



# NEWSLETTER NTIC

NUMÉRO 40 • DECEMBRE 2021



## SOMMAIRE

- Nouvelle loi contre le piratage audiovisuel adoptée le 29 septembre 2021 **P.2**
- La cyber-assurance : retour sur les propositions du rapport parlementaire permettant d'améliorer la prise en compte des risques cyber en France **P.3**
- Utilisation de l'IA par la police et la justice : le Parlement Européen contre la surveillance de masse **P.4**
- IA et brevets : l'intelligence artificielle peut-elle être inventeur ? **P.6**
- Un pas de plus vers le brevet unitaire européen et la juridiction unifiée du brevet **P.8**
- Legide : Une solution blockchain de protection des créations et des innovations crée par la Chambre des Huissiers de Justice de Paris et IBM **P.9**
- Distribution de licences de logiciels : attention à l'application de la législation sur les agents commerciaux ! **P.10**
- La condamnation d'un élu pour maintien de contenus illicites sur son « mur » Facebook ne viole pas la Convention des Droits de l'Homme **P.12**
- Le pouvoir limité du juge des référés dans l'appréciation des dispositions d'un contrat informatique **P.14**
- Et si votre prestataire informatique défaillant n'est pas l'entité signataire du contrat ? **P.16**
- Décompiler un logiciel pour corriger des erreurs : possible pour la CJUE ! **P.19**

# NOUVELLE LOI CONTRE LE PIRATAGE AUDIOVISUEL ADOPTÉE LE 29 SEPTEMBRE 2021

*Après avoir été admis en première lecture au Sénat le 20 mai 2021, modifié par l'Assemblée nationale le 23 juin 2021, le projet de la loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle a fait l'objet d'un débat en commission mixte paritaire avant d'être adopté définitivement le 29 septembre 2021.*

Cette loi a pour objectif de lutter contre les nombreuses contrefaçons présentes sur internet et ainsi défendre la création culturelle. Elle vise à offrir une meilleure protection aux créateurs, créer une autorité de régulation du numérique et également assurer au public un accès aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles françaises.

En outre, cette loi marque la fin de la HADOPI et du CSA, afin de donner naissance par fusion de ces deux entités à l'ARCOM.

L'ARCOM est une nouvelle autorité administrative indépendante qui héritera des missions anciennement octroyées au CSA et à la HADOPI. Cette autorité de régulation du numérique bénéficiera de nombreux pouvoirs, en particulier en termes de procédure, de conciliation ou d'enquête. Ses missions principales se déclineront dans la sphère de l'audiovisuel et du numérique, notamment à travers la protection des mineurs, la lutte contre la désinformation, la haine en ligne et enfin le piratage.



Néanmoins, l'ARCOM aura aussi ses propres pouvoirs. Elle sera tenue d'établir une liste des plateformes de partage de contenus audiovisuels et numériques portant atteinte « de manière grave et répétée au droit d'auteur et aux droits voisins ». L'ARCOM aura enfin la possibilité de contraindre les moteurs de recherche au blocage et au déréférencement de sites miroirs utilisant les contenus de plateformes illicites.

Ainsi, cette loi s'inscrit dans la lignée de la directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins qui responsabilise les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne. Les problématiques liées au streaming illégal qui demeuraient non traitées, seront désormais pris en charge par l'ARCOM.

## ASSURANCE

# LA CYBER-ASSURANCE : RETOUR SUR LES PROPOSITIONS DU RAPPORT PARLEMENTAIRE PERMETTANT D'AMÉLIORER LA PRISE EN COMPTE DES RISQUES CYBER EN FRANCE

*Le rapport « la cyber-assurance », déposé à l'Assemblée Nationale par la députée de la Loire, Madame Valéria FAURE-MUNTIAN, soumet 20 propositions, dont certaines sont qualifiées de « pavé dans la mare ».*

Première menace pour l'économie française selon le baromètre annuel des risques d'Allianz de 2020, le risque « cyber » est souvent considéré comme inassurable par les acteurs du marché français.

Si la crise sanitaire a fortement accéléré le recours aux outils numériques, cette dernière a mis en évidence la vulnérabilité des entreprises françaises. L'ANSSI a effectivement estimé que le nombre d'attaques a quadruplé en France depuis le début de la crise, et que les tentatives de phishing ont augmenté de 400% entre mars 2020 et février 2021.



Face à ce constat, le rapport revient sur les risques cyber en France et énonce 20 propositions qualifiées de « voies d'améliorations ».

Ces propositions sont divisées en trois axes : (i) la création de définitions et l'encadrement normatif, (ii) le renforcement des moyens de défense face aux cyber-risques, et (iii) le développement du marché de la cyber-assurance.

**Nous vous proposons de participer à une Matinale DERRIENNIC dédiée à ce sujet avec la présence exceptionnelle de Valeria FAURE-MUNTIAN, qui se déroulera le 21 janvier 2022 à 9h.**

**A vos agendas !**

# UTILISATION DE L'IA PAR LA POLICE ET LA JUSTICE : LE PARLEMENT EUROPEEN CONTRE LA SURVEILLANCE DE MASSE

*L'intelligence artificielle offre de grandes possibilités dans les secteurs répressifs et judiciaires. Le Parlement Européen exprime néanmoins sa vive inquiétude quant à l'utilisation de ces technologies par les autorités policières et judiciaires dans les affaires pénales, dans **une résolution du 6 octobre 2021 sur l'intelligence artificielle (« IA ») en droit pénal (2020/2016(INI))**.*

Le Parlement relève que les risques déjà élevés d'atteinte aux droits fondamentaux, en particulier de la présomption d'innocence, sont accrus dans le cadre judiciaire et répressif, les décisions prises par les autorités policières et judiciaires produisant des effets juridiques pour les personnes concernées.

