et en Automatique (INRIA), Version 2, 5 septembre 2006, p. 1-9.

Annexe n° 13 : Contrat de référencement, in *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, édition Delmas, 6^{ème} édition, 2008, p. 247-249.

Annexe n° 14 : Arrêt CA Paris, Pôle 5, 1^{ère} Ch., 30 mars 2011, S.A. *Conté c/MM. Lucien Foscarin et Ludovic Chochoy*
(site de l'INPI : Institut National de la Propriété Industrielle : http://base-jurisprudence.inpi.fr/cindocwebjsp/temporaryfiles/t367/DL_072913/B20110047.pdf)

Annexe n° 15 :

- Brevet d'invention n° FR 91 03464, n° de publication : 2 674 179 : Procédé de fabrication par tri-extrusion d'un crayon à écrire ou à colorier et crayon à écrire ou à colorier comportant une gaine intermédiaire de protection de la mine, déposé le 19 mars 1991. Demandeur : S.A. Conte ; Inventeurs : J. Bachelet, Ph. Chavatte, G. Chochoy, J. Duez, Cl. Fouble et D. Lange.
- Brevet de perfectionnement n° FR 99 15696, n° de publication : 2 802 148 : Procédé de fabrication par tri-extrusion d'un crayon à écrire ou à colorier et crayon à écrire ou à colorier comportant une couche intermédiaire de protection, déposé le 13 décembre 1999. Demandeur : S.A. Conte ; Inventeurs : L. Chochoy, H. Baillieu, J. Bachelet, L. Foscarin.

Annexe n° 16 : Contrat d'affiliation de la S.A. « *Rue du Commerce* » vendant différents types de biens (informatique, high-tech, électroménager, mode, beauté, maison, jeux vidéo, jouets...), p. 1-4.

Voir site: http://www.rueducommerce.fr/home/html/images_affi/contrat_affiliation.doc

Annexe n° 17 : Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « *ProtectAssur* », spécialisée dans la vente d'assurance en ligne, p. 1-3.

Voir site : http://mutuelle.santexia.com/Affiliation/contrat_affiliation.doc

Annexe n° 18 : Contrat d'affiliation de la S.A. « *Mindscape* », spécialisée dans le commerce de CD-ROM, p. 1-4.

Voir site : <http://www.docstoc.com/docs/26405731/contrat-daffiliation>

Annexe n° 19 : Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « *Netquattro* », spécialisée dans la vente à distance de produits et de services de sport, p. 1-6.

Voir site : http://www.fitnessboutique.fr/static/fr/pdf/contrat_affiliation.pdf

Annexe n° 20 : Contrat d'affiliation « *Jurifax* » de la société canadienne « *Jurifax Inc.* », spécialisée dans le domaine de l'édition juridique (modèles de contrats, de documents d'affaires et de politiques d'entreprise, en français et en anglais), par voie électronique, 2005, p. 1-4.

Voir site : <http://www.jurifax.com/contaff.html>

Annexe n° 21 : Contrat d'affiliation « *Marque blanche Spray* » de la S.A.R.L. « *Izeos* », spécialisée dans les offres et annonces d'emploi dans le domaine de la santé, et dans la formation médicale, p. 1-4.

Voir site : http://www.emploisoignant.com/doc/contrat_spray.pdf

Annexe n° 22 : Article 2 al. 2, Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « *eco-SAPIENS* », spécialiste des produits ayant une plus-value sociale ou environnementale, p. 1-4.

Voir site : http://www.eco-sapiens.com/pdf/contrat_affiliation.pdf

Annexe n° 23 : Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « *Public-Idées* », spécialisée dans la fourniture de services à la performance sur Internet, p. 1-6.

Voir site : <http://www.publicidees.com/affilies.php?a=etape1>

Annexe n° 24 : Contrat d'affiliation de la S.A.R.L. « *AstroQuick* », spécialisée dans l'astrologie, p. 1-5.

Voir site : http://www.astroquick.fr/astrologie_affiliation_cond.htm

Bibliographie

En raison de l'étendue du champ de cette recherche, la présente bibliographie est nécessairement sélective. Y figure ainsi, sans exhaustivité, les principales références utilisées lors de son élaboration.

OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

AZEMA Jacques et GALLOUX Jean-Christophe, Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 6^{ème} édition, 2006.

BERTRAND André, Le droit d'auteur et les droits voisins, Masson, Paris, 2^{ème} édition, 1999.

BRUGUIERE Jean-Michel, Droit des propriétés intellectuelles, Ellipses, 2005.

BURST Jean-Jacques, Breveté et licencié. Leurs rapports juridiques dans le contrat de licence, Litec, Librairies Techniques, collection CEIPI, 1970.

BURST Jean-Jacques, Les limites de l'autonomie de la volonté dans les contrats relatifs aux brevets d'invention (Mélanges), Litec, 1997.

CARBONNIER Jean, Droit civil, Les obligations, Tome 4, Thémis Droit Privé, PUF, 22^{ème} édition, 2000.

CHAVANNE Albert et AZEMA Jacques, Le nouveau régime des brevets d'invention, commentaire de la loi du 13 juillet 1978, Sirey, 1979.

CHAVANNE Albert et BURST Jean-Jacques, Droit de la propriété industrielle, Précis Dalloz, 5^{ème} édition, 1998.

COLOMBET Claude, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Dalloz, 9^{ème} édition, 1999.

DESSEMONTET François, La notion d'invention dépendante en droit des brevets, Mélanges Paul PIOTET, 1990.

FERAL-SCHUHL Christiane, Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet, Dalloz, 5^{ème} édition, 2009/2010.

FOYER Jean et VIVANT Michel, Le droit des brevets, PUF, collection Thémis droit, 1^{ère} édition, 1991.

GALLOUX Jean-Christophe, Droit de la propriété industrielle, Dalloz, collection « Cours Dalloz », 2^{ème} édition, 2003.

GAUTIER Pierre-Yves, Propriété littéraire et artistique, PUF, 6^{ème} édition, 2007.

- HOLLANDE Alain et LINANT DE BELLEFONDS Xavier, Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet, Editions Delmas, 6^{ème} édition, 2008.
- HUET Jérôme, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2001.
- HUET Jérôme et MAISL H., Droit de l'informatique et des Télécommunications, Litec, 1989.
- LARRIEU Jacques, Droit de l'Internet, Ellipses, 2005.
- LARROUMET Christian, Droit civil, Les obligations, Le contrat, Tome 3, Economica, 1996.
- LEPAULLE Renée-Pierre, Les droits de l'auteur sur son œuvre, Dalloz, 1927.
- LE TOURNEAU Philippe, Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 6^{ème} édition, 2010/2011.
- LE TOURNEAU Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz collection « Dalloz Action », 2010/2011.
- LINANT DE BELLEFONDS Xavier, Droits d'auteurs et droits voisins, Dalloz, 2002.
- LUCAS André, Droit d'auteur et numérique, Litec, 2^{ème} édition, 1998.
- LUCAS André, DEVEZE Jean et FRAYSSINET Jean, Droit de l'informatique et de l'internet, PUF, collection Thémis droit privé, 2^{ème} édition, 2001.
- LUCAS André, Propriété littéraire et artistique, Dalloz, collection « Connaissance du droit », 2^{ème} édition, 2003.
- LUCAS André et LUCAS Henri-Jacques, Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, 2^e édition, 2001.
- MALAUURIE Philippe, AYNES Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, Droit civil, Tome 6, Les contrats spéciaux, Edition Cujas, 14^{ème} édition, 2001.
- MATHELY Paul, Le droit français des brevets d'invention, édition Librairie des J.N.A. (Journal des Notaires et des Avocats), 1974.
- MATHELY Paul, Le nouveau droit français des brevets d'invention, édition Librairie des J.N.A. (Journal des Notaires et des Avocats), 1991.
- MOUSSERON Jean-Marc et SONNIER Annie, Le droit français nouveau des brevets d'invention : loi du 13 juillet 1978, préface J. Foyer, Litec, collection CEIPI, 1978.
- MOUSSERON Jean-Marc, Traité des brevets, Litec, 1984.
- MOUSSERON Jean-Marc, Traité des brevets, L'obtention des brevets, Tome 1, Litec, collection CEIPI, 1999.

POLLAUD-DULLIAN Frédéric, Droit de la Propriété industrielle, Montchrestien, collection Domat Droit Privé, 1999.

POUILLET Eugène, Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique, Marchal et Billard, 6^{ème} édition, 1915.

ROLAND Henri et BOYER Laurent, Adages du droit français, Litec, 4^{ème} édition, 1999.

SABATIER Marc, L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique, Librairies Techniques, Litec, collection du CEIPI, 1976.

SCHMIDT Joanna, L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968, Litec, collection du CEIPI, 1972.

SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna et PIERRE Jean-Luc, Droit de la propriété industrielle, Litec, 4^{ème} édition, 2007.

SIRINELLI Pierre, Propriété littéraire et artistique, Mémento Dalloz, 2^{ème} édition, 2003.

TERRE François, Les obligations, Dalloz, 1999.

