

Newsletter Technology, Media & Telecoms (TMT)

L'équipe Technology, Media & Telecoms (TMT) analyse pour vous les actualités juridiques des domaines suivants :

- **Communications électroniques**

Les .com, .net, .fr, .it, et autres extensions existantes à ce jour (environ 300) côtoieront bientôt une kyrielle de .marques, .communautés ou encore .géographiques : toute entreprise, organisation ou institution établie et réputée a jusqu'au 12 avril 2012 pour soumettre un dossier de candidature auprès du "régulateur" de l'Internet, l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ("**ICANN**") afin de tenter d'obtenir la création et la délégation de la gestion de l'extension de son choix... [En savoir plus](#)

- **Protection des données à caractère personnel**

Respecter la législation applicable à l'utilisation des cookies (dispositifs permettant de tracer la navigation des internautes en recueillant et en stockant des informations sur leur terminal) est perçu comme un véritable casse-tête par les fournisseurs de régies publicitaires, les annonceurs et les éditeurs de sites Internet, en particulier depuis la consécration, au sein de l'Union Européenne, du principe dit de l'"opt-in"... [En savoir plus](#)

- **Informatique**

L'interopérabilité évoque en premier lieu la possibilité de faire fonctionner ensemble deux logiciels distincts, de les rendre compatibles. C'est là une interprétation stricte de la notion d'interopérabilité qui, selon une décision de la Cour de cassation du 20 octobre 2011, doit s'entendre plus largement... [En savoir plus](#)

Sommaire

Communications électroniques :
Nouvelles extensions de noms de domaine : pourquoi tout le monde est concerné

Protection des données à caractère personnel : Cookies et protection de la vie privée : l'autorégulation remise en cause par le Groupe de l'Article 29

Informatique : La migration des données permise au titre de l'interopérabilité et du respect de la libre concurrence

Vos contacts chez Clifford Chance :

[Victoriano Melero](#) +33 1 44 05 52 82

[Elaine Yeo-Suares](#) +33 1 44 05 24 31

[Romain Soiron](#) +33 1 44 05 51 58

[Claire Albrekton](#) + 33 1 44 05 54 49

Clifford Chance, 9 Place Vendôme, CS
50018, 75038 Paris Cedex 01, France
www.cliffordchance.com

Communications électroniques

Nouvelles extensions de noms de domaine : pourquoi tout le monde est concerné

Les .com, .net, .fr, .it, et autres extensions existantes à ce jour (environ 300) côtoieront bientôt une kyrielle de .marques, .communautés ou encore .géographiques : toute entreprise, organisation ou institution établie et réputée a jusqu'au 12 avril 2012 pour soumettre un dossier de candidature auprès du "régulateur" de l'Internet, l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ("**ICANN**")¹ afin de tenter d'obtenir la création et la délégation de la gestion de l'extension de son choix². A titre d'exemple, la ville de Paris souhaite obtenir le .paris et Canon a publiquement fait part de son intention de demander l'attribution de l'extension .canon.

Se porter candidat est une décision qui implique un investissement financier (un minimum de 185.000 dollars américains est à prévoir³), technique et humain important qui n'est pas sans risque : l'aboutissement de la candidature n'est pas garanti, pas plus que le succès de l'extension demandée qui pourrait, par exemple, ne pas être reconnue par certains logiciels tiers. On comprend donc que toutes les entreprises ne se lanceront pas dans l'aventure.

Toutefois, qu'elles soient ou non candidates, toutes les entreprises doivent suivre de près le processus d'attribution des nouvelles extensions par l'ICANN afin de s'assurer que leurs intérêts ne seront pas lésés et de les protéger, le cas échéant. Les équipes chargées de la gestion du portefeuille de noms de domaine des entreprises devront encore rester vigilantes une fois le processus d'attribution terminé.

Pourquoi suivre le processus d'attribution des nouvelles extensions ?

Parmi les candidats, plusieurs tenteront d'obtenir une même extension ou des extensions similaires au point de créer un risque de confusion. D'autres tenteront d'obtenir une extension susceptible de porter atteinte aux intérêts d'un tiers, candidat ou non à l'attribution d'une extension, par exemple en reproduisant l'un de ses signes distinctifs.

Faute pour les personnes intéressées de se manifester à temps, des extensions qu'elles estimeront préjudiciables à leurs intérêts pourraient être attribuées et utilisées à grande échelle afin de désigner des sites Internet tiers.

Pour diminuer ce risque, toute entreprise doit surveiller le déploiement des différentes étapes du processus d'attribution des nouvelles extensions orchestré par l'ICANN⁴. Ce processus inclut en effet, à certains moments précis, la possibilité pour les personnes intéressées, candidates ou non, de faire valoir leurs intérêts et d'influencer le sort d'une candidature.