Le Parlement est particulièrement préoccupé par le **risque de surveillance de masse de la population**. Pour les députés, les personnes ont le droit d'être correctement identifiées, mais aussi de ne pas être identifiées du tout. Les citoyens ne devraient donc pas être surveillés s'ils ne sont pas soupçonnés d'un crime.



Le Parlement insiste par ailleurs sur les risques importants d'**erreurs dans les résultats produits, et de discrimination** compte tenu des **biais inhérents à ces technologies** et aux jeux de données qu'elles utilisent. Le nombre important d'erreurs d'identification et de catégorisations est accentué concernant certaines catégories de personnes, telles que les groupes ethniques minoritaires, les personnes LGBTQI, les femmes et les personnes âgées. De plus, les résultats produits par les applications d'intelligence artificielle sont nécessairement influencés par la qualité des données utilisées. Le Parlement souligne que *« ces biais inhérents ont tendance à se renforcer progressivement et ainsi à perpétuer et amplifier les discriminations existantes, en particulier pour les personnes appartenant à certains groupes ethniques ou à certaines communautés racialisées »*.

Le Parlement appelle en conséquence à :

- un **moratoire sur le déploiement des outils de reconnaissance faciale destinés à l'identification des individus, à des fins répressives**, jusqu'à ce que les systèmes IA soient plus sûrs et plus fiables. La seule exception autorisée concernerait l'utilisation par la police à des fins d'identification des victimes de la criminalité,
- une **interdiction permanente des outils d'analyse et de reconnaissance automatisés des individus dans les espaces accessibles au public** (ex : outils basés sur la démarche ou autres signes biométriques),
- une **interdiction des outils de police prédictive** (basés sur une analyse prédictive du comportement de personnes afin d'identifier les personnes susceptibles de commettre une infraction). Le Parlement pointe ainsi l'abandon récent de ces technologies par certaines villes américaines au bénéfice d'un retour à la police de proximité, compte tenu du manque d'efficacité et des discriminations engendrées par leur usage,
- une **interdiction des systèmes de notation des individus**, qui cherchent à évaluer la fiabilité des personnes en fonction de leur comportement ou de leur personnalité,
- l'interdiction de l'utilisation des technologies IA **pour proposer des décisions judiciaires**. Ce point reste d'ailleurs surprenant car les outils en place sont très utiles aux services judiciaires.

La Parlement manifeste également son inquiétude concernant l'utilisation par les services policiers et judiciaires de bases de données privées de reconnaissance faciale (de type Clearview AI) ou de technologies biométriques pour le contrôle aux frontières.

Le Parlement invite expressément la Commission « à mettre un terme au financement de la recherche ou du déploiement de données biométriques ou de programmes susceptibles de donner lieu à une surveillance de masse dans les espaces publics ».

Afin de limiter les risques liés à l'utilisation de ces technologies, le Parlement préconise plusieurs mesures notamment :

- la **supervision systématique de l'intelligence artificielle par l'humain**. Les autorités qui recourent aux systèmes IA doivent garantir une intervention humaine. La décision finale doit toujours être prise, au cas par cas, par un être humain, qui pourra être tenu responsable des décisions prises ;
- l'existence de **voies de recours** pour les personnes soumises aux systèmes d'intelligence artificielle ;
- la transparence, traçabilité et documentation des systèmes d'IA, algorithmes et processus de prise de décision, afin de pouvoir retracer l'origine d'une décision ;
- la réalisation systématique d'une étude d'impact avant la mise en œuvre ou le déploiement de tout système d'IA et d'audits périodique par une autorité indépendante ;
- la formation des décideurs à l'utilisation de ces technologies, afin qu'ils soient alertés sur les risques de biais et demeurent critiques.

Cette résolution a été transmise à la Commission européenne et au Conseil, et devrait alimenter les débats relatifs au [projet de règlement](#) du 21 avril 2021, établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (objet d'un précédent [article](#)).

Elle va dans le sens de plusieurs avis critiques émis sur ce projet, notamment par le Contrôleur Européen de la protection des données le 18 juin 2021, ou encore de le [Haut-Commissariat à l'ONU](#) aux droits de l'Homme le 15 septembre 2021, qui appelaient notamment à l'interdiction des systèmes de reconnaissance faciale dans l'espace public, compte tenu des risques importants d'atteinte à la vie privée.

# IA ET BREVETS : L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE PEUT-ELLE ETRE INVENTEUR ?

*De plus en plus de créations sont générées par des systèmes d'intelligence artificielle. Peuvent-elles pour autant être protégées au titre du droit des brevets ? L'Afrique du Sud et l'Australie ont répondu par l'affirmative : une IA peut être inventeur et son propriétaire sera titulaire du brevet.*

*Si cette conclusion n'est, pour l'heure, pas partagée par la communauté internationale, les positions pourraient être amenées à évoluer, compte tenu des enjeux économiques qu'elles impliquent, en termes d'attractivité comme de compétitivité.*

### A l'origine de ce débat...

Il y a bien sûr le développement croissant de l'intelligence artificielle et des opportunités économiques et technologiques associées. Les réglementations existantes, en particulier le droit des brevets, doivent-elles être repensées ? Les autorités souhaitent inciter le développement de l'IA et de l'innovation tout en continuant la promotion de la créativité et l'innovation humaine, de sorte que le débat reste ouvert<sup>1</sup>.

