

# DROIT DE L'INFORMATIQUE

Axel SAINT MARTIN  
Avocat au barreau de MONTPELLIER  
Docteur en Droit

Introduction .....	2
I. Pré requis : Introduction au droit – Obligations et responsabilité .....	5
A. L'organisation « <i>du droit</i> » .....	5
B. Obligation et responsabilité .....	7
II. Propriété intellectuelle .....	27
A. Vu superficielle de la marque .....	30
B. Le droit d'auteur .....	31
C. Le droit du logiciel .....	40
D. La protection des bases de données .....	42
E. L'œuvre Multimédia .....	<b>Erreur ! Signet non défini.</b>
III. Droit des données personnelles .....	44
A. La loi Informatique, fichier et liberté .....	44
B. Les obligations du responsable du traitement des données .....	46
C. Les droits des personnes .....	51

# INTRODUCTION

---

Le présent cours a pour objet un droit qui n'existe pas... Il n'existe, en effet, aucun « *code de l'informatique* » comme il existe un « *code des assurances* », un « *code du travail* » ou un « *code de l'urbanisme* », pas plus que n'existe un ensemble de règles spécifiques au domaine et suffisant pour en connaître.

Pourtant, l'objet informatique, de même que les usages qui peuvent en être fait, ne désintéressent pas le législateur. Dès 1978, était adoptée la loi « *informatique, fichiers et libertés* » et créée la Commission Nationale Informatique. Quelques années plus tard (1985), le Code de la Propriété Intellectuelle a intégré des dispositions relatives au logiciel. Avec le développement d'Internet, c'est celui-ci qui focalise une volonté de régulation marquée par les lois LCEN, DADVSI, HADOPI, le volet internet de la loi LOPSI, la création de l'ARJEL etc.

En réalité, le « *droit de l'informatique* » est composé d'un ensemble de règles spécifiques (notamment et essentiellement les lois précitées), mais prend surtout à tous les autres droits : droit des contrats et de la responsabilité, droit de la propriété intellectuelle, droit du travail, droit de la consommation...

Cette situation n'est pas spécifique au « *droit de l'informatique* », aucun droit n'étant véritablement autonome. Ainsi, le *droit du travail* emprunte au droit des contrats s'agissant de certains aspects du contrat de travail, au droit de la responsabilité s'agissant de certains aspects de la faute du salarié, au droit pénal...

La réelle spécificité du « *droit de l'informatique* » tient à son objet, qui a pour conséquence que, alors que les autres droits empruntent au droit commun ce qu'ils ne réglementent pas, le *droit de l'informatique* est majoritairement composé d'emprunts. Les *droits*, comme le *droit du travail*, le *droit des assurances* ou le droit de l'urbanisme, ont pour objet une activité : ce sont les règles régissant, là la relation de travail, ici la prestation d'assurance, là encore, l'urbanisation et la

construction. A l'inverse, le *droit de l'informatique* a pour objet, non une activité, mais un objet : l'informatique.

L'informatique peut être définie comme « *La science du traitement rationnel, notamment par machines automatiques, de l'information considérée comme le support des connaissances humaines et des communications dans les domaines technique, économique et social* » (TLF). A ce titre, l'informatique est présente partout, dans les entreprises, quelque soit leur activité, dans les foyers, dans les administrations...

Il en résulte que *l'informatique* n'est qu'un outil, peut être nouveau, qui permet de réaliser des tâches souvent anciennes : on a pas attendu 1978 pour créer des fichiers de données personnelles, on a pas attendu *l'informatique* pour se distraire pendant le temps de travail ou pour échanger des œuvres protégées.

Ainsi, la majeure partie de ce que l'on appellera dorénavant le *droit de l'informatique* consiste seulement en une application du droit « *ancien* » adapté pour l'outil informatique. Ainsi du droit du travail où, par exemple, la « *cybersurveillance* » n'est que la classique surveillance du salarié facilité par l'ordinateur, du droit de la consommation, où la vente en ligne n'est que de la vente à distance etc...

Il reste une partie du droit de l'informatique vraiment spécifique à l'informatique, constitué d'un corps de règles propres à certains aspects de l'informatique : celles-ci appréhendent « *l'activité informatique* ». C'est le cas, par exemple, de la création de logiciels ou bases de données, la responsabilité des entreprises dont l'objet est la fourniture de prestations internet etc.

