



LETTRE N°37 : SEPTEMBRE – DECEMBRE 2007

Des difficultés soulevées par l'intégration de système informatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 13 février 2007, dans l'affaire Faurecia c. Oracle)

Par Jérôme Huet

Mettre en place une solution informatique dans une entreprise n'est pas une sinécure, comme en témoigne l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 13 février 2007 dans une hypothèse d'intégration de système (et V. sur cette décision, les observations de E. Chevrier, D. 2007. 654, avec les nombreuses références jurisprudentielles). Les décisions de la Cour suprême en matière de contrats informatiques, et plus particulièrement sur le cas de l'intégration, sont suffisamment rares pour qu'on s'y intéresse de près. D'ailleurs, l'arrêt apporte des éléments particulièrement importants sur deux points : l'interdépendance entre les divers contrats qui ont pu être conclus avec le client, et la portée des obligations souscrites par le fournisseur en présence d'une clause limitative de responsabilité.

Dans l'intégration de système, la solution informatique repose sur un progiciel multifonctions, destiné à satisfaire les diverses tâches qu'une entreprise peut souhaiter informatiser, progiciel qui fait l'objet d'un contrat de licence liant son éditeur au client ; autour de ce socle, s'organisent des prestations complémentaires, mais le plus souvent indispensables : mise en œuvre de la solution dans le contexte particulier de l'entreprise du client (paramétrages, développements spécifiques...), qui est souvent réalisée par un prestataire distinct de l'éditeur du progiciel, ou encore fourniture de matériel, maintenance... En l'espèce, l'éditeur du progiciel, la société Oracle, qui fournissait ce dernier au client, assurait également la mise en œuvre et, comme il est d'usage en informatique, avait inséré dans ses contrats des clauses limitatives de responsabilité.

La société Faurecia – auquel l'arrêt rendu donne pleinement satisfaction – avait souhaité en 1997 déployer sur ses sites un progiciel d'intégration couvrant principalement la gestion de production et la gestion commerciale. Conseillé par la société Deloitte, elle avait choisi la version V 12 du progiciel Oracle qui ne devait pas être disponible avant septembre 1999. En 1998, à des dates rapprochées, furent conclus : un contrat rassemblant plusieurs licences – pour 2890 utilisateurs – sur le progiciel, un contrat de mise en œuvre du "programme Oracle applications", un contrat de maintenance et un contrat de formation. Par ailleurs, pour assurer le passage à l'an 2000 de certains établissements du client, une solution logicielle provisoire devait être installée sur ceux-ci, dans l'attente de la configuration définitive. Ultérieurement, toutefois, du fait que la solution provisoire connaissait de graves difficultés et que la version V 12 ne lui était pas livrée, le client cessa de régler les redevances et, assigné en paiement par l'établissement de crédit auquel Oracle les avait cédées, il appelait en garantie Oracle, puis l'assignait ainsi que Deloitte afin d'obtenir la résolution pour inexécution de l'ensemble des contrats signés. La Cour d'appel prononça la résolution partielle du contrat de licence et la résiliation du contrat de formation, aux torts de la société Oracle, constata la résiliation des contrats de maintenance et de mise en œuvre de la solution informatique, et condamna Oracle à prendre en charge les redevances cédées, mais fit jouer la clause limitative de responsabilité.

Devant la Cour de cassation devaient être discutées la question de l'interdépendance des contrats et celle de l'application de la limitation de responsabilité.

Sur le premier point, Oracle soutenait, notamment, qu'en raison du principe d'indépendance des actes juridiques, l'indivisibilité ne saurait être déduite du seul constat que plusieurs conventions s'assemblent en vue de la réalisation d'un objectif commun et qu'elle ne peut résulter que de la volonté des parties d'inscrire leurs engagements dans le cadre d'un ensemble indivisible. Pourtant, la Cour d'appel, pour décider que les quatre contrats litigieux étaient interdépendants, avait souligné qu'ils poursuivaient tous le même but et n'avaient aucun sens indépendamment les uns des autres, que les prestations de maintenance et de formation ne se concevaient pas sans les licences sur lesquelles elles portaient et que l'acquisition de ces licences par le client n'aurait aucune raison d'être si le contrat de mise en œuvre n'était pas exécuté. Approuvant ce raisonnement, fondé sur une analyse objective de l'ensemble contractuel, la haute Juridiction ajoute que les juges n'avaient pas à relever que le fournisseur était informé des liens ainsi établis dès lors qu'il avait lui-même conclu les quatre contrats concernés. On en retient, sur ce premier point, que l'indivisibilité entre plusieurs contrats informatiques se déduit, objectivement, de la convergence de leur finalité, dès lors qu'ils ont été conclus avec le même prestataire, mais que s'ils lient des prestataires différents, des considérations supplémentaires, tenant à la volonté des parties, pourraient devoir s'ajouter pour qu'on puisse conclure à l'indivisibilité.