... Il y a également le **projet Dabus**, initié par Stephen Thaler, scientifique de l'université du Missouri, et créateur d'un système d'intelligence artificielle dénommé DABUS (« Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience »). Ce système d'IA est à l'origine de plusieurs innovations (balise lumineuse pouvant être utilisées dans des opérations de sauvetage, et récipient pour boissons basé sur la géométrie fractale), Stephen Thaler a donc déposé plusieurs demandes de brevets auprès des principaux offices de protection des brevets. La spécificité de sa démarche réside dans l'indication, dans ses demandes, de l'IA Dabus comme « inventeur », son nom n'apparaissant qu'en qualité de « déposant », propriétaire de l'IA.



Dans l'ensemble, ces **demandes** ont été **rejetées** par les différents offices de protection au motif que **l'inventeur désigné dans la demande devait être un être humain et non une machine**.

L'office européen des brevets (OEB) a été le premier à refuser l'attribution du brevet par deux [décisions](#) du 27 janvier 2020, suivi par les offices australien, britannique (IPO) et américain (USPTO). Des recours en justice ont systématiquement été déposés contre ces décisions administratives.

**Ce semblant d'unité internationale a dernièrement volé en éclat.**

- Le premier pays à avoir accepté de délivrer un brevet mentionnant une IA comme inventeur est **l'Afrique du Sud** (décision administrative de la Commission sud-africaine des entreprises et de la propriété du 28 juillet 2021).

- Elle a été, quelques jours plus tard, suivie de l’**Australie**, où a été rendue, le 30 juillet 2021, la **première décision judiciaire autorisant le dépôt d’un brevet pour une invention créée par une IA**, dépourvue de personnalité juridique. La Cour a précisé que ceci allait dans le sens de la promotion de ces technologies.

La Cour fédérale d’Australie a considéré qu’il n’existait aucune disposition spécifique dans l’Australian Patent Act empêchant la désignation d’une IA comme inventeur puisque :

- il convient de distinguer les notions de titulaire de brevet, inventeur, propriétaire et utilisateur ;
- la réglementation ne définit pas le terme d’inventeur ;
- contrairement au droit d’auteur, aucun aspect spécifique du droit des brevets n’implique l’exigence d’un inventeur personne physique.

La Cour a également considéré que le professeur Thaler pouvait être considéré comme titulaire du brevet, puisqu’il détenait le titre sur l’invention directement de l’inventeur, en raison de sa possession de l’IA Dabus, de sa titularité des droits d’auteur sur le code source de l’IA Dabus, et de sa propriété et possession de l’ordinateur sur lequel l’IA est installée. Le professeur Thaler, en tant que propriétaire et contrôleur de l’IA, serait ainsi propriétaire de l’ensemble des inventions réalisées par Dabus.

D’autres décisions de justice commencent à être rendues :

- **aux Etats Unis**, le 2 septembre 2021 la [Cour du District Est de l’Etat de Virginie](#) a confirmé la décision de l’office américain des brevets, considérant qu’une IA ne pouvait pas être qualifiée d’inventeur au sens du droit des brevets, ce privilège étant réservé aux personnes.

Le magistrat a notamment relevé que les IA ne sont, pour le moment, pas en mesure d’inventer quelque chose sans intervention humaine. Il n’exclut cependant pas que cela soit le cas à l’avenir : « *Avec l’évolution de la technologie, il se peut qu’un jour l’intelligence artificielle atteigne un niveau de sophistication tel qu’elle puisse répondre aux définitions acceptées de l’invention. Mais ce moment n’est pas encore arrivé et, si c’est le cas, il appartiendra au Congrès de décider comment, le cas échéant, il souhaite étendre la portée du droit des brevets...* ». Un appel a été interjeté.

- **au Royaume-Uni**, la Cour d’appel a rendu une [décision](#) similaire le 21 septembre 2021, au motif que seule une personne peut avoir des droits non une machine.

Nul doute que d’autres décisions devraient être rendues, alimentera le débat, dans l’attente d’une adaptation des réglementations. Les autorités législatives et réglementaires s’emparent de cette question. Une [consultation publique](#) a ainsi été lancée sur ce sujet au Royaume-Uni. Une initiative similaire pourrait être menée en Europe, dans le prolongement de la [résolution](#) du 20 octobre 2020 du Parlement européen.

# UN PAS DE PLUS VERS LE BREVET UNITAIRE EUROPEEN ET LA JURIDICTION UNIFIEE DU BREVET

*L'Allemagne qui a levé ses dernières réticences sur le brevet unitaire européenne va rejoindre le projet de « coopération renforcée » aux côtés de 24 autres pays européens. Le brevet unitaire européen ainsi que la Juridiction Unifiée du Brevet (JUB) devraient voir le jour d'ici la fin de l'année 2022.*

Le projet est évoqué depuis plus de trente ans mais a connu plusieurs oppositions qui ne lui avaient pas permis de voir le jour.

Le principe est le même que celui de la marque de l'Union européenne aussi appelée marque communautaire, permettant de protéger une marque sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, contrairement à une marque nationale qui ne produit des effets que dans un pays donné.

En ne déposant qu'une seule demande auprès de l'Office Européen des Brevets, le demandeur obtiendra un titre unitaire produisant les mêmes effets que s'il avait déposé une demande auprès de l'organisme national de chaque pays. Ce Brevet unitaire permettra notamment de faciliter la procédure visant à obtenir un droit de propriété intellectuelle mais également de réduire drastiquement les coûts (traduction, mandataires, conditions de dépôts...).

Ce titre s'accompagne de la création d'une juridiction unifiée du brevet qui aura compétence pour les brevets unitaires et les brevets européens classiques. Il y aura trois antennes : Paris, Munich et Milan. Cette nouvelle entité visera à harmoniser la lutte contre la contrefaçon et à mettre fin à l'existence actuelle de coûteuses procédures parallèles dans plusieurs Etats.