VIVANT Michel, Juge et loi du brevet : approche du droit de brevet, Litec, 1977.

VIVANT Michel, Les contrats du commerce électronique, Litec, 1999.

VIVANT Michel et LE STANC Charles, Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, 2003, édition Lamy.

VIVANT Michel et LE STANC Charles, Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, 2010, édition Lamy.

WARUSFEL Bertrand, La propriété intellectuelle et l'Internet, édition Flammarion, collection Dominos, 2001.

OUVRAGES SPECIALISES

AFNOR, Ingénierie et qualité du logiciel et des systèmes, édition Afnor, 2002, Tomes 1 et 2.

ATIAS et LINOTTE, Le mythe de l'adaptation du droit au réel, Dalloz, 1977.

BENSOUSSAN Alain, Informatique, Télécoms, Internet, Editions Francis Lefebvre, 2001.

BENSOUSSAN Alain, Maîtriser les Contrats IBM, Mémento-guide, Hermès Science, édition Lavoisier, 2004.

BITAN Hubert, Contrats informatiques, Litec, 2002.

BITAN Hubert, Droit des contrats informatiques et pratique expertale, édition Lamy, collection Lamy Axe Droit, 2007.

BITAN Hubert, Droit des créations immatérielles : logiciels, bases de données, autres œuvres sur le web 2.0, édition Lamy, collection Lamy Axe Droit, 2010.

BITAN Hubert, Protection et contrefaçon des logiciels et des bases de données : droits et sanctions, édition Lamy, collection Lamy Axe Droit, 2006.

BURST Jean-Jacques, Breveté et licencié, Litec, Librairies techniques, 1970.

CAMP Robert C, Le benchmarking : pour atteindre l'excellence et dépasser vos concurrents, collection hommes et techniques, Les éditions d'organisation, 1993.

DENOIX Antoine, L'affiliation : bâtir, administrer et animer un programme, édition Dunod, collection Tendances Marketing, 2010.

FORGERON Jean-François, Le logiciel et le droit : Propriété, protection, licence, édition depuis la loi du 10 mai 1994, Mémento-Guide Alain Bensoussan, édition Hermès Science, 1994.

GHERNAOUTI-HELIE Solange et DUFOUR Arnaud, De l'ordinateur à la société de l'information, édition PUF, collection Que sais-je ? 1999.

HUET Jérôme, De la « vente » de logiciel, *in* Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001.

LAMON Bernard, Livre blanc sur le logiciel libre, Le droit des licences Open Source : Quelles règles pour les entreprises ? Version 1.1, août 2009.

LARRIEU Jacques, L'ingénierie des mots, Libre Droit, *in* Mélanges Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008.

LE TOURNEAU Philippe, Théorie et pratique des contrats informatiques, Dalloz, collection « Dalloz référence », 2000.

LEPAGE Agathe, Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet, Litec, 2002.

LEVY Pierre, L'anneau d'or, édition Multitudes, mai 2001.

MOUSSERON Jean-Marc, RAYNARD Jacques, et REVET Thierry, De la propriété comme modèle, *in* Mélanges offerts d'André Colomer, Paris, Litec, 1993.

MULLER Andrée, La net économie, PUF, collection Que sais-je ? 2001.

PERLINE et T. NOISETTE, La bataille du logiciel libre : dix clés pour comprendre, édition La découverte, 2004.

RAYMOND Eric Steven et YOUNG Bob, La cathédrale et le bazar, édition O'Reilly & Associates, 2001.

RENARD Isabelle, L'externalisation en pratique, Editions d'Organisation, 2^{ème} édition, 2005.

REVILLARD Diane, Livre blanc organisations et logiciels libres, Version 1.0, Diermark, 6 septembre 2005.

ROBIN Agnès, La copropriété intellectuelle – Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle, éd. Pu Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2006.

TORVALDS Linus et DIAMOND David, Il était une fois Linux. L'extraordinaire histoire d'une révolution accidentelle, Osman Eyrolles Multimédia, 2001.

TOUBOL Frédérique, Le logiciel, analyse juridique, LGDJ, 1986.

VERBIEST Thibault, Commerce électronique : le nouveau cadre juridique, édition Larcier, 2004.

VERBIEST Thibault et WERY Etienne, Le droit de l'Internet et de la société de l'information : droits européen, belge et français, préface de M. Vivant, édition Larcier, 2002.

VIRICEL André, Le droit des contrats de l'informatique, édition Le Moniteur, 1984.

YOUNG Robert et STALLMAN Richard Matthew, Open sources – voices from the Open Source Revolution, édité par Chris Dibona, Sam Okman et Mark Stone, édition O'Reilly & Associates, janvier 1999.

LEXIQUES

Dictionnaire des termes officiels de la langue française, J.O.R.F. de 1994.

BERNAULT Carine et CLAVIER Jean-Pierre, Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle, Ellipses, 2008.

CORNU Gérard, Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, PUF, collection Quadrige Dicos Poche, 2011.

GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean, Lexique de termes juridiques, Editions Dalloz, 2010.

ETUDES ET RAPPORTS

Etude CERDI-Art 3000, pour le Ministère de la Culture, 1996.

Rapport ATICA, Guide de choix et d'usage des licences de logiciels libres pour les administrations, décembre 2002.

CARAT J., Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Culturelles, JO Rapport Sénat, 2^e session, 1991-1992, n° 281.

ARTICLES DE PRESSE et MAGAZINES

BRAFMAN Nathalie et FOUCART Stéphane, L'Etat veut diminuer ses dépenses informatiques grâce aux logiciels libres, Le Monde, 21 juin 2004.

EUDES Yves, Vive le logiciel libre, Le Monde informatique, 18 mars 1996.

FERNANDEZ Pascal et AMOUZOU Patrick, Affaire Keljob : les moteurs de recherche sous liberté surveillée, Les Echos 15 octobre 2001.

FIMBEL Eric, Enjeux et limites de l'externalisation, Expansion Management Review 2002/104, p. 43 et s.

HELM Leslie, Microsoft, un monopole en toute impunité, Los Angeles Times, Courrier International n° 320-321 du 19 décembre 1996, p. 40.

JARRY E. et VEY J.-B., L'Etat se tourne vers le logiciel libre, Libération, 18 juin 2004.

JAY C. et PUYBAREAU F., Les logiciels libres réalisent une percée face à Microsoft dans les administrations, La Tribune, 22 juillet 2004.

PARIZOT T., Huit ans d'infogérance pour le service de l'aéronautique de la marine nationale, Le Monde informatique, 21 mars 2003, p. 42.

PISANI F., Les glaneurs d'informations sur Internet se perfectionnent, Le Monde, 6 mai 1996, p. 19.

PORTEY M., La responsabilité d'un éditeur, Carottes sauvages ou cigüe ? Le Monde, 31 mai 1986.

SHANKLAND S., Un tribunal allemand valide le bien fondé de la licence GPL, www.zdnet.fr, avril 2004.

SMETS J.-P., L'économie du logiciel libre, un point de vue de l'utilisateur, Le Micro Bulletin, 1998, n° 75 (<http://www.smets.com/>)

SU J.-B., Le logiciel libre devient payant, L'Expansion, 18 mars 2004.

Guide de l'externalisation des activités de l'entreprise, supplément au numéro 752 du magazine « Gestion finance » du 29 septembre 2003.

Guide de choix et d'usage des licences de logiciels libres pour les administrations, décembre 2002, PC Impact, août 2004, n° 2.3.2, p.7.

Microsoft loue les licences pour contourner la crise, Les Echos.net, 21 octobre 2002.

Prospection commerciale par courrier électronique : le nouvel article L. 121-20-5 du Code de la consommation, Légipresse, n° 215, octobre 2004.

Tarification : Microsoft étend la location d'office, Le Monde informatique, 1^{er} février 2002.

THESES et MEMOIRES

Mémoires

CLEMENT-FONTAINE Mélanie, La licence publique générale GNU, sous la direction de Michel Vivant, Université de Montpellier I, 1998/1999, 51 pages.

JOCQUEL Grégoire, Les licences libres en droit français : analyse comparée CeCILL – GNU GPL, sous la direction de Pierre Sirinelli, Universités Paris XI-Paris I, 2003/2004, 60 pages.

LINSOLAS Julien, Le logiciel libre, sous la direction de Pierre Sirinelli, Universités Paris XI-Paris I, 2001/2002, 63 pages.

Thèses

PROAL Frédéric, La responsabilité du fournisseur d'information en réseau, sous la direction de M. Jacques Mestre. Thèse : Droit : Université d'Aix-en-Provence, 1996.

RIEFA Christine, L'Internet et le droit du marché –Droit de la concurrence et droit de la consommation, sous la direction de M. Jean Calais-Auloy. Thèse : Droit : Université de Montpellier I, 2002.

TOUBOL Frédérique, Le logiciel : analyse juridique, Thèse FEDUCI-LGDJ, 1986.

DIVERS

Cyber-Consommation : les nouvelles tendances, Forum des Droits sur l'Internet, mars 2004, p. 19.

Copyright protection of computer software in civil law countries, in Legal protection of computer software Oxford, E.S.C. publishing Ltd 1981, p. 92 s.