Cette manière d'interpréter les contrats, et les liens qu'ils entretiennent, doit être mise dans la perspective d'une autre solution, retenue par la Chambre commerciale dans un arrêt du 15 février 2000, où elle estimait que l'interdépendance entre les contrats pouvait être admise même en présence d'une clause spécifiant le contraire, à partir du moment où celle-ci était « en contradiction avec l'économie générale du contrat » (aff. Soulard, D. 2000. som. 364, obs. Ph. Delebecque, JCP. E. 2000. 320, obs. J.-B. Seube, Defr. 2000. 1118, obs. D. Mazeaud, crédit-bail de matériel de diffusion de vidéos dans une pharmacie et contrat de publicité comportant des redevances pour l'officine, même fournisseur ; adde, sur l'importance de cette analyse dans l'esprit de la Cour suprême, G. de Monteynard, La recherche d'un équilibre contractuel ..., Rapport de la cour de cassation 2000, I, B, 2° : « Cet arrêt constitue une méthode de lecture de ce type d'ensembles contractuels et tous les arrêts de la Chambre rendus dans ce domaine après l'arrêt Soulard en ont repris le libellé »). Interprétation objective, donc, en dépit des affirmations subjectives inverses...

Le second point tenait au jeu des clauses restrictives de responsabilité. La Cour d'appel, tout en jugeant qu'Oracle devait garantir son client de la condamnation prononcée contre lui au paiement des redevances réclamées par l'établissement de crédit, avait rejeté les autres demandes du client en retenant qu'il n'avait pas démontré la faute lourde justifiant d'écarter la clause limitative de responsabilité figurant au contrat. La décision, à cet égard, devait être cassée au visa de l'article 1131 du code civil : selon la Cour suprême, dès lors que le prestataire s'était engagé à livrer la version V 12 de son progiciel, qui devait être disponible à partir de septembre 1999, qu'il n'avait pas exécuté cette obligation précise, ni en 1999 ni plus tard, sans justifier d'un cas de force majeure, et qu'il n'avait jamais été convenu d'une autre solution que celle de la version V 12, il y avait eu un manquement à une obligation « essentielle » de nature à faire échec à l'application de la clause limitant la réparation.

A cet égard, l'arrêt présente un double intérêt : d'un côté, il invite à penser que l'obligation de délivrance d'une solution informatique est une obligation de résultat, puisqu'il précise que le prestataire ne peut s'en exonérer qu'en prouvant la force majeure ; d'autre part, en relevant un manquement à une obligation « essentielle » pour écarter la clause limitative de responsabilité, il s'inscrit dans la mouvance de la célèbre jurisprudence *Chronopost* (Com. 22 octobre 1996, Bull. civ. IV, n° 261, D. 1997. 121, note A. Sériveau, JCP.1997. II. 22881, note C. Cohen, entre autres références et commentaires), qu'on a pu voir appliquer en

matière de maintenance informatique (Com. 17 juillet 2001, JCP. 2002. 1. 148, n° 17, obs. G. Loiseau), et qu'il contribue à revivifier (et V. également, Com. 30 mai 2006, dans une nouvelle affaire *Chronopost*, où il était question non pas du retard dans la livraison mais de la perte de la chose transportée ; Com. 5 juin 2007, D. 2007. 1720, obs. X. Delpech, perte de la chose transportée).