Pour que ce projet soit validé et lancé, le Protocole d'application provisoire doit être ratifié par au moins 13 Etats membres dont les trois plus gros en termes d'utilisation de brevets de l'Union européenne, à savoir la France, l'Italie et l'Allemagne. Dix Etats l'ont déjà fait dont la France et l'Italie mais l'Allemagne tardait notamment à cause de la saisine à deux reprises de la Cour constitutionnelle allemande. Alors que l'ultime feu vert a été donné par la Cour cet été, la loi allemande ratifiant l'accord sur la Juridiction unifiée du brevet (incluant le brevet unitaire) a finalement été promulguée à la fin du mois de septembre. De nombreux pays qui attendaient que la situation se débloque en Allemagne ont accéléré leurs ratifications nationales. C'est finalement 25 Etats (tous les Etats membres de l'Union européenne sauf l'Espagne et la Croatie) qui prennent part au projet. Les treize ratifications nécessaires pour le lancement du processus d'application provisoire à l'échelle de l'Union devraient être obtenues d'ici la fin de l'année 2021. Les autres ratifications suivront pendant l'année 2022 jusqu'à un lancement définitif pour la fin de l'année 2022.

## PROPRIETE INTELLECTUELLE

# LEGIDE : UNE SOLUTION BLOCKCHAIN DE PROTECTION DES CREATIONS ET DES INNOVATIONS CREE PAR LA CHAMBRE DES HUISSIERS DE JUSTICE DE PARIS ET IBM

« Legide, c'est l'alliance de la sécurité juridique et technologique, au profit des créateurs » souligne Nicolas Dessard, Huissier de Justice et audiencier à la Cour de cassation. « Une solution de confiance qui s'appuie sur une technologie de rupture, la blockchain, pour apporter une réponse innovante et agile ». \*

Legide est un service en ligne de protection des créations soumises au droit d'auteur.

Simple et peu coûteuse, elle permet aux déposants de se prémunir contre les risques et de bénéficier des droits qui résultent de leur travail de création. C'est une solution efficace contre le plagiat, le vol, la diffusion non autorisée, si les licences « Creative Commons » -permettant aux auteurs d'accorder des permissions de droits supplémentaires aux œuvres- ne peuvent s'appliquer (ou que le créateur ne le souhaite pas).

Ce service est ouvert à tous types de créateurs (entreprises, indépendants, cabinets d'avocats, conseils en propriété intellectuelle...) ainsi qu'à tous types de supports et d'œuvres (collection de mode, partition musicale, plans et croquis, script...).

Legide est une solution singulière en ce qu'elle permet la délivrance de deux niveaux de preuve :

- D'une part, une **preuve technologique** délivrée par une attestation d'enregistrement blockchain Legide ;
- D'autre part, une **preuve juridique** à force probante délivrée par un constat d'Huissier Legide.



Legide s'appuie sur les infrastructures IBM Cloud et repose sur le protocole blockchain open-source de la fondation Linus Hyperledger Fabric, choisi pour sa robustesse, sa fiabilité et son niveau de maturité reconnus. L'utilisation de la blockchain permet de garantir le caractère immuable et non répudiable des dépôts, avec un commencement de preuve à moindre coût.

Ainsi, en complément de la preuve technologique, les déposants peuvent bénéficier du niveau de preuve le plus élevé qui se matérialise par la délivrance d'un acte authentique.

Pour une meilleure sécurité juridique, les documents déposés et l'attestation d'enregistrement blockchain seront conservés à minima pendant 5 ans, ou 25 ans si un constat d'Huissier Legide est également délivré à la demande du déposant.

Cette protection est valide en France et dans les 178 autres pays signataires de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

DERRIENNIC ASSOCIES utilise pour ses clients

## INFORMATIQUE

# DISTRIBUTION DE LICENCES DE LOGICIELS : ATTENTION A L'APPLICATION DE LA LEGISLATION SUR LES AGENTS COMMERCIAUX !

**CJUE 16 septembre 2021 C-410/19**

*Par un arrêt rendu le 16 septembre dernier, la CJUE a qualifié la commercialisation de certaines licences de logiciel de « vente de marchandises » soumise à la directive relative aux agents commerciaux.*



C'est dans le cadre d'un litige opposant deux sociétés britanniques relativement au versement d'une indemnité spécifique de résiliation d'un contrat de commercialisation d'un logiciel téléchargeable en ligne que la CJUE a été saisie en interprétation de la Directive 86/653 relative aux agents commerciaux indépendants (« la Directive »).

Plus précisément, la CJUE a été interrogée sur le point de savoir si la concession d'une licence perpétuelle d'utilisation d'une copie électronique d'un logiciel à un client par un commettant constitue une « vente de marchandises » au sens de la Directive.

La Cour a d'abord relevé qu'il n'y avait pas de définition de « vente de marchandises » dans la Directive, ni de renvoi au droit national sur ce point.

Ensuite, la CJUE s'est référée à ses jurisprudences passées selon lesquelles :

- il faut entendre par « marchandises », les produits appréciables en argent et susceptibles de former l'objet de transaction commerciales (cf. notamment CJUE 26 octobre 2006, C-65/05) ;
- un logiciel peut être qualifié de « marchandise » et ce, peu important qu'il soit fourni sur un support électronique (par exemple au moyen d'un téléchargement) ou physique (cf. CJUE 3 juillet 2012 C-128/11, arrêt « Usedsoft ») ;
- la « vente » est un contrat par lequel des droits de propriété sur un bien corporel ou incorporel sont cédés, en contrepartie du paiement d'un prix ; la mise à disposition d'une copie d'un logiciel, par téléchargement, et la conclusion d'une licence d'utilisation rendant ladite copie utilisable de manière permanente par les clients et en contrepartie du paiement d'un prix implique le transfert du droit de propriété de cette copie (même arrêt).