En effet, une fois les dossiers de candidature complets soumis à l'ICANN, cette dernière publiera des informations relatives à ces candidatures portant notamment sur l'extension demandée, l'identité du candidat, la mission, le but et la nature de l'extension demandée.

Les entités candidates feront l'objet d'une vérification de leurs antécédents⁵ et les dossiers

¹ L'ICANN est l'organisme qui assure le bon fonctionnement de l'Internet notamment en allouant l'espace des adresses IP et en gérant le système des noms de domaine.

² Certains termes réservés ou inéligibles à la délégation sont toutefois d'ores et déjà exclus et toute candidature y relative sera rejetée. C'est le cas par exemple des termes ICANN, GAC et WHOIS ou encore des termes OLYMPIQUE ou CROIXROUGE.

³ Un mécanisme de remboursement partiel est prévu en cas de rétractation.

⁴ Ces étapes sont décrites dans le Guide du candidat pour les nouveaux gTLDs dont la dernière version disponible à ce jour est datée du 11 janvier 2012.

⁵ Cette vérification portera sur (i) le contrôle de l'activité professionnelle et des antécédents criminels et (ii) les éventuelles actes de cybersquattage (qui peut se définir comme l'enregistrement abusif d'un nom de domaine afin, par exemple, de revendre le nom de domaine auprès d'une entreprise qui pourrait légitimement le revendiquer ou de nuire à l'image de marque d'une entreprise, par exemple en exploitant, via ce nom de domaine, un site dénigrant ou pornographique).

de candidature seront soumis à une évaluation initiale réalisée par des commissions d'évaluation qui procéderont à un examen de l'extension demandée ainsi qu'à un examen du candidat afin de s'assurer notamment que l'attribution de l'extension au candidat en cause ne risque pas de compromettre la sécurité et la stabilité du système de nommage de l'Internet.

Parallèlement à cette procédure d'évaluation initiale et outre la procédure spécifique permettant au comité consultatif gouvernemental de l'ICANN (le "GAC"⁶) de faire part de ses recommandations, les entreprises qui craignent que l'attribution d'une certaine extension à un candidat donné porte atteinte à leurs intérêts peuvent avoir recours à deux outils : les commentaires et les objections formelles.

Les commentaires sont ouverts à tous et peuvent porter sur tout sujet de préoccupation. A la lumière des informations publiées par l'ICANN concernant les candidatures, toute personne intéressée pourra faire part de ses commentaires dans le cadre d'un dispositif spécialement créé à cet effet. Ces commentaires, à condition qu'ils soient reçus dans un délai défini par l'ICANN et qui sera, sauf circonstances particulières, de 60 jours à compter de la publication des informations relatives à la candidature, seront mis à la disposition des commissions d'évaluation en charge de l'évaluation initiale des candidatures. Si les commentaires sont reçus après cette période définie par l'ICANN, alors ils seront simplement conservés et pourront être utilisés à d'autres stades de la procédure, par exemple, dans le cadre du processus de règlement des litiges.

Les objections formelles ont un champ plus restreint et des conséquences plus lourdes pour l'objecteur mais ont aussi un impact plus fort : à partir de la publication de la liste des candidatures complètes et jusqu'à deux semaines après la publication des résultats de l'évaluation initiale, certaines personnes éligibles pourront tenter de faire échec à une candidature en déposant auprès de certains fournisseurs de services de résolution des litiges des objections formelles concernant les candidatures pour quatre motifs précis. Ces objections déclencheront la procédure de résolution des litiges et engendreront des frais à la charge de l'objecteur et du candidat dont la demande d'attribution d'extension est ainsi contestée.

Les quatre cas dans lesquels une objection formelle peut être déposée sont les suivants : (i) la personne (appelée registre) en charge de la gestion d'une extension existante ou un candidat considère qu'une extension demandée est similaire soit à une extension existante soit à une extension faisant l'objet d'une autre candidature au point de créer une confusion, (ii) l'objecteur estime que la candidature porte atteinte à ses droits, (iii) l'objecteur estime que l'extension demandée est contraire aux règles de morale et d'ordre public généralement acceptées et reconnues selon les principes du droit international et (iv) une institution établie associée à une communauté clairement définie considère qu'il existe une opposition substantielle au sein d'une partie significative de la communauté ciblée implicitement ou explicitement par l'extension demandée.

Une entreprise déposant une objection devra, sous peine de voir son objection rejetée, régler des frais de dossier déterminés par le fournisseur de services de résolution des litiges compétent. Les candidats quant à eux devront, sous peine de voir l'objecteur obtenir gain de cause, répondre à chaque objection relative à leur candidature dans un certain délai et verser, pour chaque réponse, des frais de dossier déterminés par le fournisseur de services de résolution des litiges compétent. La gestion d'une extension ne sera effectivement confiée à un candidat que si aucune des objections formelles déposées ne triomphe. Si un objecteur prévaut, soit (i) la candidature est interrompue soit (ii) une procédure destinée à gérer les cas dans lesquels il existe plus d'un candidat pour une même extension ou pour des extensions similaires au point de risquer de créer une confusion dans l'esprit des utilisateurs est mise en œuvre.