En ce qui concerne les effets attachés à la notion d'obligation « essentielle », on observe qu'au fil des arrêts celle-ci gagne en portée, et donc en efficacité pour les créanciers de prestations mal exécutées. Dans l'arrêt *Chronopost* de 1996 (précité), la mauvaise exécution était mathématique, puisqu'il s'agissait d'un délai de livraison – le lendemain de la remise avant midi – qui n'avait pas été respecté, de même que dans l'arrêt de 2001 (précité) concernant la maintenance informatique, où le prestataire s'était engagé à une intervention sous quarante-huit heures. Dans la dernière affaire *Chronopost*, de 2006 (précité), l'inexécution consistait dans la perte de l'objet transporté, qui est généralement facile à constater, mais dont les causes peuvent être variées (négligence du transporteur, interférence d'un tiers, vice de la chose...). Avec l'affaire *Oracle*, on assiste à un nouvel élargissement, mais toujours dans le cadre de ce qui peut être considéré comme le cœur du contrat : la délivrance de la chose promise.

Ainsi, depuis quelque temps voit-on les exigences imposées aux fournisseurs de solutions ou de prestations informatiques se renforcer, par le tissage de plus en plus serré des liens entre les contrats qu'ils proposent au client, et la densité de plus en plus grande que les juges donnent à ce qu'ils estiment être « essentiel », et donc incontournable, dans ces contrats.

Jérôme Huet
Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)
Directeur du Centre d'études juridiques
et économiques du multimédia (CEJEM)

La fourniture d'accès est une obligation de résultat : les décisions se multiplient et la Cour de cassation confirme ! (Cass. 1ère Civ., 8 novembre 2007 et TGI Paris, 4ème ch., 26 juin 2007)

par Marlene Trezeguet

Les fournisseurs d'accès avaient pris l'habitude d'insérer dans leurs conditions générales de vente une clause par laquelle ils ne garantissaient pas l'accès à leurs services. L'accès au réseau n'était, selon eux, qu'une simple obligation de moyens en raison de l'existence d'un aléa lié à l'utilisation d'une nouvelle technologie : l'ADSL. Cela fait maintenant plusieurs années que les décisions de justice s'enchaînent (TGI Paris, 21 février 2006 (Free) ; TGI Nanterre, 9 février 2006 (Wanadoo) ; TGI Nanterre, 3 mars 2006 (Neuf Telecom) ; TGI Paris, 5 avril 2005 (Tiscali)) et condamnent, tour à tour, tous les fournisseurs d'accès à internet, ainsi que les opérateurs de téléphone mobile (CA Versailles, 4 février 2004 (Orange) ; CA Versailles, 19 octobre 2001 (SFR)), à retirer cette clause de leurs contrats. Selon la Commission des clauses abusives, on doit considérer, en effet, que la prestation de fourniture d'accès *fait appel à une technique aujourd'hui maîtrisée* (Recommandation n°07-01 relative aux contrats proposant aux consommateurs les services groupés de l'Internet, du téléphone et de la télévision (« triple play »), BOCCRF 31 juillet 2007, 9°). Les fournisseurs ne sauraient donc contredire leur engagement (D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, P.U.A.M., 2001) en prétextant un aléa technique (quasi) inexistant.

La Cour de cassation vient de rappeler cette obligation de résultat dans un arrêt rendu par la première chambre civile, le 8 novembre 2007, dans un litige opposant l'association UFC Que choisir à la société AOL (La société avait été condamnée à retirer une trentaine de clauses, jugées abusives, contenues dans les conditions générales de vente, dans ses versions de 2000 et 2003 : TGI Nanterre, 2 juin 2004 ; CA Versailles, 15 septembre 2005). La Cour de cassation énonce qu'*une telle clause, qui, au-delà des cas de force majeure ou de fait du cocontractant, avait pour effet de dégager la société AOL de son obligation essentielle, justement qualifiée d'obligation de résultat, d'assurer effectivement l'accès au service promis, [est] abusive* .

Les fournisseurs d'accès sont donc tenus d'une obligation de résultat dont ils ne peuvent s'exonérer qu'en démontrant le fait du cocontractant ou un cas de force majeure, par application de l'article 1147 du Code civil mais aussi de l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation, quand le contrat a été conclu par le biais d'une technique de communication à distance (v. TI Cherbourg, 12 juillet 2007 ; TGI, 26 juin 2007, 5ème ch. (Marc L.) ; Juridiction de proximité de Grenoble, 29 octobre 2007).

Pour une illustration de cette obligation de résultat, on peut se référer utilement au jugement rendu par la quatrième chambre du TGI de Paris, le 26 juin 2007 (Véronique S. et autres), opposant la société Free à plusieurs de ses clients, victimes d'interruptions répétées du service. Ce jugement est intéressant car il détaille le contenu de l'obligation de résultat et les différents faits exonérateurs.