REPERTOIRES

Répertoire civil Dalloz Jurisprudence Générale, V° « *Biens* », Libchaber Rémy, 3^{ème} édition, 2007, n° 41.

Répertoire civil Dalloz Jurisprudence Générale, V° « *Contrat de maintenance* », 3^{ème} édition, 2007.

Répertoire civil Dalloz Jurisprudence Générale, V° « *Louage, Du contrat de louage* », V. Tronplong, 3^{ème} édition, 2007, n° 4, p. 72.

Répertoire commercial Dalloz Jurisprudence Générale, V° « *Brevet d'invention* », Chavanne Albert et Azema Jacques, 2^{ème} édition, n° 282 et s.

JURISCLASSEURS

SABATIER Marc, Jurisclasseur Commercial et Brevets, fascicule n° 520, « *Mesures autoritaires sur brevet* », 1988.

COLLOQUES

Aspects actuels de la contrefaçon : actes de la 3^{ème} rencontre de propriété industrielle, Colloque Lyon 1974, Litec, 1975.

Inventions et droits antérieurs : actes de la 7^{ème} rencontre de la propriété industrielle, Lyon, 1978, Litec, Collection du CEIPI, 1979.

Interventions :

- Azéma J., « Les aspects juridiques de la dépendance », p. 137 ;
- Burst J.-J., « Le régime juridique du perfectionnement », p. 55 ;
- Rosset J.-B., « Les aspects techniques de la dépendance », p. 151 ;
- Vigand P., « La notion de perfectionnement », p. 29 ;

Les innovations de la loi du 2 janvier 1968 en matière de brevet d'invention : actes du colloque de Strasbourg, 1971, Litec, 1972.

ETUDES ET RAPPORTS

Etude CERDI-Art 3000, 1996 pour le Ministère de la Culture.

CARAT J., Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Culturelles, JO Rapport Sénat, 2^e session, 1991-1992, n° 281.

ARTICLES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

ALEXANDER R., Prouver la non-conformité, Expertises des systèmes d'information, 1996, n° 197, p. 322.

AMOUZOU Patrick, Les logiciels libres et l'industrie du logiciel, Les Petites Affiches, 27 janvier 2003, n° 19, p. 10.

ARCHAMBAULT J.-P., L'industrie du logiciel à la croisée des chemins? L'économie du libre, Médialog, n° 42, janvier 2002, p. 52 et s.

ARSAC-RIBEYROLLES Audrey, L'abus à la baisse dans la fixation de prix, Les Petites Affiches, 27 janvier 2006, n° 20, p. 10-13.

AUBERT DE VINCELLES Carole, Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix, Recueil Dalloz Sirey, 2 novembre 2006, n° 38, p. 2629-2637.

AUROUX Jean-Baptiste et MATAKOVIC Sarah, La nature « complexe » du jeu vidéo : pour quel régime juridique ? Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2009, n° 52, étude n° 1738, p. 94-99.

AZZABI Zaïna, La qualification juridique du jeu vidéo : l'essai non transformé de la Cour de cassation, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2009, n° 52, étude n° 1737, p. 92-93.

BAC Annie, Il ne faut pas sous-estimer les questions de droits d'auteur lors de la création d'un site internet, JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 15 juin 2000, n° 24, p. 930-932.

BALBO-IZARN Nathalie, Le professionnel face aux risques informatiques, Les Petites Affiches, 16 février 2001, n° 34, p. 4-12.

BARBRY Eric, Spam et prospection commerciale : pas de vide juridique mais des modifications nécessaires, Gazette du Palais, 22 avril 2004, p. 113.

BARON Xavier, Atouts et limites de l'extériorité, Expansion Management Review 2008, n° 132, p. 20 et s.

BELLOIR Philippe, La décompilation d'une disquette est-elle licite, Expertises des systèmes d'information, 1^{er} juin 1998, n° 216, p. 190-191.

BELLOIR Philippe, Le cadre juridique du contrat d'affiliation sur Internet, Expertises des systèmes d'information, n° 245, 1^{er} février 2001, p. 63-65.

BERGOIN Eric, Détermination du prix par référence au marché, Gazette du Palais, 6 avril 1997, n° 96, p. 3-13.

BEY El-Mokhtar, Du contrat de facilités management, Gazette du Palais 1991, 1, doctrine, p. 19.

BEY El-Mokhtar, Le financement des logiciels : peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel ? Gazette du Palais 1985, 2, doctrine, p. 396.

BITAN Hubert, La délivrance des progiciels de gestion intégrée ERP, Gazette du Palais, 15 juillet 2001, n° 196, p. 10-15.

BITAN Hubert, Le droit de l'informatique, forgé par la jurisprudence, Revue Lamy Droit de l'immatériel, 1^{er} novembre 2009, n° 54, p. 57-67.

BITAN Hubert, Vices cachés et non-conformité en matière informatique : critères de distribution jurisprudentiels et doctrinaux (1^{ère} partie), Expertises des systèmes d'information, mai-juin 1995, n° 183, p. 184-188. Et 2^{ème} partie, n° 184, p. 224-228.

BONENFANT R. et autres, La sous-traitance : stratégie toujours gagnante ou pari risqué ? Revue française de gestion industrielle, 2005, n° 2, p. 13 et s.

BOURDONCLE F. et BERTIN P., Recherche d'aiguilles dans une botte de liens, La Recherche, n° spécial Internet, février 2000, p. 66.

BRAIZE François, Nouvelles technologies de l'information et dépôt légal : new information technology and registering copyright, Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1^{er} août 1994, n° 2, p. 18-22.

BREESE Pierre, Propriété intellectuelle et mondialisation : l'économie de l'immatériel n'est pas l'économie de l'irréel, *Revue Droit et Patrimoine*, 2001, p. 96.

BRUGUIERE Jean-Marie, Le droit à l'interopérabilité, *Communication Commerce Electronique*, 1^{er} février 2007, n° 2, p. 8-13.

BRUNET Andrée et GHOZI Alain, Les arrêts du 1^{er} décembre 1995 et la théorie du contrat : la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, *Recueil Dalloz Sirey*, 8 janvier 1998, n° 1, p. 1-9.

BURST Jean-Jacques et MOUSSERON Jean-Marc, Droits et accords industriels, *JCP E Semaine Juridique (édition entreprise)*, 1995, n° 38, p. 471.

BURST Jean-Jacques et SICCARDI L., De quelques difficultés d'interprétation de la loi du 2 janvier 1968, *JCP* 1971, I, 2404 bis.

CALVO Jean et FRUCHARD G., Du nouveau en matière de brevets d'invention : La loi n° 78-742 du 13 juillet 1978, *Gazette du Palais*, 1979, n° 1, p. 125.

CAPRIOLI Eric, Contrats informatiques et clauses abusives (Recommandation n° 95-2 de la Commission des clauses abusives en matière de contrats relatifs à l'utilisation de logiciels), *Contrats Concurrence Consommation*, 1^{er} juin 1996, n° 6, p. 1-4.

CARON Christophe, Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle, *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 22 septembre 2004, n° 39, p. 1623-1626 ; *Cahiers de droit de l'entreprise*, 14 octobre 2004, n° 4, p. 3-6.

CARON Christophe, Histoire d'un vers protégé et d'une exception prétorienne au monopole, *Communication Commerce Electronique*, 1^{er} juillet 2003, n° 7, p. 26-27.

CARON Christophe, Le logiciel confronté à l'œuvre collective, *Expertises des systèmes d'information*, n° 202, p. 73.

CARON Christophe, Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français, *Recueil Dalloz Sirey*, 12 juin 2003, n° 23, p. 1556-1559.

CARON Christophe, Logiciel, œuvre collective ou œuvre de collaboration ? *Expertises des systèmes d'information*, 1^{er} janvier 1996, n° 190, p. 31-34.

CASAL Charles, Les contrats de maintenance : aléa et risques d'annulation, *Expertises des systèmes d'information*, 1^{er} mai 2007, n° 314, p. 179-181.

CHABAS François, La réforme de la clause pénale, loi n° 75-597 du 9 juillet 1975, *Recueil Dalloz Sirey* 1976, p. 229, spécial, p. 234.

CHALARON Yves, Pour un nouveau concept pénal du marchandage ou « trafic de main d'œuvre », *Droit social*, 1980, p. 507.

CHALLINE Philippe, L'informatique et le régime des sources, *Recueil Dalloz Sirey*, 29 mai 1997, n° 21, p. 162-166.

CHANTEPIE Philippe et BENSOUSSAN Alain, Le droit d'auteur à l'épreuve des nouvelles technologies, *in* Colloque : « Cycle de conférences de la Cour de cassation - Droit de la propriété intellectuelle : approches juridiques et économiques », 9 novembre 2006, Revue Lamy de la concurrence, 2007, p. 11.

CHAVANNE Albert, La loi du 2 janvier 1968, JCP 1968, I, 2186 et Revue Trimestrielle du Droit commercial, 1968, p. 677.

CHOISY Marie-Gaëlle, Banques de données, aspects contractuels, Agence de l'informatique, 1983, p. 23.