Ce processus terminé, la gestion d'un certain nombre d'extensions sera déléguée à différents candidats. L'attribution effective des extensions ne signifie pas qu'il faille baisser sa garde : d'autres enjeux se présentent encore aux entreprises.

Quels enjeux une fois les nouvelles extensions attribuées ?

Une fois les nouvelles extensions attribuées aux candidats sélectionnés par l'ICANN, les équipes chargées de la gestion des noms de domaine au sein des entreprises devront garder l'œil ouvert : les heureux délégués des nouvelles extensions auront, parmi leurs nombreuses obligations, celles de mettre en place des

⁶ "Governmental Advisory Committee".

mesures destinées à protéger les intérêts des titulaires de droits de propriété intellectuelle. Il faudra donc en tirer le meilleur parti afin de préserver son image, optimiser sa présence sur Internet et pour faire barrage à certaines pratiques nuisibles.

Afin de protéger les intérêts des titulaires de droits de propriété intellectuelle, l'ICANN a prévu, pendant une phase de démarrage des nouvelles extensions, le mécanisme suivant : une chambre de compensation des marques ou *Trademark Clearinghouse* ("**TMCH**") sera en charge de la gestion d'une période "*Sunrise*" et d'un service de revendication de marques qui sont deux mécanismes que les nouveaux délégataires auront l'obligation d'utiliser.

La période "*Sunrise*" désigne la période au cours de laquelle l'enregistrement de noms de domaine sous l'extension considérée (par exemple le nom de domaine *mamarca.nouvelleextension*) sera réservé à certaines personnes et soumis à des conditions spécifiques. Comme c'est habituellement le cas, les bénéficiaires de cette période "*Sunrise*", seront les titulaires de marques.

Le service de revendication de marques est un système permettant aux titulaires de marques de les faire enregistrer dans une base de données ce qui permettra ensuite (i) qu'un préavis concernant le lancement de la période "*Sunrise*" soit donné aux titulaires de marques enregistrées dans la base de données de la TMCH ; (ii) que les demandeurs à l'enregistrement d'un nom de domaine sous l'une des nouvelles extensions soient avertis de droits existants sur des marques commerciales correspondant au nom de domaine demandé ; (iii) que le délégataire soit informé des demandes d'enregistrement correspondant à des marques figurant dans la base de données ; et (iv) que les titulaires de droits soient informés des enregistrements de noms de domaine correspondant à leurs marques. Ce service de revendication de marques pourra parfois perdurer au-delà de la phase de démarrage d'une extension donnée et présenter ainsi un intérêt à long terme.

Concrètement, les entreprises devront donc s'interroger notamment sur les points suivants : (i) Sous quelle nouvelle extension puis-je et voudrais-je enregistrer un nom de domaine ? (ii) Quel sera le coût des enregistrements envisagés ? (iii) Quel nom de domaine utiliser ? autrement dit, quels termes utiliser pour désigner mon site Internet ? (iv) Ces enregistrements

seront-ils destinés à l'exploitation effective d'un site Internet ou seront-ils effectués à titre défensif (pour empêcher que le nom de domaine ne soit utilisé par un tiers) ? (v) Quelle marque ai-je intérêt à enregistrer dans la base de données gérée par la TMCH ? ou encore (vi) Sur quelles extensions vais-je mettre en place une surveillance ?

D'autres mesures de protection des droits devront être mises en place par les nouveaux délégataires après la phase de démarrage de leur nouvelle extension. En effet, les nouveaux délégataires seront tenus d'appliquer les décisions prises dans le cadre du système de suspension rapide uniforme (la procédure "**URS**"⁷). Il s'agit d'une nouvelle procédure alternative de règlement des litiges destinée à protéger les titulaires de marques et permettant, dans certains cas, d'obtenir le verrouillage d'un nom de domaine dans des délais très brefs avant que le litige ne soit tranché et le nom de domaine suspendu ou restitué à son titulaire initial.

En outre, les nouveaux délégataires devront également se soumettre à la procédure de résolution des litiges après délégation (la procédure "**PDDRP**"⁸) et à la procédure de résolution de litiges sur les restrictions de registre (la procédure "**RRDRP**"⁹). La procédure PDDRP s'adresse au titulaire d'une marque qui estimerait que les méthodes employées par le délégataire de l'extension ou l'utilisation faite de cette extension porte atteinte à une ou plusieurs de ses marques par exemple (mais pas seulement) parce que (i) le délégataire crée une confusion entre son extension et la marque du plaignant en se présentant comme titulaire de cette marque ou encore parce que (ii) le délégataire encourage l'enregistrement, sous son extension, de noms de domaine destinés à tirer indûment profit de la marque du plaignant. La procédure RRDRP est quant à elle destinée spécifiquement à la gestion des revendications émises, dans certains cas, par des institutions associées à une communauté définie.