Ce cours étant consacré au droit de l'informatique, donc, nous nous attacherons à en étudier les aspects les plus spécifiques, qu'ils relèvent de l'application du droit commun à l'informatique, ou d'un droit spécifique à certaines *activités informatiques*.

Or certaines hypothèses très spécifiques, nous étudierons ces deux aspects du droit de l'informatique sans les différencier.

Nous verrons donc successivement l'informatique et le droit de la propriété intellectuelle (II), l'informatique et les données personnelles (III), le droit et Internet (IV) et l'informatique dans l'entreprise (IV).

Toutefois, le droit de l'informatique relevant en premier lieu du droit commun, il importe de voir brièvement quelques règles de ce droit commun (I).

# I. PRE REQUIS : INTRODUCTION AU DROIT – OBLIGATIONS ET RESPONSABILITE

---

Le droit de l'informatique, comme tous les droits spéciaux au demeurant, ne peut être appréhendé sans quelques notions de droit commun (commun à tous les droits donc) (A) et de droit des obligations (B).

## A. L'organisation « du droit »

Il serait présomptueux de prétendre présenter « *brèvement* » « *l'organisation du droit* », aussi nous contenterons nous de décrire sommairement les sources du droit et leur hiérarchie (1) et l'adage *speciala...* , qui permet de déterminer la règle applicable quand deux règles sont au même niveau (2).

### 1. Les sources du droit

Par *sources du droit*, il est usuelle de comprendre l'ensemble des textes qui imposent des règles. Or, il en existe un grand nombre : constitution, loi, règlements, arrêtés, décret, traités internationaux, droit communautaire...

Il importe, lorsque deux de ces textes sont contradictoire, de déterminer lequel va s'appliquer au détriment de l'autre.

La première des normes, qui s'applique de préférence aux autres, est **la constitution de 1958**. Deux points sont à noter. D'une part, depuis 1958, la conformité des autres normes à la constitution ne pouvait être appréciée par le Conseil Constitutionnel qu'à la faveur de la saisine de celui-ci par les parlementaires, avant l'adoption d'une norme. Le juge civil auquel on soumettait une loi ne pouvait estimer que ladite loi était contraire à la constitution et devait l'appliquer en l'état. Depuis 2010, il est possible, lorsqu'une partie à un procès estime qu'une norme que l'on veut lui appliquer est contraire à la constitution, de poser au Tribunal une question prioritaire de constitutionnalité. Si cette question correspond à certains critères, elle est transmise au Conseil Constitutionnel qui se

prononce sur sa conformité et peut, le cas échéant, la déclarer non conforme. Dans ce cas, en principe du moins, elle ne s'applique pas. D'autre part, lorsqu'il apparaît, dans la procédure d'élaboration d'une norme d'une certaine importance, que cette norme sera contraire à la constitution, le législateur a pris l'habitude de... changer la constitution ! C'est principalement le cas pour des traités internationaux.

La seconde source normative en théorie, mais en réalité, la première *ex-æquo* avec la constitution, se trouve dans **les traités internationaux**, c'est-à-dire les « *contrats* » passés par l'État avec des pays tiers.

La seconde vraie source du droit se trouve dans **la loi** et le **droit communautaire** (hors traité UE). La loi est la norme adoptée par le parlement, alors que le droit communautaire est constitué des règlements de l'UE, des directives et de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne. A noter que les directives priment sur la loi et que la CJUE interprète les traités et directives de sorte que sa jurisprudence prime sur la loi.

Viennent ensuite **les règlements**, pris par le pouvoir exécutif (décret, arrêtés...) et la **coutume**, puis **les actes administratifs** et, enfin, le **contrat**, qui est la loi des parties.

## ***2. L'adage specialia generalibus derogant***

Cet adage latin signifie : « *les lois spéciales dérogent aux lois générales* ».

Cela est dire que quand deux règles sont au même niveau hiérarchique, la règle spéciale prévaut sur la règle générale. On a ainsi un socle de droit commun, puis un second niveau de droit spécial, puis un troisième niveau de droit très spécial etc... Lorsque le troisième niveau s'applique, il s'applique dans son ensemble. Le second niveau trouve application pour ce qui n'est pas prévu dans le troisième niveau et le premier niveau trouve application pour ce qui n'est pas prévu dans les deuxièmes et troisièmes niveaux...