Le tribunal décide que la société Free doit *supporter le coût des frais de communication avec la hotline* car elle *ne saurait faire supporter à son client le coût des moyens mis en œuvre pour satisfaire son obligation de résultat* . Cette précision est utile. La gratuité du temps d'attente, qui commence à se généraliser chez les fournisseurs d'accès, est prévue expressément dans le projet de loi du 27 novembre 2007 *pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*. L'article 6A de ce projet prévoit un article L. 113-5 du code de la consommation aux termes duquel, *le tarif d'appel des services téléphoniques surtaxés est gratuit pour l'appelant tant qu'il n'a pas été mis en relation avec un interlocuteur, personne physique assurant le traitement effectif de sa demande. Le temps d'attente ou de réponse par des automates ne peut être intégré sous aucun prétexte à l'assiette de la surtaxation*. Une bonne pratique des professionnels serait aussi de rembourser systématiquement les appels liés à une défaillance qui leur est imputable.

La société Free avait argué qu'elle avait réalisé à distance un test sur la connexion, ce qui avait révélé une mauvaise installation personnelle. L'abonnée avait placé un filtre sur une des prises, ce qui pouvait expliquer la déperdition d'énergie et la chute du débit. Le tribunal décide toutefois que *la société Free, qui ne justifie d'aucun déplacement au domicile de l'abonnée et d'aucune réserve sur la compatibilité de ses équipements avec l'offre qu'elle a intégralement facturée, ne saurait invoquer les carences d'une installation privative, non démontrée en l'espèce, pour s'affranchir des engagements souscrits* . De manière générale, le tribunal énonce qu' *il appartient à un prestataire de services, au titre de son devoir de conseil, de vérifier l'adéquation de l'offre qu'il émet, tant aux spécificités locales du lieu de connexion de son client qu'aux caractéristiques propres aux équipements de ce dernier [et] qu'en facturant l'intégralité des prestations choisies par son adhérent, sans émettre préalablement de réserve sur sa situation particulière, il souscrit nécessairement une obligation de résultat*. Pour invoquer le fait du cocontractant lié à une mauvaise installation personnelle, le fournisseur d'accès devra faire la preuve qu'il est intervenu auprès du client et a pu y déceler avec suffisamment de certitude l'origine de la défaillance. En d'autres termes, le fournisseur ne peut pas déduire du bon fonctionnement de son matériel, une mauvaise installation du client. La charge du risque incombe au fournisseur, non au client.

La société Free a également invoqué le fait du tiers, présentant les caractères de la force majeure. Etant donné qu'un des clients n'était pas en dégroupage total, la société Free souhaitait montrer que l'intervention ne lui incombait pas puisque le matériel (Dslam) appartenait à l'opérateur historique. Le tribunal rejette cet argument en considérant que *l'apparition d'incident au niveau de la boucle locale, propriété de l'opérateur historique, ne constitue nullement un événement imprévisible* car de l'aveu de la société Free les équipements de l'opérateur historique sont *notoirement connus* comme source d'incident. De plus, *il importe peu que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par un autre prestataire dont elle commercialise les services (opérateur historique) dès lors que l'engagement pris s'analyse également comme une obligation de résultat, tenant à l'acceptation sans réserve de la commande de son abonné* (v. en ce sens, Juridiction de proximité de Dijon, 10 novembre 2005). Il s'agit d'une application classique de la responsabilité contractuelle.