Les juges européens en concluent que la fourniture, en contrepartie du paiement d'un prix, d'un logiciel à un client par voie électronique et accompagnée de la concession d'une licence perpétuelle pour l'utilisation dudit logiciel peut être qualifiée de « vente de marchandises » au sens de la Directive.

**Les éditeurs de logiciels octroyant des licences « on premise » pour la durée des droits d'auteur sont donc invités à la plus grande prudence vis-à-vis de leurs revendeurs qui pourraient donc, dans certains cas, bénéficier des dispositions protectrices de la législation sur les agents commerciaux.**

En France, c'est un risque qui avait été évacué jusqu'à présent et DERRIENNIC avait obtenu sur ce terrain de grands succès pour les éditeurs de logiciels qui ont mis en place un réseau de distribution.

## LA CONDAMNATION D'UN ELU POUR MAINTIEN DE CONTENUS ILLICITES SUR SON « MUR » FACEBOOK NE VIOLE PAS LA CONVENTION DES DROITS DE L'HOMME

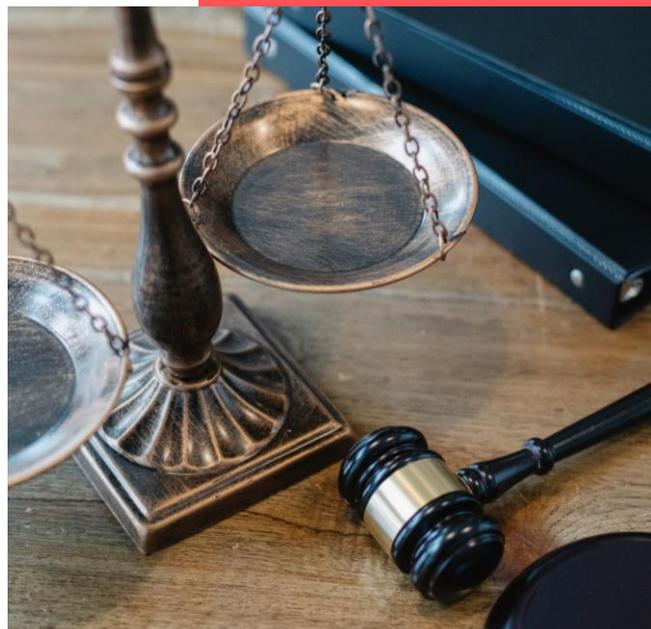
*CEDH 2 sept. 2021, Sanchez c/ France, n° 45581/15*

*Les juridictions françaises n'ont pas porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression en condamnant, pour provocation à la haine raciale, un élu qui avait mis six semaines à supprimer des messages de haine publiés, par un tiers, sur son mur Facebook.*

En 2011, le candidat d'un parti nationaliste aux élections législatives poste, sur son mur Facebook, un message public dans lequel il se félicite du lancement de son site internet de campagne et tourne en dérision celui de son adversaire politique, un élu sortant, dont il critique également le bilan.

Deux utilisateurs du réseau social réagissent à cette publication y apposant les commentaires suivants : (i) « *Ce grand homme a transformé Nîmes en Alger, pas une rue sans son khebab et sa mosquée ; dealers et prostituées règnent en maître [...] .... Merci et kiss à Leila* » ; (ii) « *Des bars à chichas de partout en centre-ville et des voilées .... Voilà ce que c'est Nîmes, la ville romaine soi-disant... L'UMP et le PS sont des alliés des musulmans* » etc. ».

La campagne de l'élu, visée par le premier commentaire, dénonce les faits au ministère public et les deux auteurs furent poursuivis pour provocation à la haine ou à la violence à l'égard d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou non-appartenance à une ethnie, nation, race ou religion déterminée, puis condamnés par le tribunal correctionnel et la cour d'appel de Nîmes.



Le candidat, titulaire de la page Facebook litigieuse, fut également reconnu coupable en sa qualité de producteur d'un site de communication au public en ligne mettant à disposition du public des messages adressés par des internautes (art. 93-3 de la loi du 29 juill. 1982), pour ne pas avoir retiré promptement les messages litigieux comme il lui incombait.

Après épuisement des voies de recours, celui-ci se saisit la Cour Européenne des droits de l'Homme (« CEDH ») considérant que sa condamnation violait le principe de liberté d'expression et l'article 10 de la Convention dans la mesure où (i) le premier commentaire avait été retiré par son auteur moins de 24 heures après sa publication, (ii) qu'une plus grande liberté d'expression devait être accordée en période électorale, et que (iii) sa responsabilité pénale en tant que producteur était excessive dans la mesure où les auteurs directs des propos avaient été identifiés et sanctionnés.

Dans sa réponse, la Cour relève que les propos litigieux visaient explicitement la communauté musulmane en l'associant à la délinquance et à l'insécurité et étaient de nature à « *susciter un fort sentiment de rejet et d'hostilité envers le groupe des personnes de confession musulmane, réelle ou supposée* ».

Aussi, la Cour reconnaît qu'il est fondamental, dans une société démocratique, de défendre le libre jeu du débat politique dans un contexte électoral mais souligne que cette liberté n'est pas absolue et que le langage employé en l'espèce ne pouvait être camouflé ou minimisé par le contexte électoral.

Au contraire, la Cour relève que la qualité d'élu du requérant n'était pas une circonstance atténuant sa responsabilité dès lors qu'il lui incombait, au contraire, d'éviter la diffusion de propos susceptibles de nourrir l'intolérance.