Enfin, chaque délégataire pourra définir des mesures supplémentaires de protection qui devront ainsi être examinées au cas par cas par les entreprises intéressées afin de déterminer

⁷ "*Uniform Rapid Suspension*"

⁸ "*Post Delegation Dispute Resolution Procedure*"

⁹ "*Registry Restrictions Dispute Resolution Procedure*"

dans quelle mesure elles peuvent leur être utiles dans le cadre de la défense de leurs droits.

Points clés à retenir :

- De nombreuses extensions vont bientôt venir s'ajouter aux .com, .fr et autres extensions existantes à ce jour (par exemple, un .paris, .berlin, .mamarque, etc.).
- Dans la mesure où certaines extensions sont susceptibles de porter atteinte, par exemple, à des droits de propriété intellectuelle, il convient de suivre avec attention le processus d'attribution des extensions géré par l'ICANN.
- Toute entreprise, candidate ou non à l'attribution d'une extension, peut, à certaines étapes du processus d'attribution des

extensions, faire part de commentaires ou déposer des objections formelles afin d'influencer ce processus et éventuellement de faire échec à une candidature.

- Une fois les nouvelles extensions attribuées, il convient de s'interroger sur la stratégie à mettre en œuvre pour optimiser sa visibilité sur Internet et protéger son image et ses droits de propriété intellectuelle : Quel nom de domaine enregistrer ? Sous quelle extension ? Dans quel but ? Quels recours en cas d'atteinte à mes droits ?

[Article suivant](#)

[Sommaire](#)

Protection des données à caractère personnel

Cookies et protection de la vie privée : l'autorégulation remise en cause par le Groupe de l'Article 29

Respecter la législation applicable à l'utilisation des cookies (dispositifs permettant de tracer la navigation des internautes en recueillant et en stockant des informations sur leur terminal) est perçu comme un véritable casse-tête par les fournisseurs de régies publicitaires, les annonceurs et les éditeurs de sites Internet, en particulier depuis la consécration, au sein de l'Union Européenne, du principe dit de l'"opt-in" qui veut que, sauf exception, un cookie ne puisse pas être installé sans le consentement préalable de l'internaute.

Dans un effort d'autorégulation, les acteurs de la publicité en ligne, représentés par l'Alliance Européenne pour l'Éthique en Publicité ("AEEP")¹⁰ et l'association Interactive Advertising Bureau ("IAB") ont adopté en avril 2011 des recommandations de bonnes pratiques en matière de publicité comportementale en ligne (les "Recommandations")¹¹. Toutefois, ces recommandations ne sont pas parfaitement conformes à la législation applicable au sein de l'Union Européenne mais reflètent l'hostilité des acteurs de la publicité en ligne à l'égard du principe de l'opt-in dont ils considèrent qu'il risque de provoquer un effondrement des revenus publicitaires (or la publicité sur Internet, est une source de revenus majeure pour les services en ligne) et de détériorer la qualité de la navigation des internautes.

Par conséquent, et comme le souligne le Groupe de l'Article 29 (organe consultatif européen indépendant sur la protection des données et de la vie privée) dans un avis n° 16/2011 adopté le 8 décembre 2011, croire qu'en se conformant à ces Recommandations le respect de la législation est assuré est un écueil à éviter. En effet, ces

¹⁰ En anglais, cet organisme est dénommé "European Advertising Standards Alliance" ou "EASA".

¹¹ "Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising"

Recommandations ne sont pas conformes au cadre juridique applicable à l'utilisation des cookies.

Cadre juridique applicable à l'utilisation des cookies

Le recours aux cookies et autres dispositifs similaires est encadré par l'article 5(3) de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 (la "Directive Vie Privée et Communications Electroniques") telle que modifiée en novembre 2009¹². Cette disposition a été transposée en droit français par l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011¹³ qui modifie notamment l'article 32, II de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (la "Loi Informatique et Libertés"), remplaçant le principe de l'opt-out (l'installation du cookie est autorisée par défaut mais l'internaute peut s'y opposer) par le principe de l'opt-in (le consentement de l'internaute doit précéder l'installation du cookie).

Conformément à ces textes, le stockage de données ou l'accès à des données déjà stockées, qu'elles aient ou non un caractère personnel, dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur – autrement dit l'utilisation de cookies ou autres dispositifs similaires (au nombre desquels le Groupe de l'Article 29 vise les logiciels espions) – n'est permis qu'après que l'internaute :

¹² La Directive Vie Privée et Communications Electroniques a été modifiée par la Directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009.

¹³ Cette ordonnance, entrée en vigueur pour l'essentiel le 26 août 2011, a transposé en droit français le 3ème paquet télécom composé de deux directives et un règlement.