Marlene Trezeguet

Déclaration de guerre confirmée contre les hébergeurs du web 2.0

par Aurélien Bamde

Le Conseil Européen avait prévenu : « les contenus illicites doivent être pourchassés sur l'internet où ils ne doivent pas avoir de droit de cité » (Rés. 19 février 1997, JOCE 6 mars 1997, n°70, p. 1). Une telle déclaration justifie-t-elle pour autant que la guerre engagée contre les contrevenants soit menée à n'importe quel prix ? Manifestement, la question se pose au regard des trois décisions rendues successivement par le Tribunal de Grande Instance de Paris les 22 juin, 13 juillet et 29 octobre 2007. En effet, il est reproché dans ces différents litiges aux trois hébergeurs que sont MySpace, Dailymotion, et Wikipédia d'avoir enfreint l'article 6, I, 2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 selon lequel tout prestataire technique ayant eu connaissance du caractère illicite d'activités ou d'informations stockée sur sa plateforme et n'ayant pas agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible, engage sa responsabilité. Bien que ces affaires s'inscrivent désormais dans le droit fil d'une longue lignée de décisions jurisprudentielles ayant façonné le régime de la responsabilité des hébergeurs (CA Paris, 10 février 1999, Aff. Estelle Hallyday, JCP éd. G 1999, II, n°10101, note Olivier Barby), celles-ci n'ont pour le moins pas contribué à l'intelligibilité de ce dernier. Au contraire, ces décisions sont venues flouer un peu plus la frontière déjà tenue instaurée par la directive du 8 juin 2000 sur le Commerce électronique entre le statut d'hébergeur et le statut d'éditeur.

Alors que les premiers bénéficient d'un régime de responsabilité « raisonnée », pour reprendre les termes de Michel Vivant (M. Vivant, Droit de l'informatique et des réseaux, Lamy, 2006, n°2705, p. 1563), les seconds quant à eux sont soumis à une responsabilité de principe, dont le régime dépend de la nature du contenu visé. Par conséquent il suffit au juge de suivre les critères permettant de distinguer la fonction d'hébergeur et d'éditeur fixés par la loi, afin de mettre en œuvre cette dichotomie. Seulement, à l'heure du web 2.0 et bientôt du web 3.0, les choses ne sont plus aussi simples qu'il y paraît. Les utilisateurs du réseau numérique étant devenus les grands acteurs de l'internet, nombreux sont les hébergeurs qui ont mis à la disposition de ces derniers des moyens techniques permettant à tout à chacun de devenir un véritable fournisseur de contenu. Tel est le cas des sites internet MySpace, Dailymotion et Wikipédia, à qui il est reproché en l'espèce d'avoir dépassé leur fonction de simple hébergeur, en exerçant de fait une fonction d'éditeur. Dès lors, étant désormais bien acquis depuis l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 février 2005 (CA Paris, 4 février 2005, BNP Paribas, RLDI 2005/3, n°100, p. 37, obs. Costes, Comm. Com. Electr., 2005, comm.

71, note Grynbaum) que ce n'est pas la qualité abstraitement attribuée qui importe mais la réalité de la fonction exercée, les juges du Tribunal de grande Instance de Paris ont décidé de condamner les deux premiers, au motif qu'au regard de l'architecture tant technique que commerciale de leur site respectif, ils ne pouvaient pas ne pas avoir connaissance de la mise en ligne de contenus illicites.

Reprenant ainsi le critère de la publicité, déjà utilisé dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 7 juin 2006 (CA Paris, 4ème chambre, section A, 7 juin 2006, Affaire Tiscali Media / Dargaud Lombard, Lucky Comics), les juges du fond ont balayé d'un revers de main, l'argument selon lequel les hébergeurs ne sont pas soumis à une obligation générale de surveillance du contenu mis en ligne par les utilisateurs, tout en affirmant au contraire, qu'il incombe à ces derniers de « procéder à un contrôle a priori ». Et c'est là que vient poindre un vice dans le raisonnement des juges. En quoi, un hébergeur à qui l'on impute une violation des droits d'auteur serait-il soumis à une obligation de « contrôle a priori » du contenu diffusé sur son site internet alors qu'un hébergeur à qui l'on reproche une violation de la vie privée bénéficierait de l'absence d'obligation générale de surveillance « des informations qu'il transmet ou qu'il stocke », instaurée par la LCEN ? Autrement dit, le critère de l'affichage de publicité sur les pages consultées retenu par les juges du fond parisiens justifie-t-il à lui seul cette différence de traitement ? Nous ne le pensons pas. Effectivement, les juges ne sauraient se fonder sur le seul critère économique pour motiver leur décision, mais devraient s'attacher également à la maîtrise par l'hébergeur du contenu mis en ligne sur son site internet, un peu à la manière dont est appréhendée la responsabilité du fait des choses. C'est d'ailleurs le seul critère évoqué explicitement par le législateur celui-ci exigeant de l'hébergeur qu'il ait connaissance du fait délictueux et qu'il ait le pouvoir d'agir sur celui-ci. Par conséquent, les juges ont selon nous emprunté un raccourci pour le moins critiquable en affirmant que la connaissance du contenu illicite résulte de la présence de publicité sur le site, de sorte que cela revient à créer une présomption non prévue par la loi.