En synthèse, la Cour juge que les motifs invoqués par les juridictions internes étaient pertinents et suffisants et que l'ingérence dans la liberté d'expression n'avait pas été disproportionnée et apparaissait nécessaire dans une société démocratique.

# LE POUVOIR LIMITE DU JUGE DES REFERES DANS L'APPRECIATION DES DISPOSITIONS D'UN CONTRAT INFORMATIQUE

*Cour d'appel de Colmar, Chambre 1 a, 20 septembre 2021, n° 20/03613*

*L'appréciation des dispositions d'un contrat informatique, du moins pour ce qui est de savoir si le client est bienfondé à exiger la remise des codes sources post-résiliation, peut poser des difficultés au juge des référés...*

Un contrat de service a été conclu en 2006 entre un client, spécialisé dans la conception de produits en bois, et un prestataire, développant l'ERP « PHIL.BOI » à partir de la solution d'un éditeur tiers (MemSoft). Tacitement reconduit d'années en années, ce contrat a permis au client de faire développer par le prestataire des modules spécifiques, de telle sorte que l'activité de ce dernier reposait presque intégralement sur cet ERP.

A la suite d'un différend avec l'éditeur, le prestataire s'est tourné vers l'outil Dynamics Nav, édité par Microsoft, pour les versions ultérieures de l'ERP « PHIL.BOI ». Le Prestataire a alors proposé à ses clients de les accompagner pour migrer vers son nouvel ERP et a informé son client qu'il cesserait de mettre à jour l'ancienne version de « PHIL.BOIS ».



Soutenant l'existence de plusieurs manquements du prestataire, le client a résilié le contrat en 2017 et a mis en demeure le prestataire de lui communiquer ses codes sources. Dans un premier temps, le prestataire n'opposait pas de refus à cette demande, sous réserve d'un accord sur les conditions financières. Par la suite, elle lui indiquait qu'elle ne transmettrait pas les codes sources et lui proposait de continuer à exploiter l'ancienne version de PHIL.BOI, sans pouvoir prétendre à des évolutions et/ou mises en conformité.

Saisi par le client, le juge des référés du Tribunal judiciaire de Strasbourg a :

- constaté que sa demande se heurtait à une contestation sérieuse, la transmission des codes sources étant soumise à certaines conditions contractuelles, non respectées en l'espèce ;
- enjoint le client à cesser d'utiliser le progiciel PHIL.BOI pour lequel il ne payait plus de redevances, avec astreinte de 100€ par jours de retard.

Le client a interjeté appel de cette ordonnance aux fins de s'opposer à l'interdiction qui lui était faite d'utiliser l'ERP, indiquant que :

- son activité reposait sur cette solution (et notamment sur les développements spécifiques réalisés) et que le fait d'être privée de tout droit d'utilisation aurait pour effet de paralyser totalement son activité ;
- dans la mesure où le prestataire s'opposait à lui transmettre les codes sources, elle sollicitait uniquement que lui soit reconnu le droit d'utiliser les fonctionnalités développées spécifiquement pour elle.

La Cour d'appel a rejeté les demandes de l'appelante au motif que :

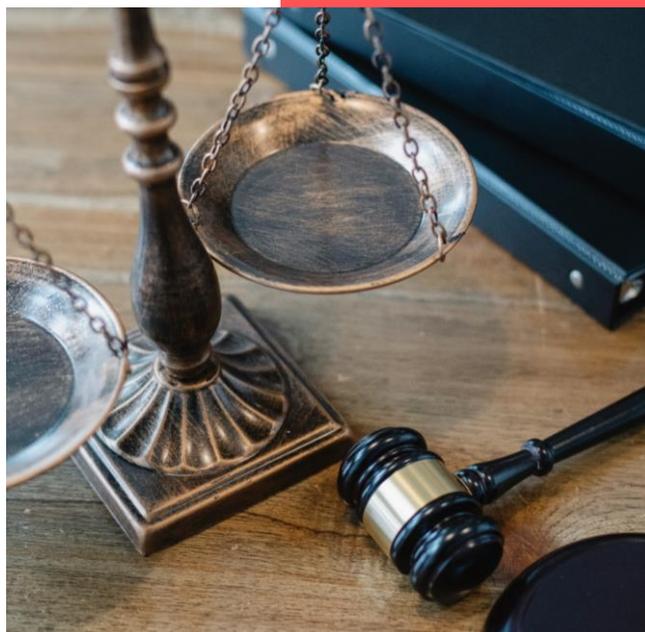
1. il existait une contestation sérieuse quant au fait de savoir si les codes sources devaient être transmis, ce point impliquant une analyse des dispositions du contrat et des conditions de la rupture ;
2. il y'avait un trouble manifestement illécite résultant de la poursuite de l'utilisation des licences par le client dans la mesure où le contrat, qui ne prévoyait qu'un droit d'usage au profit du client pendant la durée du contrat, avait été résilié en 2017 et que les redevances n'étaient plus payées depuis ;
3. le client disposait malgré tout d'un droit d'exploitation pour une solution équivalente au logiciel PHIL.BOI qui a depuis lors été développé par la société MEMSOFT, sous entendant par là qu'il n'y avait pas de risque imminent pour l'activité du client.