CHOISY Marie-Gaëlle, La responsabilité des parties dans les contrats conclus entre serveurs et utilisateurs de banques de données, *in* La Télématique, tome II, p. 49 et s., spécialement II : « La responsabilité du producteur » (cf. : Lamy droit de l'informatique et des réseaux, M. Vivant et Ch. Le Stanc, édition 2003, p. 1753).

COHEN Maurice, Les droits des salariés protégés en cas de changement d'employeur, Droit Social, 1^{er} mars 1997, n° 3, p. 263-269.

CORDIER Gaëtan et GUILDFORD Dan, De quelques difficultés pratiques des phases préparatoires des opérations d'outsourcing informatique : approche franco-britannique, Communication Commerce Electronique 1^{er} juillet 2009, fiche pratique n° 7, juillet 2009, p. 47-48.

CORDIER Gaëtan, La clause de recette dans les contrats informatiques : petit rappel des grands principes, Contrats Concurrence Consommation 2008, fiche pratique n° 1, p. 51.

CORDIER Gaëtan, KENNEDY John et RITCHIE Malissa, Les contrats d'outsourcing en temps de crise : une approche internationale, Communication Commerce Electronique, Revue mensuelle LexisNexis Juris-classeur, 1^{er} février 2009, n° 2, p. 50-52.

COTTEREAU Vincent, Les logiciels créés par les employés, édition du Juris-classeur, Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, 1^{er} mars 1996, n° 3, p. 1-2.

COUSIN Anne, « Google Suggestions » : injure sans intention de nuire ou dénigrement involontaire ? Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 1^{er} août 2009, n° 52, étude n° 1714, p. 26-28.

COUTURIER Gérard, L'article L. 122-12 du Code du travail et les pratiques d'«externalisation», Droit social, 1^{er} septembre 2000, n° 9-10, p. 845-851.

CREMER J. et GAUDEUL A., Quelques éléments d'économie du logiciel libre, Réseaux 2004, n° 124, p. 111.

CROS L., Les contrats à exécution échelonnée, Recueil Dalloz Sirey, 1989, n° 49.

CROZE Hervé et BISMUTH Yves, Le contrat dit de licence de logiciel, JCP E Semaine Juridique (édition entreprise) 1986, II, 14659, p. 122.

CROZE Hervé et SAUNIER Franck, Logiciels : retour aux sources, JCP N Semaine Juridique (édition notariale et immobilière), 14 juin 1996, n° 24, p. 885-892 ; JCP G Semaine Juridique (édition générale), 21 février 1996, n° 8, I, 3909, p. 93-100.

CURTELINE Christophe, L'utilisation des liens hypertextes, des frames ou des méta-tags sur les sites d'entreprises commerciales, Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1^{er} juillet 1999, n° 3, p. 6-21.

DARMAISIN Stéphane, L'applicabilité de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail aux opérations d'externalisation, Cahiers Droit de l'entreprise, 1^{er} mai 2006, n° 3, p. 21-27.

DE BADEREAU Denis, Les risques de l'informatique, Gazette du Palais, 4 août 1999, n° 216, p. 28-30.

DE BOISSE Hubert, Bases de données : prééminence du droit de la concurrence sur le droit *sui generis*, Expertises des systèmes d'information, 1^{er} janvier 2003, n° 266, p. 23-26.

DE BOISSE Hubert et LERICHE Stéphane, Le droit *sui generis* de protection des bases de données mis hors jeu par le droit des ressources essentielles, Expertises des systèmes d'information, 1^{er} juin 2002, n° 260, p. 216-220 ; Legalis.net, 1^{er} juin 2002, n° 259, p. 216-220.

DE CORDOVEZ Marie-Laure et LIPOVETSKY Sabine, La loi Toubon confrontée aux nouvelles technologies de l'information, Communication Commerce Electronique, 1^{er} juin 2002, n° 16, p. 19-22.

DELAMER F. et VAN ECKHOUT Arnaud, Licence de logiciel : son régime juridique à l'épreuve de la pratique, Revue Droit des Contrats, 1^{er} juillet 2004, n° 3, p. 817.

DEPREZ Jean, Un nouveau bilan sur l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail, Revue de Jurisprudence Sociale, 1991, p. 71.

DE ROQUEFEUIL Benoît, Dossier spécial logiciels libres et ouverts : Une liberté sous contrainte, L'Informatique Professionnelle n° 206, août-septembre 2002, p. 4.

DE ROQUEFEUIL Benoît, La protection des logiciels libres : les limites du copyleft, Gazette du Palais, 22 janvier 2003, n° 22, p. 7-8.

DE ROQUEFEUIL Benoît et BOURGEOIS Matthieu, Logiciel libre et licence CeCILL : une transposition fidèle des principes de la licence GNU GPL dans un contrat de droit français, Gazette du Palais, 17 avril 2005, n° 107, p. 12-14

DESBOIS Hélène, *in* La protection juridique des logiciels, Le Stanc Charles, JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 1984, n° 24, p. 25.

DIETRICH Yann, Logiciels Opensource : une réalité juridique au sein des entreprises, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 1^{er} avril 2005, n° 4, p. 28-31.

DIMEGLIO Arnaud, Les contrats de référencement dans l'Internet, Communication Commerce Electronique, 1^{er} mars 2001, n° 3, p. 14-17.

DREYER Emmanuel, Dépôt légal et droit d'auteur, le problème de la consultation des documents déposés, Les Petites Affiches, 16 décembre 1994, n° 150, p. 15-19.

DREYER Emmanuel, Le logiciel : une nouvelle œuvre collective ? Expertises des systèmes d'information, n° 223, p. 26.

DUONG Lé-My, Le traitement juridique du préjudice « immatériel », JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 31 mars 2005, n° 13, p. 562-568.

DUPUIS-TOUBOL Frédérique et VERGNE François, Le contrat de Facilities Management, JCP E, 1993, I, n° 9-10, chronique n° 225, p. 111 ; Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1993, n° 1, p. 8-15.

DUVERT Cyrille, La propriété collective, Les Petites Affiches, 6 mai 2002, n° 90, p. 4-15.

EGRET Benjamin et KAPLUN Yasmine, La nécessaire interprétation des licences relatives aux logiciels libres, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 1^{er} janvier 2006, n° 12, p. 51-53.

FABRE Cyril, Liens hypertextes profonds : une confirmation du caractère (il)licite de principe ? Expertises des systèmes d'information, 1^{er} novembre 2001, n° 253, p. 376-381.

FABRE Régis, Les clauses d'adaptation dans les contrats, Revue trimestrielle du droit civil 1983, p. 1.

FERNANDEZ Pascal, Actualité des technologies avancées, Les Petites Affiches, 27 janvier 2003, n° 19, p. 10-21.

FERNANDEZ Pascal, Conception de site web et propriété intellectuelle, Expertises des systèmes d'information, 1^{er} août 2001, n° 251, p. 301-303.

FLAMBARD Guillaume, Contrat d'infogérance : faute du client, maître d'ouvrage informatique et inexécution d'une obligation de sécurité, Expertises des systèmes d'information, 2007, p. 31.

FOREST David, L'identité numérique menacée par les marchands ? Legalis.net, 2004, n° 3, p. 33-51.

FORGERON Jean-François, Le dépôt légal appliqué aux nouvelles technologies, Gazette du Palais 1992, n° 2, p. 809.

FOUCHARD Philippe, L'adaptation des contrats à la conjoncture économique, Revue d'arbitrage 1979, p. 67.

FOUSSAT Bernard, Informatique et risque de responsabilité, Gazette du Palais, 4 août 1999, n° 216, p. 22-24.

FOYER Jean, Le brevet d'invention français après la loi du 13 juillet 1978, Propriété Industrielle, Bulletin de Documentation 1978, n° 223, p. 1.

FUENTES CAMACHO Teresa et De PADIRAC Bruno, Les logiciels libres : plus de démocratie ou d'argent dans la société de l'information, *Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1^{er} octobre 1998, n° 4, p. 18-22.

FUENTES CAMACHO Teresa et De PADIRAC Bruno, Logiciels libres dans la société de l'information numérique : enjeux juridiques, économiques et sociaux, *in* Le droit de l'informatique au tournant du millénaire, Actes de l'IFCLA-AFDIT (International Federation of Computer Law Associations – Association Française du Droit de l'Informatique et de la Télécommunication), 2001, sous la direction de Xavier Linant de Bellefonds, p. 169.

GAGLIONE Renaud, Perfectionner, c'est contrefaire ? *Revue Droit de Propriété Industrielle*, avril 2000, n° 110, p. 13-15.

GALLOUX Jean-Christophe, Le droit du brevet à l'aube du 3^{ème} millénaire, *JCP édition, générale*, n° 1-2, 5 janvier 2000, p. 18.

GALVEZ-BEHAR Gabriel, La propriété industrielle est-elle une propriété ? Le débat sur la loi relative aux brevets d'invention à la Chambre des pairs (1843), 2007/4, n° 49, p. 108-110.