En l'espèce les juges se sont donc livrés d'une part à une création prétorienne quelque peu roturière et d'autre part à une rupture d'égalité entre MySpace, Dailymotion et Wikipédia. Sans doute suffit-il de se tourner vers la différence de poids économique, existant entre les requérants parties à ces trois litiges pour justifier une telle différence de traitement. Si pour la loi, il n'est aucune différence entre la violation d'un droit de propriété intellectuelle et un droit de la personnalité quant à l'application du régime de la responsabilité des hébergeurs, pour le juge il semble qu'il en est une dont la nature n'est certainement pas sans lien avec les intérêts économiques de certains ayants droit. Pourtant selon l'adage bien connu : « Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus ». Reste au juge de ne pas se laisser prendre au jeu de la facilité, sous peine de perturber l'équilibre de l'internet. Certes nombreux sont ceux qui argueront que le profit réalisé par des sites tels que Dailymotion, MySpace ou encore YouTube entretient des rapports très étroits avec la nature des contenus illicites diffusés. Cependant, dénier la qualité d'hébergeur à ces derniers menacerait grandement l'équilibre de l'internet dont les fondements reposent essentiellement sur le principe de libre diffusion de la Connaissance. Or investir, de tels prestataires techniques de la qualité d'éditeur, revient à leur imposer une obligation de police dont les effets auront nécessairement pour conséquence de restreindre la liberté des internautes. Dès lors, la guerre engagée contre la diffusion des contenus illicites justifie-t-elle le sacrifice des libertés individuelles ? Assurément, de la réponse à cette question, dépendra la forme vers laquelle tendra l'internet dans le futur.

Aurélien Bamde

La révision du Paquet Télécoms : vers un approfondissement du marché intérieur des communications électroniques

par Laurence Cour

Le cadre communautaire des communications électroniques, dénommé plus communément Paquet Télécoms se compose d'un ensemble de textes[1] entré en vigueur en 2003 et transposé en France l'année suivante[2] .

Le Paquet Télécoms de 2002 a fait place à une régulation proportionnée et évolutive. Ces textes ont réussi à promouvoir la concurrence, à consolider le marché intérieur des communications électroniques et à servir les intérêts des consommateurs et des utilisateurs. Toutefois, un réexamen périodique des textes composant le Paquet Télécoms a été prévu afin de tenir compte de l'évolution technique et économique du secteur. C'est dans ce contexte que s'inscrivent les différentes propositions présentées le 13 novembre 2007 par la Commission européenne[3] .

L'objectif de la Commission européenne, avec le nouveau Paquet Télécoms, est principalement de renforcer la concurrence, notamment sur les marchés de gros et dans les domaines où il subsiste des goulots d'étranglement, afin d'offrir à termes des services paneuropéens et d'encourager les investissements dans l'ensemble de l'Union Européenne.

Tout d'abord, dans le cadre « Mieux légiférer pour des communications électroniques compétitives », la Commission européenne propose de réorienter la réglementation ex ante sur les problèmes de concurrence persistants et de simplifier la procédure d'analyse de marché. Ainsi, l'exécutif européen propose une réduction du nombre de marchés régulés. Parmi les 18 marchés retenus en 2002, seuls 7 seront conservés. Pour le reste, les onze marchés supprimés relèvent désormais du droit commun de la concurrence. Néanmoins, il convient de noter qu'il ne s'agit que d'une recommandation et les régulateurs pourront continuer de surveiller les marchés non inclus dans la liste si nécessaire.

De plus, la Commission européenne a introduit - sur le modèle britannique[4] - la séparation fonctionnelle. Cette nouvelle mesure consiste à scinder l'infrastructure d'accès des activités de services de l'opérateur historique sans opérer de transfert de propriété. La Commission ambitionne, à travers cet instrument optionnel, de faciliter l'accès aux infrastructures essentielles des opérateurs verticalement intégrés à de nouveaux opérateurs et de garantir une concurrence juste.