- (i) A été informé, de manière claire et complète de la finalité des cookies et des moyens dont il dispose pour s'y opposer ; puis
- (ii) A donné son consentement. Ce consentement peut s'exprimer par le biais du paramétrage "*approprié*" de son "*dispositif de connexion ou de tout autre dispositif placé sous son contrôle*". Concrètement, le consentement pourra être recueilli de diverses manières, à savoir entre autres à l'aide :
- D'une bannière localisée en haut de la page web¹⁴ ;
 - D'une page de démarrage ou "*splash screen*" à l'instar de la pratique suivie par les éditeurs de sites Internet qui souhaitent s'assurer que les visiteurs de leur site Internet sont majeurs ;
 - D'une fenêtre contextuelle ou "*pop-up*", etc.

Ce régime particulier n'est pas applicable lorsque les cookies :

- (i) Ont pour "*finalité exclusive de permettre ou faciliter la communication par voie électronique*" ; ou
- (ii) Sont "*strictement nécessaires à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur*".

L'objectif de ces exceptions est d'éviter que le principe de l'opt-in ne nuise à la qualité de la navigation des internautes en empêchant les services en ligne de fonctionner. Ainsi par exemple, bénéficieront de l'exception les cookies permettant d'assurer la sécurité du service demandé par l'utilisateur, les cookies de session utilisateur ou encore les cookies permettant de faire fonctionner les paniers d'achat sur les sites de commerce électronique et sans lesquels les articles sélectionnés par les internautes en vue d'un achat ne pourraient pas être mémorisés le temps que ces derniers parcourent le catalogue de vente.

Enfin, que le cookie utilisé soit ou non soumis aux dispositions ci-dessus exposées, les autres obligations issues de la Loi Informatique et

Libertés sont applicables dès lors que son utilisation suppose le traitement de données à caractère personnel, ce qui est le cas le plus fréquent. Ainsi, notamment, l'internaute devra toujours avoir la possibilité de s'opposer à un cookie et le responsable du traitement devra, entre autres choses, procéder aux formalités préalables adéquates auprès de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés ("**CNIL**").

Non-conformité des Recommandations au regard du cadre juridique applicable aux cookies

Le 3 août 2011, le Groupe de l'Article 29 avait déjà fait parvenir une lettre à l'AEEP et à l'IAB dévoilant ses inquiétudes au sujet des Recommandations qu'il estimait contraire notamment aux exigences d'information et de consentement préalables de la Directive Vie Privée et Communications Electroniques.

Le Groupe de l'Article 29 a officialisé sa position dans son avis n° 16/2011 du 8 décembre 2011 en soulignant que la non-conformité des Recommandations à la législation européenne porte préjudice d'une part aux internautes qui sont faussement menés à croire qu'en appliquant les méthodes recommandées leur navigation ne sera pas tracée et d'autre part aux acteurs de la publicité comportementale en ligne s'ils croient respecter la législation applicable en se conformant aux Recommandations.

Le Groupe de l'Article 29 a ainsi soulevé plusieurs problèmes, les deux principaux concernant (i) l'information des internautes et (ii) le recueil de leur consentement.

- (i) Obligation d'information des internautes quant à l'utilisation d'un cookie

Les Recommandations prévoient notamment l'insertion d'une icône cliquable dirigeant l'internaute vers un site d'information relatif à la publicité sur Internet : <http://www.youronlinechoices.eu>.

Le Groupe de l'Article 29 a reconnu qu'une telle icône, encore très peu connue de l'internaute moyen, pouvait utilement fournir un complément d'information a posteriori mais a affirmé que ni cette icône ni les informations fournies via le site Internet auquel elle renvoie ne permettaient de répondre à l'exigence d'information préalable au consentement car, notamment, (i) l'icône n'est pas constitutive

¹⁴ Pour un exemple, visiter le site <http://www.ico.gov.uk>.

d'une information claire et compréhensible permettant aux internautes de comprendre immédiatement que leurs activités sont tracées au cours de la navigation et qu'ils recevront des publicités ciblées, et (ii) ni l'icône ni le site Internet ne fournissent une information complète et exacte relative notamment, à l'identité du ou des responsables de traitement de données à caractère personnel, à la finalité du ou des cookies, aux destinataires des informations traitées, etc.

De plus, le Groupe de l'Article 29 a relevé que le site <http://www.youronlinechoices.eu> précise que *"dans la plupart des cas, les informations utilisées pour cibler les publicités ne sont pas personnelles, c'est-à-dire que [l'utilisateur ne peut] pas être identifié en tant qu'individu"*. Or, le Groupe de l'Article 29, qui fait référence à un avis antérieur relatif à la publicité comportementale en ligne¹⁵, considère au contraire que *"la publicité comportementale repose sur l'utilisation d'identifiants permettant la création de profils d'utilisateurs extrêmement détaillés qui, la plupart du temps, seront considérés comme des données à caractère personnel"* et qu'en conséquence la législation relative à la protection des données à caractère personnel s'applique. Le Groupe de l'Article 29 rappelle en outre que l'article 5(3) de la Directive Vie Privée et Communications Electroniques imposant une information et un consentement préalable est applicable, que les données traitées à l'aide d'un cookie aient ou non un caractère personnel.