# ET SI VOTRE PRESTATAIRE INFORMATIQUE DÉFAILLANT N'EST PAS L'ENTITE SIGNATAIRE DU CONTRAT ?

*Tribunal de commerce de Rennes, 14 octobre 2021*

*Le client voulant faire reconnaître la responsabilité de son prestataire informatique défaillant est bien fondé à poursuivre la société qui, bien que non signataire du contrat, a la qualité de mandataire apparent. Il obtiendra satisfaction, la mauvaise exécution étant établie, notamment du fait du défaut du devoir d'explication et de conseil, mais sans pour autant que le Tribunal ne fasse droit à sa demande de résiliation judiciaire.*

Une société spécialisée dans la production d'emballages destinés au conditionnement industriel agroalimentaire et une société spécialisée dans la distribution de ces emballages ont recours aux services d'un prestataire informatique qui propose différentes solutions informatiques en matière de gestion. Les deux sociétés clientes souscrivent chacune en 2017 à l'offre commerciale du prestataire portant sur l'implémentation d'une solution logicielle standard éditée par un tiers, prestations de mise en œuvre et versement mensuel pour couvrir les coûts d'utilisation. Les contrats contiennent un volet formation, assistance via une aide en ligne et maintenance corrective et évolutive des logiciels afin de garantir une exploitation normale et pérenne desdits logiciels de gestion à ses clients.



Rapidement, les clients ont rencontré des difficultés pour installer et paramétrer les solutions et la mise en production a été décalée. La situation est restée ensuite difficile, de nombreux dysfonctionnement ont été répertoriés et le prestataire n'a pas apporté les solutions nécessaires.

En 2019, les clients ont mis en demeure le prestataire de rendre les logiciels opérationnels. Cette mise en demeure n'a pas été suivie d'effet, ce dernier expliquant que les problèmes étaient dus à la rigidité des demanderesse face au changement.

Après un référé expertise, l'expert judiciaire a déposé son rapport début 2020, mettant en exergue des dysfonctionnements, pour la quasi-totalité attribuée au prestataire informatique ; toutefois, si un plan d'actions correctives avait bien été établi par ce dernier, il n'avait pas été réalisé alors que l'expert estimait que la plupart des dysfonctionnements pouvaient être résolus.

Dans ce contexte, les clients ont assigné leur prestataire devant le Tribunal de commerce de Rennes aux fins de faire reconnaître la responsabilité de celui-ci dans les dysfonctionnements des solutions informatiques installées, le condamner à procéder aux actions préconisées dans le rapport d'expertise sous astreinte, et à payer des dommages et intérêts.

Le prestataire demande au Tribunal de déclarer irrecevables les demandes à son encontre, n'étant pas signataire des contrats. Ainsi la société « ALTICAP » assignée explique que les contrats ont été signés avec la société « ALTI-SAAS », autre société du groupe, et non avec elle-même.

Les demanderesses prétendent qu'ALTICAP a bénéficié d'un mandat apparent. Elles s'appuient notamment sur la jurisprudence de la Cour de cassation (Ass. Plen. 13 décembre 1962, 57-11.569).

Le Tribunal va examiner en détail les documents et relever tout un faisceau d'indices (papier à en-tête, nom en première page, taille de la police, adresse du site internet, adresses emails des interlocuteurs, pieds de page, descriptif des acteurs dans le texte du contrat, présentation des factures, documents utilisés pendant la procédure et les opérations d'expertise...) pour constater que les clients pouvaient légitimement croire en l'existence et dans les pouvoirs d'un mandat apparent de la société ALTICAP pour engager les autres sociétés du groupe ALTICAP, précisant que les sociétés intervenant dans les prestations encadrées par ces contrats sont toutes présidées par la SAS ALTIGROUP qui semble faire fonction de holding animatrice. Les clients sont donc bien fondés à poursuivre la société ALTICAP en sa qualité de mandataire apparent.

Sur le fond, s'appuyant sur les constats et les conclusions formulées par l'expert dans son rapport, le Tribunal va juger qu'il y a eu une mauvaise exécution du contrat et retenir la responsabilité contractuelle du prestataire.

Le rapport relevait notamment que :

- si des anomalies sont imputables à l'éditeur du logiciel, les manques d'explication et l'absence de mise en œuvre de solutions de contournement simples sont à mettre sur le compte du prestataire ;
- des dysfonctionnements sont liés à des défauts de paramétrage de la solution et d'autres sont dus à des limites fonctionnelles de la solution qui aurait dû donner lieu à une information précise de la part du prestataire et à la proposition de solution ;
- les dysfonctionnements de la solution auraient mérité, de la part du prestataire, une meilleure information aux équipes clientes, petites structures sans service informatique, ce que le prestataire ne pouvait ignorer, lui imposant un devoir d'explication et de conseil qui s'est avéré insuffisamment assumé.

Pour autant, le Tribunal ne va pas faire pas droit à la demande de résiliation des contrats aux torts exclusifs du prestataire pour cause d'inexécution grave de ces contrats.

Le Tribunal va notamment constater que les prestations se poursuivent même si elles laissent à désirer et que l'exécution du contrat peut être qualifiée de partielle, l'éditeur palliant certaines incapacités des défenderesses. Le Tribunal relève en outre que les clients n'ont pas formellement mis en demeure le prestataire préalablement à la demande de résiliation judiciaire des contrats.

S'agissant du préjudice, les clients font valoir que durant plus de trois années, les dysfonctionnements ont pesé sur leur activité, leur faisant subir un préjudice financier au titre du temps passé par leurs salariés pour implémenter la solution logicielle, préjudice évalué à 100.000€ dont ils demandent réparation.

Le Tribunal va les débouter, considérant que le temps a été passé par les salariés, non en heures supplémentaires, mais pendant les heures normales de présence au travail consacrées aux travaux pour paramétrer les logiciels, vérifications, corrections d'erreurs, échanges de mails et d'informations nécessités par les dysfonctionnements rencontrés dans l'implémentation des logiciels.