Une grande nouveauté est à souligner, la Commission propose l'instauration d'une Autorité européenne du marché des communications électroniques au sein de laquelle serait intégrée l'actuelle agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (ENISA). Il est prévu que cette nouvelle Autorité travaille en étroite collaboration avec les autorités de régulation nationales et la Commission. L'Autorité devrait comprendre un conseil des régulateurs - se substituant au groupement européen des régulateurs- au sein duquel se réuniraient les dirigeants des autorités réglementaires nationales de l'ensemble des Etats membres. Par ailleurs, ce régulateur européen, en tant qu'organisme d'expertise spécialisé et indépendant, serait chargé de rendre des avis à la Commission notamment dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés et d'assurer une application plus cohérente de la réglementation européenne au sein d'un marché intérieur intégré.

Le Paquet Télécoms aborde encore la question de la gestion du spectre radioélectrique. En effet, la Commission européenne souhaite rendre plus efficace l'accès et l'utilisation du

spectre afin de promouvoir l'innovation et l'investissement dans les technologies sans fil. A cet effet, elle préconise d'appliquer les principes de neutralité technologique et de neutralité des services offrant ainsi une large marge de manœuvre dans l'utilisation du spectre.

D'autres mesures sont également prévues afin de renforcer certains droits des consommateurs et des utilisateurs notamment dans le but d'améliorer l'accessibilité et d'encourager une société de l'information ouverte à tous.

Un premier échange de vues a déjà eu lieu entre les Etats membres lors du Conseil Télécommunications du 29 novembre 2007. Il ressort du Conseil Télécommunications de novembre dernier un accord sur les objectifs poursuivis par la Commission. Néanmoins, les 27 se sont montrés particulièrement hostiles à l'instauration d'un régulateur européen et à l'élargissement des pouvoirs de la Commission.

Il conviendra de suivre de très près l'examen de ces propositions au cours des prochains mois et ce, jusqu'à l'entrée en vigueur de ce nouveau cadre prévue pour 2009.

Laurence Cour

[1] Directive " cadre " (2002/21/CE), directive " accès " (2002/19/CE), directive " autorisation " (2002/20/CE), directive " service universel "(2002/22/CE), du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, JOUE L 108 du 24.4.2002 ; Directive " vie privée et communications électroniques " (2002/58/CE) du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, JOUE L 201 du 31.7.2002 ; Directive " concurrence " (2002/77/CE) du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2002, JOUE L 249, du 17.9.2002 ; Décision " spectre radioélectrique " (676/2002/CE) du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002 ; Lignes directrices de la Commission du 11 juillet 2002 sur l'analyse des marchés et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, JOUE C 165 du 11.07.2002 ; Recommandation de la Commission, du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex-ante conformément à la directive " cadre " ; Recommandation de la Commission, du 23 juillet 2003, concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

[2] Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, JO du 1er janvier 2004, p.9 ; loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO du 22 juin 2004, p.11168 ; loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JO du 10 juillet 2004, p.12483.

[3] Propositions présentées par la Commission européenne disponibles sur : http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommlibrary/proposals/index_en.htm

[4] Mesure en vigueur depuis septembre 2005 au Royaume-Uni. British Telecom a créé une division Openreach en son sein.

L'adresse « IP », une donnée à caractère personnel ?

par Kevin kheyari

Selon l'article 2, alinéa 2, de la loi « informatique et libertés » modifiée du 6 janvier 1978 « constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification [...]. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne » et l'alinéa 3 du même article dispose que « constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion [...] ».

Ces règles relatives aux respects des données personnelles rencontrent actuellement des difficultés d'application en matière de lutte contre la contrefaçon réalisée au moyen d'échanges de fichiers sur l'internet.

Afin de lutter contre ce type d'infraction, l'article L. 331-2 du Code de la propriété intellectuelle permet à un agent assermenté d'une société de gestion collective de constater la matérialité d'actes de contrefaçon et l'article 9-4 de la loi « informatique et libertés » permet également aux sociétés de gestion collective (telles que la SACEM, SSCP, SDRM, SPPF) de recourir à des traitements, automatisés ou non, de données à caractère personnel relatives aux infractions à condition d'obtenir l'autorisation de la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés). Techniquement, lorsqu'un ordinateur se connecte à l'internet le fournisseur d'accès lui attribue une adresse « IP » (Internet Protocol). Cette dernière correspond à une succession de chiffres rendant possible l'identification de l'ordinateur connecté à l'internet. Ainsi en pratique, pour détecter un internaute contrefacteur, l'agent assermenté se connecte à l'internet, accède à l'aide de logiciels aux fichiers partagés (mis à la disposition d'autres internautes) et stockés dans l'ordinateur dont il recueille l'adresse « IP ». Puis, conjointement à la constitution d'une plainte, cette adresse « IP » est transmise aux officiers de police judiciaire chargés alors de demander aux fournisseurs d'accès à l'internet l'identité de l'abonné.