GAUDILLERE Pascal, Licences de logiciels libres et risques juridiques, *Communication Commerce Electronique*, 1^{er} avril 2005, n° 4, p. 22-23.

GAUDRAIS V. et MOYSE Pierre-Emmanuel, Droits des auteurs et droits de la consommation dans le cyberspace, la relation auteur-utilisateur, *Cahiers de Propriété Intellectuelle*, 1996, p. 1.

GHITALLA F., Arpenter le web : liens, indices, cartes, *Terminal* 2002/86, p. 41.

GIROT Clarisse, La validité des licences de logiciels sous plastique en droit français : les enseignements du droit comparé, *Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms* 1998, n° 1, p. 7-14.

GOUTAL L., La protection juridique du logiciel, *Droit Social* 1984, n° 33, p. 197.

GRYNBAUM Luc, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, une immunité relative des prestataires de services Internet, *Communication Commerce Electronique*, 2004, n° 9, Etude n° 28, p. 36-39.

GUILLEUX Gautier-Alexandre, Freeware, shareware, cryppleware : présentation et classification des logiciels en libre copie, *Gazette du Palais*, 15 avril 1997, n° 1, p. 630 ; *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1997, n° 1, p. 12 ; *Revue Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1^{er} janvier 1997, n° 1, p. 12-20.

HARDOUIN Ronan, La maintenance de logiciel à l'épreuve de la théorie des facilités essentielles : quand le droit d'auteur tue le droit d'auteur, *Juriscom*, 24 février 2006, n° 8, p. 1-8.

HASSLER Théo, Œuvre multimédia : vers une qualification plus complexe, mais plus fine que précédemment, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 1^{er} août 2009, n° 52, n° 1739, p. 100-103.

HAYAT Mirko, Euro et comptabilité, JCP E Semaine Juridique (édition entreprise) 1997, n° 1, p. 452.

HUGON Christine, La responsabilité des acteurs de l'Internet dans la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Contrats, Concurrence, Consommation, 1^{er} novembre 2004, n° 11, p. 7-9.

HUET Jérôme, Les contrats encadrant les transferts de données personnelles, Communication Commerce Electronique, 1^{er} mai 2001, n° 5, p. 8-14.

HUET Jérôme, Une loi peut en cacher une autre : mise en perspective de la loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux, Recueil Dalloz Sirey Affaires, 9 juillet 1998, n° 124, p. 1160-1164.

JOSSELIN-GALL Muriel, Les contrats d'exploitation du droit de la propriété littéraire et artistique, GLN/Joly, 1995, n° 305 et 358.

JULLIEN Nicolas et ZIMMERMANN Jean-Benoît, Le logiciel libre : une nouvelle approche de la propriété intellectuelle, Revue d'économie industrielle, Groupement de Recherche en Economie Quantitative d'Aix-Marseille, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Universités d'Aix-Marseille II et III, 2002, n° 99, p. 159.

KEELAGHAN T., Linux, logiciels libres et licences, Communication Commerce Electronique, février 2002, n° 6, spécial, p. 18.

LABBE Philippe, Esquisse des représentations des usages du logiciel libre, *in* Terminal, Logiciels libres : de l'utopie au marché, édition L'Harmattan, automne/hiver 1999, n° 80 et 81, p. 71-75.

LALLEMAND J. et LARRIERE S., La réversibilité dans les contrats d'externalisation, Revue des Contrats, 1^{er} décembre 2003, n° 1, p. 246-253.

LARRIEU Jacques, La propriété intellectuelle s'encanaille. Protection du site, des « méta-tags » et des pages de référencement d'un sex-shop en ligne, Expertises des systèmes d'information, 1^{er} octobre 2003, p. 334-337.

LARRIEU Jacques, Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité, Expertises des systèmes d'information, 1^{er} juillet 2001, n° 250, p. 257-262.

LARRIEU Jacques, Les contrats spéciaux des réseaux numériques, *in* Le contrat électronique, Travaux de l'association Henri Capitant, édition Panthéon-Assas, 2002, Journées nationales, Tome 5, Toulouse – 2000, p. 85-102.

LARRIEU Jacques, L'hyperlien complice, Expertises des systèmes d'information, 1^{er} avril 2002, n° 258, p. 141-143.

LAVOIX J. et MATHÉLY Paul, L'activité inventive, condition de la brevetabilité, Annales Propriété industrielle 1956, p. 277.

LAYDU Jean-Baptiste, Droit moral et copyright : les nouveaux frères ennemis? Les Petites Affiches, 22 juillet 1994, n° 87, p. 13-19.

LEDIEU Marc-Antoine, Et si la licence de logiciel était une location ? Communication Commerce Electronique, 1^{er} novembre 2003, n° 11, p. 12-19.

LEDIEU Marc-Antoine, Logiciel spécifique, correction des erreurs et codes source : les tribulations d'un Français au paradis « off shore » du développement de logiciel, Communication Commerce Electronique, 1^{er} juillet 2004, n° 7, p. 19-22.

LEMARCHAND Stéphane, FREGET Olivier et SARDAIN Frédéric, Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence, Propriétés intellectuelles, 1^{er} janvier 2003, n° 6, p. 11-23.

LERICHE S., Le logiciel et la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité des produits défectueux, Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1^{er} juillet 1999, n° 3, p. 31-41.

LE STANC Christian, Contrats informatiques et an 2000, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 1^{er} décembre 1998, n° 109, p. 12-17.

LE STANC Christian, La protection juridique des logiciels, Cahiers Droit de l'Entreprise, 1984, p. 3 ; JCP E Semaine Juridique (édition entreprise) 1984, n° 24, p. 13-22.

LE STANC Christian, La protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur dans les pays d'Europe continentale, Dossiers Brevets 1979, n° 4.

LE STANC Christian, Logiciel, originalité et activité créative dans la loi de 1985, Expertises des systèmes d'information, 1986, n° 81, p. 32.

LE TOURNEAU Philippe, Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels, JCP G Semaine Juridique (édition générale), 1982, n° 1, p. 3078.

L'HENORET-MARCELLESI Doris, Les infrastructures essentielles dans le secteur des nouvelles technologies, Gazette du Palais, 20 juillet 2005, n° 201, p. 32-35.

LINANT DE BELLEFONDS Xavier, An 2000 derniers réglages, Communication Commerce Electronique, 1^{er} novembre 1999, n° 2, p. 12-13.

LINANT DE BELLEFONDS Xavier, Jeux vidéo : le logiciel gagne des points, Communication Commerce Electronique, 1^{er} septembre 2003, n° 9, p. 9-13.

LINANT DE BELLEFONDS Xavier, Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs ? JCP G Semaine Juridique (édition générale), 18 mars 1998, n° 12, p. 479-484.

LIPOVETSKY Sabine et PERBOST Fabrice, Référencement de sites et droit des marques, Communication Commerce Electronique, 1^{er} octobre 2003, n° 10, p. 20-24.

MALLET-POUJOL Nathalie et VIVANT Michel, Droit de l'internet par l'ERCIM, JCP E JCP Semaine Juridique (édition entreprise), 2000, n° 5, p. 1856.

MANARA Cédric, Le contrat d'affiliation sur internet, Recueil Dalloz Sirey, 11 mai 2000, n° 19, p. 3-4.

MANARA Cédric, Premiers pas judiciaires du contrat d'affiliation, Recueil Dalloz Sirey, 16 juin 2005, n° 24, p. 1630-1631.

MARINO Laure, Internet et concurrence déloyale, Communication Commerce Electronique, 1^{er} novembre 2007, n° 11, p. 7-10

MARINO Laure, Le jeu vidéo devient enfin complexe, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 1^{er} août 2009, n° 52, p. 88-89.

MASCRE Frédéric, ASP : quels dispositifs contractuels ? Expertises des systèmes d'information, 1^{er} août 2002, n° 262, p. 299-303.

MEHL-MIGNOT H., Les limitations de responsabilité dans les contrats de banques de données, Cahiers Lamy, août-septembre 1988 (F), p. 2.

MENDOZA-CAMINADE Alexandra, La notion de fonds de commerce à l'épreuve de l'Internet : faut-il admettre le fonds de commerce électronique ? *in* Libre Droit, Mélanges Philippe Le Tourneau, Dalloz 2008, p. 763.

MENDOZA-CAMINADE Alexandra, Les risques numériques à l'épreuve du droit : l'exemple du lien hypertexte, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 1^{er} juin 2008, n° 39, p. 59-65.

PINTO Nicolas et TAYLOR David, La décompilation des logiciels : un droit au parasitisme, Recueil Dalloz Sirey, 11 novembre 1999, n° 41, p. 463-468.

PLAISANT R., La nouveauté en matière de brevets d'invention, Revue Trimestrielle de Droit commercial, 1971, p. 15.

PLAISANT R., La protection du logiciel par le droit d'auteur, Gazette du Palais, 1983, n° 2, p. 348.

PLAISANT R., Le nouveau régime des brevets d'invention, Recueil Dalloz Sirey, 1969, n° 16.

PONTIER Jean-Marie, Le dépôt légal, Recueil Dalloz Sirey 1992, p. 167.