- (ii) Obligation de recueillir le consentement de l'internaute avant l'utilisation d'un cookie

Les Recommandations prétendent fournir aux internautes la possibilité de contrôler leurs cookies puisqu'à partir du site Internet <http://www.youronlinechoices.eu>, les internautes peuvent faire part de leur refus de recevoir des cookies de la part de certaines ou de toutes les sociétés énumérées sur ce site, étant précisé que par défaut, l'internaute est présumé les avoir acceptés.

Le Groupe de l'Article 29 relève que ce contrôle est en fait une modalité d'"opt-out" incompatible avec le principe du consentement préalable puisqu'il s'agit de permettre à l'utilisateur de s'opposer à des cookies qui sont acceptés par défaut. Des données sont donc traitées sans le consentement préalable de l'internaute et sans que ce dernier n'ait reçu les informations préalables requises. De plus, le Groupe de l'Article 29 indique que lorsque l'internaute exprime via le site Internet précité son refus de recevoir de la publicité ciblée de la part d'une ou de plusieurs sociétés, un cookie de refus est installé. Or, selon le Groupe de l'Article 29, (i) l'installation d'un tel cookie de refus ne met pas un terme aux échanges d'informations entre l'équipement terminal de l'internaute et la société, (ii) il n'est pas précisé à l'utilisateur si un cookie traceur demeure ou non installé dans son ordinateur ni à quelle fin et (iii) l'installation d'un cookie de refus crée l'illusion que la navigation ne pourra plus être tracée alors que les cookies traceurs précédemment installés n'ont pas nécessairement été effacés.

Points clés à retenir :

- La législation prévaut sur les recommandations, bonnes pratiques et autres codes de déontologie en vigueur dans certains secteurs d'activité bien que ces derniers puissent contenir des informations utiles.
- A l'exception des cookies qui ont pour *"finalité exclusive de permettre ou faciliter la communication par voie électronique"* ou qui sont *"strictement nécessaires à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur"*, le principe de l'opt-in est toujours applicable.
- Dès lors que des données à caractère personnel sont traitées, les obligations découlant du droit de la protection des données à caractère personnel en matière, notamment, de formalités préalables, sont applicables.

¹⁵ Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne adopté le 22 juin 2010

- En cas de manquement, le responsable du traitement s'expose à des sanctions pénales, civiles et administratives.
- Au-delà des Recommandations de l'AEEP et de l'IAB, d'autres initiatives d'autorégulation sont potentiellement concernées par la position exprimée par le Groupe de l'Article 29 sur l'application du principe de l'opt-in en matière de publicité ciblée. Par exemple, l'AEEP a contribué à la révision du Code ICC consolidé sur les pratiques de publicité et de communications commerciales de la Chambre de Commerce internationale. Or ce dernier contient une section relative à la publicité comportementale qui, comme les Recommandations de l'AEEP et de l'IAB critiquées par le Groupe de l'Article 29, recommande l'utilisation d'une icône à des fins d'information des internautes.

[Article précédent](#)

[Article suivant](#)

[Sommaire](#)

Informatique

La migration des données permise au titre de l'interopérabilité et du respect de la libre concurrence

L'interopérabilité évoque en premier lieu la possibilité de faire fonctionner ensemble deux logiciels distincts, de les rendre compatibles. C'est là une interprétation stricte de la notion d'interopérabilité qui, selon une décision de la Cour de cassation du 20 octobre 2011, doit s'entendre plus largement. La Cour de cassation a en effet estimé que des opérations de migration de données pouvaient, en l'absence d'autorisation par l'auteur du logiciel exécuté, être justifiées par "*les strictes nécessités de l'interopérabilité*" autorisée par le Code de la propriété intellectuelle. Elle se fonde pour cela sur la définition de la notion d'interopérabilité fournie par une directive européenne et poursuit l'objectif de préservation de la libre concurrence.

Dans cette affaire s'opposaient, d'une part, la société Fiducial Informatique, titulaire de droits d'auteur sur le logiciel Fiducial Huissiers destiné aux huissiers de justice et, d'autre part, un ancien salarié de cette société qui a créé un logiciel concurrent (Athena) ainsi que trois sociétés chargées (i) du développement, (ii) de la commercialisation, et (iii) de l'installation et de la maintenance d'Athena.