Ce procédé soulève l'importante question de savoir si l'adresse « IP » est ou non une donnée à caractère personnel et par conséquent, si la collecte de ces adresses effectuée par un agent assermenté doit ou non être autorisée par la CNIL.

Pour la CNIL, l'adresse « IP » est une donnée à caractère personnel dans la mesure où elle permet, par un numéro d'identification, d'identifier indirectement la personne physique titulaire d'un abonnement à l'internet et elle estime, donc, qu'une telle collecte correspond à un traitement d'une donnée à caractère personnel (notamment CNIL, délibération n° 2006-294, 21 déc. 2006). Si la position de cette autorité de contrôle demeure constante, il est apparu, ces derniers mois, une divergence jurisprudentielle importante.

Certaines juridictions retiennent une solution identique à celle défendue par la CNIL (TGI Bobigny, 14 déc. 2006 ; TGI Saint-Brieuc, 6 sept. 2007 ; TGI Paris, 24 déc. 2007) et

imposent aux agents assermentés des sociétés de gestion collective collectant des adresses « IP » l'obtention d'une autorisation de la CNIL (L. 1978, art. 25, I-3). A défaut le traitement de ces données sera illicite et les procès-verbaux constatant la contrefaçon ainsi que la procédure pénale subséquente seront nuls.

Au contraire, la Cour d'appel de Paris a retenu une solution différente dans ses décisions du 15 mai 2007 et du 27 mai 2007. Cette juridiction considère :

- ▶ Que lorsque l'agent assermenté procède au relevé de l'adresse « IP » de l'ordinateur conformément à la législation sur la propriété intellectuelle (art. L. 331-2 CPI), d'une part, il ne fait que constater la matérialité de l'infraction réalisée, ce qui ne constitue pas un traitement de données à caractère personnel au sens de la loi « informatique et libertés » et, d'autre part, il ne fait qu'établir un acte de preuve de la matérialité de l'infraction et non un acte d'identification du contrefacteur.
- ▶ Que l'agent assermenté ne procède pas lui-même à l'identification du présumé contrefacteur, ce rôle étant réservé aux seules autorités de police judiciaire qui effectuent un rapprochement entre l'adresse « IP » et l'identité de l'abonné détenue et communiquée par les fournisseurs d'accès à l'internet.
- ▶ Que l'adresse « IP » correspond à une série de chiffres qui permet l'identification de l'ordinateur utilisé pour réaliser la contrefaçon et non celle de son utilisateur. Ainsi, pour la Cour d'appel de Paris, cet identifiant ne serait pas une donnée à caractère personnel et, par conséquent, son traitement par l'agent assermenté ne nécessite pas l'obtention d'une autorisation de la CNIL. Toutefois, nous pouvons nous demander si l'adresse « IP » de connexion associée au nom du fournisseur d'accès à l'internet ne constituent pas, tout de même, « un ensemble de moyens » qui utilisé par « tout autre personne » (les officiers de police judiciaire) permettraient l'identification de l'utilisateur (L. 1978, art. 2, al. 2).

L'adresse « IP » semble finalement présenter une nature juridique variable. En effet, il est facile d'assimiler cette adresse à une donnée personnelle lorsque l'utilisateur de l'ordinateur est le seul à avoir accès à la machine. En revanche, la situation se complique lorsqu'une même adresse « IP » est attribuée à plusieurs ordinateurs connectés au même réseau local (utilisation d'un routeur, ordinateurs connectés dans des lieux ouverts aux publics : cybercafés, bibliothèques...). Toutefois, si l'actuel système d'adressage « IPv4 » (pour « Internet Protocol version 4 ») connaît à l'évidence une pénurie d'adresse « IP » due à l'augmentation du nombre d'internautes entraînant de ce fait leur mutualisation, nous nous dirigeons rapidement vers un modèle d'adressage unique (« IPv6 ») où chaque appareil connecté au réseau disposera alors de sa propre adresse IP.

Kevin Kheyari