RAMBAUD Sandrine, Le juge français et le logiciel libre, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 1^{er} novembre 2009, n° 54, p. 9-10.

RAYNARD JACQUES, Le contrat d'exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ? A propos de l'arrêt de la Cour d'appel (CA) de Paris du 14 novembre 2001, Propriété industrielle, 1^{er} octobre 2002, n° 7, p. 8-11.

RENARD Isabelle, Les licences open source : la fin des redevances ? Les Petites Affiches, 13 octobre 2000, n° 205, p. 17.

REYNAUD Gilles, Passage à l'an 2000 : Problématique juridique. Le point de vue d'un juriste d'une société de services informatiques, Recueil Dalloz Sirey Affaires, 18 mars 1999, n° 153, p. 464-465.

ROJINSKY Cyril, Les techniques contractuelles du commerce électronique, *Légicom*, 1^{er} janvier 2000, n° 21 et 22, p. 105-121.

ROJINSKY Cyril, Un clic de trop. Le droit menace-t-il les hyperliens ? Expertises des systèmes d'information, 1^{er} janvier 2000, n° 233, p. 430-432.

ROJINSKY Cyril et GRYNBAUM Vincent, Les licences libres et le droit français, *Propriétés Intellectuelles*, 1^{er} juillet 2002, n° 4, p. 28-37.

ROJINSKY Cyril et LEAURANT Olivier, Créer et exploiter un site web, *Lamy/Les Echos*, 2000, p. 166.

ROUSSEL Patrick, La maîtrise d'un langage de programmation s'acquiert par la pratique, *Communication Commerce Electronique*, 1^{er} avril 2005, n° 4, p. 18-21.

ROZENFELD Sylvie, L'Atica préconise la licence GPL pour l'administration, *Expertises des systèmes d'information*, février 2003, n° 267.

SARDAIN Frédéric, Arrêt Cryo : la Cour de cassation consacre la qualification distributive du jeu vidéo, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 1^{er} août 2009, n° 52, p. 90-91.

SARDAIN Frédéric, La qualification logicielle des jeux vidéo : une impasse pour le multimédia. A propos de l'arrêt « Midway », *JCP E Semaine Juridique (édition Entreprise)*, 15 février 2001, n° 7, p. 312-317.

SARDAIN Frédéric, Le droit d'auteur à l'épreuve du logiciel : l'exemple du droit de décompilation, *Communication Commerce Electronique*, 1^{er} octobre 2002, n° 10, p. 16-21.

SCHURR Ludovic, La licence GNU/GPL (V3) a presque deux ans : un bilan mitigé, *Gazette du Palais*, 22 avril 2009, n° 112-113, p. 9-13.

SEDALLIAN Valérie, A propos de la responsabilité des outils de recherche, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 1^{er} mai 2000, n° 125, p. 1-6 (Supplément au bulletin d'actualité n° 125 du *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*).

SEDALLIAN Valérie, Garanties et responsabilités dans les logiciels libres, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 1^{er} novembre 2002, n° 152, p. 1-10.

SIMON Pierre, Les entreprises et la monnaie unique, *JCP E Semaine Juridique (édition Entreprise)*, 23 octobre 1997, n° 43, p. 437-438 (Etudes et chroniques n° 694) ; *JCP N Semaine Juridique (édition notariale et immobilière)*, 5 décembre 1997, n° 49, p. 1483-1484.

SPACENSKY-RIFF Vanina, Promotion d'un site Web et risques encourus. Quelle responsabilité pour les outils de recherche et les créateurs de liens hypertextes ? *Légipresse*, 1^{er} avril 1998, n° 150, p. 34-38, Partie II.

TELLIER Laurence, Les logiciels de salariés hors du champ d'application des lois de 1985 et 1994, *Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires*, 1994, n° 7, p. 603-606.

TELLIER-LONIEWSKI Laurence et CANTREAU Anne-Sophie, Le référencement sur les moteurs de recherche : un moyen de valorisation du patrimoine intellectuel d'une entreprise, *Gazette du Palais*, 23 juillet 2008, n° 205, p. 14-18.

TEXTU François-Xavier et MOITRY Jean-Hubert, La responsabilité du fait des produits défectueux : commentaire de la loi 98-389 du 19 mai 1998, *Recueil Dalloz Sirey Affaires*, 16 juillet 1998, n° 125, p. 3-18 (dossier spécial).

ULMER E., La protection par le droit d'auteur des œuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateurs en particulier, *Revue internationale du droit d'auteur*, 1972, p. 47.

VAN DEN BULCK Paul et VERBIEST Thibault, Jeux vidéo : synthèse d'un cadre juridique naissant, *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 10 janvier 2007, n° 1, p. 17-22, doctrine 1, 100, n° 1 et 2.

VIET Jacques, Utilisateurs de logiciels : quel droit d'adaptation et d'interopérabilité ? *Expertises des systèmes d'information*, 1^{er} novembre 1995, n° 188, p. 386-389.

VIVANT Michel, An 2000, l'information appropriée, *in Mélanges Burst, Litec*, 1997, p. 65.

VIVANT Michel, Business to consumer (B to C) : loi applicable et juge compétent, *Légicom*, 1^{er} janvier 2000, n° 21 et 22, p. 95-103.

VIVANT Michel, Cybermonde: droit et droit des réseaux, *JCP* 1996, I, 3969.

VIVANT Michel, Droit de l'informatique, *JCP E Semaine Juridique (édition entreprise)*, 28 mai 1998, n° 22, p. 845-847.

VIVANT Michel, Informatique et propriété intellectuelle, *JCP Semaine Juridique (édition)* 1984, n° 1, p. 3169.

VIVANT Michel, L'arrêt « *Magill* » : une révolution, *Recueil Dalloz Sirey*, 1996, 15^{ème} cahier, p. 119.

VIVANT Michel, L'informatique dans la théorie générale du contrat, *Recueil Dalloz Sirey*, 21 avril 1994, n° 16, p. 117-122.

VIVANT Michel, L'investissement, rien que l'investissement – A propos des arrêts de la Cour de Justice du 9 novembre 2004, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 1^{er} mars 2005, n° 3, p. 41-48.

ZENATI-CASTAING Frédéric, La propriété collective existe-t-elle ? *in Mélanges Gilles Goubeaux, LGDJ*, 2009, p. 589-610.

INDEX

B

Browse wrap 91, 101, 102

C

Click-through 87, 99, 101

Clck wrap 87, 89, 92, 101, 102, 105, 125, 137, 144, 173, 193, 200

E

Entiercement 217, 221

F

Framing 902, 1131

I

Ingénierie inverse 214

L

Licence de dépendance 1030 s.

Licence multiposte 178

Licence O.E.M. 48

Licence test 154,187

Link popularity 861

O

Opt-in 1084, 1178

Opt-out 1178

P

Payperclick 869, 928, 1113, 1147, 1148 s.

Payperlead 1113,1148

Paypersale 928, 1141

Patch 56, 683, 952

Perfectionnement 1016 s.

S

Scoring 861

Shrink-wrap 87, 101, 125, 137, 144, 193, 199, 204

Spamdexing 1159

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	3
RESUME	5
ABSTRACT	8
SOMMAIRE	10
SIGLES ET ABREVIATIONS	13
Introduction	19
Première Partie : Précarité et inégalité dans les contrats liés aux technologies issues du numérique	28
TITRE I : LES CONTRATS PORTANT SUR DES BIENS IMMATERIELS	31
CHAPITRE I : LES LICENCES D'UTILISATION DES LOGICIELS	33
Introduction	33
Section préliminaire : Brefs rappels sur la protection des logiciels par le droit d'auteur	42
Section 1 : La tentative de détermination du régime juridique des licences de logiciels	48
C) Logiciels, progiciels et licences y afférentes : les confusions à éviter	48
3) Les principes d'une distinction	48
4) Une frontière difficilement établie	52
D) Les licences de logiciels ou un régime juridique aux contours encore mal définis	53
4) Position du problème	53
5) La qualification juridique des licences de logiciels standards	54
6) Les licences de logiciels spécifiques	59
e) <i>Brève analyse de la situation</i>	59
f) <i>La qualification de location envisagée</i>	60
g) <i>Les autres qualifications</i>	65
h) <i>Conséquences de la qualification de la licence de logiciel</i> ...	67
Section 2 : La licence de logiciel, un contrat précaire	71
E) Vue d'ensemble et problèmes posés	71
F) La licence de logiciel, contrat d'adhésion simplifié ou l'expression d'un consentement discutée	74
4) Panorama de la situation	74
5) Les nouvelles formes de consentement	79