L'ancien salarié de la société Fiducial Informatique, devenu son concurrent, et les trois sociétés intervenant dans le développement, la commercialisation et la maintenance du logiciel Athena assuraient, pour le compte d'études d'huissiers, la migration des données de ces dernières gérées par le logiciel Fiducial Huissiers vers le logiciel Athena. Le logiciel Fiducial Huissiers ne comportait pas de fonction d'extraction de données et, afin de procéder à l'extraction et à la migration des données, des programmes exécutables fournis par les études d'huissiers titulaires d'une licence d'utilisation acquise auprès de Fiducial Informatique étaient exécutés et un logiciel d'extraction de données créé par l'une des sociétés défenderesses était utilisé.

Mécontente de constater qu'elle perdait des clients au profit de son ancien salarié et des trois sociétés précitées, Fiducial Informatique a poursuivi les défendeurs en justice sur le fondement de la contrefaçon, de la concurrence déloyale et du parasitisme. Plus particulièrement, Fiducial Informatique considérait que la détention, l'utilisation et la modification, sans droits, de programmes exécutables afin de transférer des données gérées par le logiciel Fiducial Huissiers vers le logiciel Athena étaient constitutives de contrefaçon.

Dans le cadre de ce litige, les défendeurs ont invoqué, avec succès, devant le Tribunal de grande instance de Chambéry, la Cour d'appel de Chambéry, puis la Cour de cassation, l'exception d'interopérabilité. Les défendeurs faisaient ainsi valoir que les opérations de migration des données réalisées à partir des programmes exécutables, qui étaient nécessaires à des fins d'interopérabilité, ne nécessitaient pas l'autorisation des auteurs des programmes. Pourtant, les opérations de migration n'avaient pas pour objectif d'assurer la compatibilité entre deux logiciels mais bien de permettre à un client de changer de logiciel et, du même coup, de prestataire de services.

Si les juridictions ont donné gain de cause aux défendeurs, c'est qu'elles ont adopté une interprétation large de la notion d'interopérabilité et ce afin de préserver la libre concurrence.

La notion d'interopérabilité

L'auteur d'un logiciel est titulaire du droit d'exploitation. A ce titre, il a le droit notamment d'autoriser ou non la reproduction et la traduction de son logiciel.

Par exception, un tiers peut reproduire ou traduire le code d'un logiciel sans l'autorisation de l'auteur si cela est "*indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres*

logiciels", sous réserve notamment que "ces actes [soient] accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin".

C'est ce que l'on appelle l'exception d'interopérabilité, exception prévue par l'article L. 122-6-1, IV du Code de la propriété intellectuelle. Cet article toutefois ne définit pas la notion d'interopérabilité.

Fiducial Informatique affirmait que *"l'interopérabilité vise à permettre le fonctionnement du logiciel en interaction avec d'autres logiciels, de façon à assurer une communication cohérente et constante entre deux logiciels"*. En d'autres termes, Fiducial Informatique estimait que la détention, l'utilisation et la modification de son logiciel sans son autorisation n'aurait été possible qu'à condition que ces opérations aient pour objectif de le rendre compatible avec d'autres logiciels, de sorte que son logiciel et d'autres logiciels utilisés par les études d'huissiers, éventuellement le logiciel Athena, puissent fonctionner ensemble. Fiducial Informatique concluait donc qu'en l'espèce, les défendeurs ne pouvaient se passer de l'autorisation de Fiducial Informatique pour utiliser son logiciel dans le cadre de la réalisation des opérations de migration des données car l'objectif poursuivi n'était pas de permettre au logiciel Fiducial Huissiers de fonctionner avec le logiciel Athena mais de remplacer le logiciel Fiducial Huissiers par le logiciel Athena.

Cette interprétation stricte de la notion d'interopérabilité a été rejetée par la Cour de cassation qui s'est expressément référée à la directive n° 91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur codifiée par la directive n° 2009/24/CE. Cette directive définit l'interopérabilité comme *"la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées"*. Elle n'a donc pas posé comme condition à l'application de l'exception d'interopérabilité le fait de poursuivre comme objectif le fonctionnement pérenne et en interaction de deux logiciels.

La Cour de cassation en a conclu que la Cour d'appel avait à juste titre affirmé que les opérations de migration réalisées à partir de programmes exécutables destinés à récupérer les fichiers sans accéder aux codes sources s'inscrivaient dans le strict cadre de l'interopérabilité autorisée par le Code de la propriété intellectuelle et ne requéraient donc pas

l'autorisation de Fiducial Informatique. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé le caractère d'ordre public de l'exception d'interopérabilité en précisant que toute stipulation contractuelle contraire interdisant ou soumettant à autorisation, la reproduction ou la traduction d'un logiciel à des fins d'interopérabilité est nulle.