Les clients demandent également le remboursement des factures de maintenance que le prestataire a continué à émettre alors qu'il n'intervenait pas sur les difficultés rencontrées dans la mise en place et l'utilisation des logiciels et n'en réalisaient pas la maintenance.

Le Tribunal ayant déjà constaté qu'il y a avait eu une inexécution partielle du contrat, situation qui a pesé sur les tâches quotidiennes des équipes des deux demanderesse, juge que celles-ci ont subi un préjudice, et qu'en conséquence, elles doivent en être indemnisées par une réfaction de 40% de leurs factures de prestations émises durant trois années.

Enfin, le Tribunal fera partiellement droit à la demande reconventionnelle du prestataire concernant le paiement des factures et ordonnera la compensation.

# DECOMPILER UN LOGICIEL POUR CORRIGER DES ERREURS : POSSIBLE POUR LA CJUE !

*CJUE, 6 octobre 2021, C-13/20*

*Dans une décision très attendue du 6 octobre dernier, la CJUE apporte des éclairages précieux sur la portée du droit de corriger les erreurs et du droit de décompilation d'un logiciel dont peut bénéficier l'utilisateur légitime.*



Le litige opposait un développeur de logiciels, TOP SYSTEM, à l'Etat Belge, concernant la décompilation (reconstitution du code source par le code objet) par le bureau de sélection des collaborateurs de l'administration fédérale belge, SELOR, d'un logiciel standard développé par TOP SYSTEM. Ce logiciel était embarqué dans une solution plus globale comportant également des applications spécifiques mises au point par TOP SYSTEM pour les besoins de SELOR et pour laquelle SELOR bénéficie d'une licence d'utilisation.

A la suite de différends relatifs à des problèmes de fonctionnement de certaines applications utilisant le logiciel, TOP SYSTEM aurait constaté que SELOR a réalisé elle-même une décompilation dudit logiciel à des fins de correction des erreurs du programme concerné. Considérant que la décompilation ne peut être réalisée que sur autorisation de l'auteur ou à des fins d'interopérabilité, TOP SYSTEM a saisi les juridictions belges afin de constater l'illégalité de cette démarche et obtenir des dommages et intérêts.

C'est dans ce cadre que la CJUE a été saisie en interprétation de la Directive 91/250 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur (la « Directive ») et plus précisément de ses articles 5 et 6 (à noter que cette Directive a été abrogée, mais la Directive 2009/24/EC, qui l'a remplacée, a repris ces dispositions).

En substance, l'article 5 prévoit la possibilité pour le licencié de reproduire, traduire, adapter, arranger, etc. un logiciel sans l'autorisation de son auteur lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à l'utilisateur d'utiliser le logiciel conformément à sa destination y compris pour corriger des erreurs, sauf dispositions contractuelles spécifiques. L'article 6 prévoit, quant à lui, la possibilité pour l'utilisateur de décompiler un logiciel, sans l'autorisation de son auteur, à des fins d'interopérabilité et ce, dans des conditions strictement encadrées.

La question épineuse est donc de savoir si la décompilation est implicitement visée dans le droit à corriger les erreurs, prévu à l'article 5 et, le cas échéant, si les conditions strictes de l'article 6 sont à respecter.

La CJUE a d'abord jugé que la décompilation d'un logiciel implique l'accomplissement d'actes relevant des droits exclusifs de l'auteur : reproduction du code du programme et traduction de la forme de ce code.

Ensuite, se basant en particulier sur les travaux préparatoires et les considérants de la Directive, la CJUE a considéré que :

- l'article 5 de la directive doit être interprété en ce sens que l'acquéreur légitime d'un programme est en droit de procéder à la décompilation de ce programme afin de corriger les erreurs affectant celui-ci ;
- l'article 6 ne saurait être interprété en ce sens que la décompilation ne serait permise qu'à des fins d'interopérabilité.

A cet égard, la Cour a précisé que l'article 6 concerne les actes nécessaires pour assurer l'interopérabilité de programmes créés indépendamment, tandis que l'article 5 vise à permettre à l'acquéreur légitime d'un programme de l'utiliser de manière conforme à sa destination.

Ainsi, dans cette affaire, la CJUE a jugé que « l'acquéreur légitime d'un programme d'ordinateur est en droit de procéder à la décompilation de tout ou partie de celui-ci afin de corriger des erreurs affectant le fonctionnement de ce programme, y compris quand la correction consiste à désactiver une fonction qui affecte le bon fonctionnement de l'application dont fait partie le programme. »

Aussi, pour la Cour, si cet acquéreur n'est pas tenu de satisfaire aux exigences de l'article 6 de la directive, il n'est en droit de procéder à une telle décompilation que dans la mesure nécessaire à cette correction et dans le respect, le cas échéant, des conditions prévues contractuellement avec le titulaire du droit d'auteur sur ledit programme. A cet égard, la Cour a notamment estimé que « *lorsque le code source est légalement ou contractuellement accessible à l'acquéreur du programme, il ne saurait être considéré qu'il est nécessaire pour lui de procéder à une décompilation.* ».

La Cour a également ajouté que les parties ne peuvent exclure contractuellement toute possibilité de procéder à une correction de ces erreurs ; toutefois, le titulaire des droits et l'acquéreur demeurent libres d'organiser les modalités d'exercice de cette faculté (par exemple, en prévoyant que le titulaire des droits doit assurer la maintenance corrective du programme concerné).

Le licencié et le titulaire des droits sur un logiciel sont donc avertis : le contrat doit prévoir le *modus operandi* pour corriger les erreurs et les éventuels actes de décompilation liés pour échapper à toute difficulté en cas de différend...