6) Observations particulières pour les contrats du monde analogique	84
CHAPITRE II : LES LICENCES D'UTILISATION DES BASES DE DONNEES	168
Introduction	168
Section 1 : La protection juridique des bases de données	171
C) .La protection par le droit d'auteur	171
1) La base de données considérée dans son ensemble	172
2) Les données considérées en dehors de la base à laquelle elles sont incorporées	174
B) La protection <i>sui generis</i> ou le droit des producteurs	178
3) Principes et règles	178
4) Les conditions de la protection <i>sui generis</i>	182
Section 2 : La protection des bases de données par le droit des contrats ou les licences d'utilisation de bases de données : la suprématie du producteur	187
E) Analyse globale de la situation	187
F) Analyse approfondie de la licence d'utilisation des bases de données : la protection des intérêts du producteur	190
6) Le préambule et les définitions	190
c) <i>Le préambule</i>	190
d) <i>Les définitions</i>	192
7) L'objet et la finalité des bases de données	193
c) <i>L'objet des bases de données</i>	193
d) <i>La finalité des bases de données</i>	195
8) La durée	196
9) Les obligations du producteur	198
d) <i>L'accès à la base de données</i>	198
e) <i>La fourniture de données</i>	203
f) <i>La mise en jeu de la responsabilité contractuelle du producteur</i>	209
10) Les obligations du licencié	212
c) <i>L'obligation de payer le prix</i>	213
d) <i>L'obligation d'utiliser la base de données en « bon père de famille »</i>	

D) Panorama concernant la situation de dépendance du maintenu par rapport	
au mainteneur	267
Section 2 : Le contrat de maintenance système ou le déséquilibre des relations contractuelles	271
C) Des clauses protectrices des intérêts du mainteneur lors de la formation du contrat	271
6) L'objet	271
7) La description de la prestation : maintenance corrective ou maintenance préventive	272
8) Le prix	278
9) La durée	281
10) La résiliation du contrat	284
D) Des clauses protectrices des intérêts du mainteneur lors des effets du contrat	286
1) Etat des lieux	286
2) Les obligations du mainteneur	289
a) <i>Les obligations de loyauté et de bonne foi</i>	290
b) <i>Les obligations d'information, de conseil, de mise en garde et de collaboration</i>	291
c) <i>L'obligation de célérité</i>	293
d) <i>L'obligation d'efficacité</i>	297
i. L'obligation d'être qualifié	297
ii. L'obligation de conformité	302
e) <i>L'obligation d'entretenir et de maintenir le système en bon état de fonctionnement</i>	302
f) <i>L'obligation de confidentialité</i>	303
g) <i>L'obligation de suppléance</i>	305
i. Le cadre général de la suppléance.....	305
ii. Les choix stratégiques en matière de suppléance.....	308
3) Les obligations du client	311
4) La responsabilité des parties et les garanties	314
a) <i>La responsabilité</i>	314
i. La responsabilité du mainteneur	315
ii. La responsabilité du client	317
b) <i>Les garanties</i>	319

Section 3 : Le contrat de maintenance logicielle ou des rapports de forces inégaux	322
A) Remarques préalables	323
B) L'inégalité contractuelle constatée au sein du contrat de maintenance logicielle...		324
1) L'objet	324
2) Contenu de la prestation et indicateur de qualité	326
3) Les obligations et responsabilités des parties	327
a) <i>Les obligations et responsabilités du mainteneur</i>	327
i. Les obligations	327
ii. Les responsabilités	329
b) <i>Les obligations et responsabilités du client</i>	331
i. L'obligation de collaboration	331
ii. L'obligation de recette	333
iii. L'obligation de payer	333
4) La durée	335
Conclusion	337
CHAPITRE II : LE CONTRAT D'OUTSOURCING OU D'INFOGERANCE		339
Introduction	339
Section 1 : L'outsourcing, un projet réfléchi	341
A) L'appréhension du projet d'outsourcing avant tout engagement contractuel	342
1) Notions proches de l'outsourcing	342
2) Le contrat d'outsourcing, contrat de prestation de services	344
3) Les raisons d'externaliser	347
4) La définition des besoins du client	348
5) La recherche d'une équipe compétente	350
B) Les éléments négatifs à considérer avant de signer un contrat d'outsourcing		
ou les risques liés à l'externalisation	352
1) Le risque de dépendance	352
2) Les risques technologiques et économiques	353
3) Les risques liés à une mauvaise définition des indicateurs de qualité	354

4) Les risques juridiques et sociaux	355
a) <i>Les risques juridiques</i>	355
b) <i>Les risques sociaux</i>	356
Section 2 : La constatation du déséquilibre contractuel lors de la formation du contrat	360
D) L'importance de la phase précontractuelle et de l'objet du contrat	361
3) La phase précontractuelle	361
4) L'objet	364
E) Les obligations des parties	366
3) Les obligations du prestataire	366
g) <i>L'obligation d'exécuter la prestation</i>	366
h) <i>L'obligation d'information, de conseil et de mise en garde</i>	367
i) <i>L'obligation de collaboration</i>	373
j) <i>L'obligation de garantir la conformité</i>	373
k) <i>L'obligation de garantir la sécurité, la confidentialité et la disponibilité</i>	375
l) <i>L'obligation d'assurance</i>	377
4) Les obligations du client	379
a) <i>L'obligation d'information</i>	379
b) <i>L'obligation de collaboration</i>	380
c) <i>L'obligation de payer le prix</i>	381
F) Le prix et la durée	381
3) Le prix	381
4) La durée et la résiliation	384
c) <i>La durée</i>	384
d) <i>La résiliation</i>	385
Section 3 : La constatation du déséquilibre contractuel lors de l'exécution du contrat ou les clauses utilisées comme instrument créateur d'inégalité et de précarité	391
G) Les clauses d'évolution	391
5) Présentation générale	391
6) La clause de « <i>benchmarking</i> »	392
7) La clause de sortie anticipée avec dédit	395
8) La clause de dureté ou de « <i>hardship</i> »	396
H) La surveillance de la prestation d'outsourcing	400
5) Le plan d'assurance-qualité	401
6) La convention de niveau de services	401

7) Les audits	403
8) Le comité de suivi	404
I) La responsabilité des parties	406
4) L'étendue de la responsabilité	406
5) Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité du prestataire	412
6) La clause pénale	414
<i>d) Définition et conséquences sur les rapports contractuels</i>	414
<i>e) Mise en œuvre de la clause pénale</i>	417
<i>f) Clause pénale, inégalité et précarité</i>	420
J) La clause de réversibilité	421
4) Panorama de la réversibilité et de ses effets	421
5) Réversibilité et précarité	426
6) La rédaction de la clause de réversibilité : le risque d'inégalité contractuelle	427
K) Les aspects de l'outsourcing touchant au droit de la propriété intellectuelle	432
1) Vue d'ensemble des problèmes posés par l'outsourcing	432
2) Le déséquilibre de certaines situations	433
L) Le risque de requalification du contrat d'outsourcing en délit de prêt de main d'œuvre illicite ou en délit de marchandage	438
1) Position du problème	438
2) Règles de rédaction du contrat d'outsourcing pour éviter les qualifications malencontreuses	444
Conclusion	450
Deuxième Partie : Les antidotes à la précarité et à l'inégalité des contrats liés aux technologies issues du numérique	452
TITRE I : LIBERTE ET EGALITE CONTRACTUELLE	456
CHAPITRE I : L'ANTIDOTE AUX LICENCES DE LOGICIELS : LES LICENCES DE LOGICIELS LIBRES	457
Introduction	457
Section 1 : Les licences de logiciels libres, remèdes aux licences de logiciels propriétaires	469
C) Des valeurs positives engendrées par les logiciels libres : la liberté, la gratuité, l'égalité et le partage	470
4) La liberté	470
5) La gratuité	474
6) L'égalité et le partage	476

D) Le revers de la médaille : une liberté et une gratuité relatives	482
3) Quand liberté rime aussi avec contrainte	482
4) Quand liberté ne rime pas avec gratuité	487
Section 2 : Une liberté surveillée ou l'encadrement des logiciels libres par le droit d'auteur et par le droit des licences	490
<i>Sous-section 1 : L'articulation adroite entre le droit d'auteur et la liberté ou la difficile compatibilité entre les deux notions</i>	490
C) L'encadrement du logiciel libre par le droit de la propriété intellectuelle ou la question du formalisme légal de la cession	490
D) Une protection des logiciels libres par le droit d'auteur : le copyleft, entre copyright et droit d'auteur ?	495
1) Des droits accordés par le copyleft	495
2) La liberté, déterminante du régime juridique du logiciel libre	499
<i>Sous-section 2 : L'encadrement des logiciels libres par les licences</i>	503
E) Présentation sommaire de la situation	503
F) La liberté proclamée dès la formation de la licence libre	507
9) Les parties au contrat	507
10) Le Préambule	512
11) Les définitions	516
12) L'objet du contrat	517
13) Le consentement ou l'acceptation	523
14) La durée et la résiliation	526
a) <i>La durée</i>	526
b) <i>La résiliation</i>	527
15) Le prix	529
16) La loi applicable et la juridiction compétente ou la détermination du territoire sur lequel s'applique la licence libre	530
G) Une liberté permanente et continue dans le cadre des effets de la licence libre	536
3) Vue panoramique de la situation	536
4) Les obligations des parties	536
d) <i>Les obligations du donneur de licence</i>	537

i. L'obligation de remise	537
ii. L'obligation de jouissance	539
α. La liberté de copier	540
β. La liberté de diffuser	543
γ. La liberté d'utilisation	544
iii. Les garanties	546
iv. La responsabilité dans les licences libres	553
e) <i>Les obligations du licencié</i>	558
iv. Bref aperçu des obligations du licencié	558
v. L'obligation de respecter le droit moral de l'auteur	560
vi. L'obligation de respecter la libre utilisation du logiciel	568
f) <i>Conclusion sur les obligations des parties</i>	572
H) Les effets de la licence à l'égard des tiers	573
3) Une liberté permanente	573
4) Quand le licencié devient lui-même auteur	576
Conclusion	582
CHAPITRE II : L'ANTIDOTE A LA LICENCE D'UTILISATION DES BASES DE DONNEES : LE CONTRAT DE REFERENCEMENT	589
Introduction	589
Section 1 : Les moteurs de recherche et les annuaires comme antidotes aux bases de données	594
C) La définition du référencement 594	
D) Les moteurs de recherche et les annuaires en tant qu'antidotes aux bases de données	597
Section 2 : Le contrat de référencement ou l'expression de relations équilibrées	603
D) De l'utilité du contrat de référencement	603
E) De l'équilibre au sein du contrat de référencement dès sa formation	605
8) Le contrat de référencement, un contrat simple	606
9) Le préambule	608
10) La clause « Définitions »	609
11) L'objet du contrat	609