Toutefois, encore faut-il, notamment, que les opérations réalisées à des fins d'interopérabilité soient réalisées par une personne autorisée. Sur ce point, Fiducial Informatique relevait que (i) les défendeurs n'étaient pas titulaires d'une licence d'utilisation portant sur ces programmes exécutables et que (ii) ces programmes n'avaient pas pu leur être licitement remis par les études d'huissiers titulaires de licence d'utilisation car cette licence ne permettait pas de transmettre le logiciel à un tiers sans l'accord de l'auteur. Cet argument a été balayé dès la première instance, le Tribunal de grande instance de Chambéry ayant considéré que la détention des programmes exécutables par les défendeurs était légitime puisque ces derniers avaient été remis aux défendeurs par des huissiers de justice eux-mêmes titulaires d'une licence d'utilisation. C'est là une application logique de l'article L. 122-6-1, IV précité du Code de la propriété intellectuelle selon lequel l'exception d'interopérabilité peut être mise en œuvre *"par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel"*, dans cette affaire, les études d'huissiers, *"ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin"*, en l'espèce les défendeurs agissant à la demande des études d'huissiers. Ainsi ni le silence du contrat entre l'auteur du logiciel et le titulaire de la licence ni aucune de ses dispositions ne peut s'opposer à ce qu'un tiers agissant pour le compte du titulaire de la licence reproduise ou traduise le logiciel à des fins d'interopérabilité.

L'objectif poursuivi par les magistrats

Si la décision de la Cour de cassation est silencieuse sur ce point, la Cour d'appel en revanche est très claire : l'interopérabilité participe à assurer le respect de la libre concurrence.

Ses termes sont les suivants : Les *"opérations de migration de données, réalisées à partir de programmes exécutables destinés à récupérer les fichiers sans accéder aux codes sources, s'inscrivent dans le strict cadre de l'interopérabilité autorisée [par le Code de la propriété intellectuelle] afin notamment d'assurer la communicabilité entre logiciels dans le but de garantir à l'utilisateur, dans le respect de la libre*

concurrence, la possibilité d'abandonner un système de gestion informatique pour un autre sans perdre les données saisies".

La nécessité d'assurer le respect de la libre concurrence faisait déjà partie des préoccupations des juges de première instance qui ont affirmé que : *"l'utilisation de ses documents de Fiducial [par les défendeurs] ne peut être critiquée, ces transferts de données étant parfaitement licites, permettant aux utilisateurs de passer d'un logiciel à un autre sans être captifs et sans perdre les données de leur étude : il s'agit là du libre jeu de la concurrence".*

L'exception d'interopérabilité est une exception au droit d'auteur qui ne permet en principe qu'à l'auteur d'autoriser, notamment, la reproduction et la traduction d'un logiciel. Les magistrats ont donc ici voulu éviter une situation dans laquelle le droit d'auteur aurait fait obstacle au libre jeu de la concurrence en rendant les clients captifs de leur fournisseur de logiciel initial. En effet, si la migration des données impliquait nécessairement des actes de contrefaçon, les clients craindraient de ne pouvoir que très difficilement changer de logiciel sans perdre leurs données.

Cette volonté de protéger la libre concurrence s'inscrit dans le sillage de la directive n° 91/250/CEE citée par la Cour de cassation qui contient un considérant selon lequel les dispositions de la directive sont *"sans préjudice de l'application des règles de concurrence [...] si un fournisseur occupant une position dominante refuse de mettre à disposition l'information nécessaire pour l'interopérabilité"*.

Points clés à retenir :

- Les opérations de migration de données peuvent être réalisées sans l'autorisation de l'auteur lorsqu'elles s'inscrivent dans le cadre des nécessités de l'interopérabilité.
- Aucune stipulation contractuelle ne peut faire obstacle à la réalisation de ces opérations dès lors qu'elles sont couvertes par l'exception d'interopérabilité.

[Article précédent](#)

[Sommaire](#)

Les informations contenues dans la présente revue d'actualité juridique sont d'ordre général. Elles ne prétendent pas à l'exhaustivité et ne couvrent pas nécessairement l'ensemble des aspects du sujet traité. Elles ne constituent pas une prestation de conseil et ne peuvent en aucun cas remplacer une consultation juridique sur une situation particulière. Ces informations renvoient parfois à des sites Internet extérieurs sur lesquels Clifford Chance n'exerce aucun contrôle et dont le contenu n'engage pas la responsabilité du cabinet.

Les informations vous concernant font l'objet d'un traitement informatisé destiné à permettre à l'équipe Technology Media & Telecoms du Cabinet Clifford Chance de vous adresser la présente revue d'actualité juridique. Conformément à la loi "Informatique et Libertés" du 6 janvier 1978, vous pouvez obtenir communication et, le cas échéant, rectification ou suppression des informations vous concernant, en vous adressant à l'équipe Technology Media & Telecoms (hassiba.addi@cliffordchance.com).

Si vous ne souhaitez plus recevoir la présente revue d'actualité juridique, il vous suffit de nous retourner le présent courrier électronique en précisant dans le champ objet la mention "Stop Revue".

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.