12) Les obligations des parties	611
c) <i>Les obligations du prestataire référencier</i>	612
v. L'obligation de référencer.....	612
vi. L'obligation de conseil, d'information et de mise en garde.....	618
vii. L'obligation de maintenance.....	619
viii. La veille concurrentielle	621
d) <i>Les obligations du client référencé</i>	623
iv. Les obligations actives	623
v. La participation active dans le référencement.....	625
α. La présentation du site à référencer.....	625
β. Les démarches actives du client référencé	627
vi. Les obligations passives	628
13) Le prix	629
14) La durée	631
F) De l'équilibre au sein du contrat de référencement	633
1) La clause propriété intellectuelle	633
a) <i>La page de référencement, une œuvre littéraire ?</i>	633
b) <i>Les droits des parties</i>	638
2) La clause relative aux responsabilités	640
Conclusion	645
TITRE II : SOUPLESSE ET FLEXIBILITE	647
CHAPITRE I : L'ANTIDOTE AU CONTRAT DE MAINTENANCE :	
LE CONTRAT DE MISES A JOUR	648
Introduction	648
Section 1 : Les mises à jour informatiques ou un régime de souplesse et de liberté	653
E) Les principes régissant les contrats de mises à jour	654
3) Une organisation des mises à jour réfléchie	654
4) Le succès des mises à jour : une obligation de résultat ?	660
F) Les mises à jour logicielles	663

4) Les bases de la mise à jour logicielle	663
5) La position de la jurisprudence sur les mises à jour logicielles	673
6) La rédaction de la clause de mises à jour logicielles	677
a) <i>La distinction entre mises à jour mineures et mises à jour majeures.</i> 677	
b) <i>Les éléments à prendre en compte pour rédiger la clause de mises</i> <i>à jour logicielles</i>	681
G) Les mises à jour des sites Internet	686
5) Le champ d'application des mises à jour des sites Internet	687
6) Les questions de droit d'auteur	689
7) Les mises à jour des sites Internet : une obligation de moyen ou de résultat ?692	
8) Bilan	693
H) Les mises à jour d'une prestation de services informatique : l'infogérance	694
3) Les enjeux pratiques des mises à jour	694
4) La rédaction de la clause de mises à jour	695
a) Mises à jour à l'initiative du client	695
b) <i>Mises à jour à l'initiative du prestataire</i>	697
 Section 2 : La liberté surveillée des mises à jour ou l'hypothèse des brevets de perfectionnement	699
C) Le perfectionnement en tant que mise à jour conséquente	699
3) Position du problème	699
4) La définition du perfectionnement ou la liberté absolue d'améliorer l'invention	703
D) Les brevets de perfectionnement des inventions ou l'équilibre entre les droits du breveté initial et l'utilité d'exploiter le perfectionnement	710
5) Les licences de dépendance	710
c) <i>Distinctions et règles de base</i>	710
d) <i>Conséquences sur le contenu de la licence de dépendance</i>	716
6) Licence de dépendance et contrefaçon	719
7) L'équilibre institué par les licences de dépendance	722
8) Un équilibre délicat à mettre en œuvre	725
 Conclusion	727
 CHAPITRE II : L'ANTIDOTE AU CONTRAT D'OUTSOURCING : LE CONTRAT D'AFFILIATION SUR INTERNET	729

Introduction	729
Section 1 : Le contrat d'affiliation, un véritable partenariat	732
C) Etat des lieux	733
D) L'affiliation, un partenariat commercial bien établi ou les principes qui régissent le contrat d'affiliation	734
1) Un partenariat équilibré et une véritable collaboration entre les parties	734
2) L'absence de précarité et d'inégalité entre les parties : des intérêts des cocontractants quasi équivalents	738
3) L'indépendance des parties	739
4) La gratuité	742
5) Une certaine liberté	744
6) La faible importance de l' <i>intuitus personae</i>	745
Section 2 : La rédaction du contrat d'affiliation, guidée par les intérêts respectifs des parties	747
D) Un contrat simple	747
7) Remarques générales	747
8) L'objet du contrat d'affiliation : une prestation qui fait la promotion de l'activité du partenaire affilié	748
d) <i>La promotion par l'affilié</i>	748
e) <i>La promotion par l'affilié</i>	753
f) <i>Une obligation de moyen de part et d'autre</i>	755
9) La nature du contrat d'affiliation : la formule du courtage employée	756
c) <i>Le contrat d'affiliation, contrat de courtage</i>	756
d) <i>Le contrat d'affiliation et les autres montages contractuels</i>	759
10) Le contrat d'affiliation, un contrat d'adhésion	763
11) Le référencement auprès d'un partenaire	764
12) La question de la publicité dans les contrats d'affiliation ou les techniques de partenariat	765
▪ <i>Les différences entre contrat d'affiliation et contrat de publicité au sens strict</i>	765
▪ <i>La liberté, spécifique au contrat d'affiliation</i>	769
E) La formation du contrat d'affiliation ou des clauses prônant un relatif équilibre contractuel	772
1) La procédure d'inscription de l'affilié à un programme d'affiliation	772
2) Les conditions contractuelles d'acceptation de l'affilié	773
c) <i>Les conditions tenant à la personne de l'affilié ou la détermination</i>	

<i>de son statut</i>	774
iii. Le cas de l'affilié consommateur	777
α. Généralités	777
β. Le statut fiscal et social de l'affilié consommateur	780
iv. Le cas de l'affilié professionnel ou l'obligation de non-concurrence	782
α. Généralités	782
β. Le statut fiscal et social de l'affilié professionnel	785
d) <i>Les conditions tenant à la nature du site de l'affilié</i>	786
3) Les obligations de l'affilieur	787
i) <i>Les obligations de bonne foi, de loyauté et de transparence</i>	787
j) <i>L'obligation commerciale de l'affilieur</i>	788
k) <i>L'obligation de fournir des éléments sur son site marchand</i>	789
l) <i>L'obligation d'animer le réseau d'affiliation</i>	790
m) <i>L'obligation de payer le prix de la prestation</i>	792
v. Les méthodes de calcul de la rémunération	792
vi. Un complément de rémunération éventuel.....	796
vii. Les modalités de versement des sommes dues à l'affilié	797
viii. Les risques de fraude à envisager	798
n) <i>L'obligation de communiquer à l'affilié les rapports sur l'état du trafic</i>	801
o) <i>L'interdiction de certaines pratiques</i>	802
p) <i>Une obligation qui n'en est pas une : celle de fidéliser et de motiver les affiliés</i>	804
4) Les obligations de l'affilié	805
f) <i>Les obligations de bonne foi, de loyauté et de transparence</i>	805
g) <i>Les obligations quant aux liens établis</i>	805
h) <i>L'obligation d'attirer les internautes</i>	808
i) <i>L'obligation de ne pas créer de confusion dans l'esprit du public</i>	808
j) <i>Le respect de certaines règles et valeurs éthiques</i>	809
i. Les règles à respecter en matière de publicité.....	809
▪ Le respect des règles de savoir-vivre sur Internet et les pratiques prohibées	811
α. Les codes de bonne conduite.....	811
β. Le cas des cookies	812
γ. Le respect de la vie privée ou l'interdiction du spamming et des techniques dérivées	814
▪ Les démarches administratives à effectuer par l'affilié.....	820
5) La durée et la résiliation : un partenariat oui, mais pas à vie, la liberté étant de rigueur	821
▪ <i>La durée</i>	822
▪ <i>La résiliation</i>	823

E) L'exécution du contrat d'affiliation ou le maintien de l'égalité des parties	826
1) La responsabilité des parties	826
2) La clause de propriété intellectuelle	831
c) <i>Généralités</i>	831
d) <i>La licence de marque</i>	832
3) La protection des données	835
4) L'évolution de la relation contractuelle	836
Conclusion	838
CONCLUSION	842