Ainsi, pour exemple, du bail d'habitation. Le bail d'habitation est soumis :

- Au droit commun des contrats ;
- Au droit spécial des baux ;
- Au droit spécial des baux d'habitation (loi de 1989).

Pour autre exemple, imaginons trente étudiants en cours de droit de l'informatique qui se voient appliquer :

- Le droit commun des étudiants en cours ;
- Le droit des étudiants en cours de droit de l'informatique ;
- Le droit des étudiants de polytechnique en cours de droit de l'informatique.

Le droit commun des étudiants prévoit que les étudiants peuvent avoir un ordinateur portable en cours.

Le droit des étudiants en cours de droit de l'informatique précise que cet ordinateur doit avoir, au maximum, un écran de 15 pouces ;

Le droit des étudiants de polytechnique en cours de droit de l'informatique prévoit que l'ordinateur de ces étudiants peut avoir un écran de 17 pouces.

- Les étudiants peuvent avoir n'importe quel ordinateur.
- Mais, en cours de droit de l'informatique, l'écran ne doit pas faire plus de 15 pouces.
- Sauf pour les étudiants de polytechnique qui ont droit à 17 pouces.

## **B. Obligation et responsabilité**

Le *droit commun* des relations entre les individus (hors famille et succession) est constitué du droit de propriété (qui nous n'étudierons pas ici), du droit des obligations et de la responsabilité.

Il y a deux types d'obligations : les obligations naissant **d'un contrat** et les autres. La responsabilité née d'une faute, laquelle est constituée d'un manquement à une obligation. Lorsque l'obligation à

laquelle il est manqué résulte d'un contrat, on parle de faute **contractuelle**. Lorsque le manquement n'est pas lié à l'exécution d'un contrat, on parle de faute **délictuelle** (Attention, rien à voir avec le délit pénal !).

Les obligations contractuelles sont des obligations auxquelles se soumettent librement les parties, en formant un contrat. Les obligations délictuelles sont constituées, de manière générale, par l'obligation de se comporter « *en bon père de famille* ». Elles n'apparaissent que lorsqu'il y est manqué, engageant la responsabilité délictuelle de l'auteur de ce manquement.

Il sera brièvement (encore) vu d'une part les contrats (1), d'autre part la responsabilité délictuelle (2).

### **1. Droit commun des contrats**

Les contrats peuvent être classés selon divers critères (a), mais se forment quasiment tous selon un schéma commun (b) et, une fois conclu, font la loi des parties (c).

#### **a) La classification des contrats**

Il existe autant de contrat que l'imagination des hommes qui les concluent peut en inventer. Il est toutefois possible de les classer selon des critères propres à leur spécificité (1), à leur objet (2), à la qualité des cocontractants (3) ou à leur formalisme (4).

##### **(1) Contrats nommés/innommés**

Les contrats nommés sont des contrats qui ont... un nom ! Il s'agit, en réalité, d'une catégorie de contrat que la loi prend spécialement en compte en précisant que, lorsqu'un contrat comporte tel type d'obligation, il prend tel nom et sont applicables telles règles.

**Les principaux contrats nommés** sont : le contrat de vente, le contrat de louage de chose (bail), d'ouvrage (contrat d'entreprise) ou de services (contrat de travail), le contrat de prêt, le contrat de mandat, contrat de dépôt, contrat de société...



**Les contrats qui ne sont pas nommés** sont dit... innommés. Cela n'est pas dire que l'on ne peut pas les désigner (contrat de leasing, de franchise ...), seulement que ce nom n'implique pas, en lui-même, l'application de dispositions spéciales. Les contrats innommés sont de deux types : les contrats complexes, qui mélangent plusieurs contrats nommés, et les contrats *sui generis*, qui ne rentrent dans aucune catégorie de contrat nommé.

**L'intérêt de la distinction** est l'application, ou non, d'un corps de règle spécifique. Par exemple, le contrat de vente est un contrat nommé, pour lequel la loi prévoit que le vendeur doit garantir des vices cachés, mais que, en cas de vice caché, l'acquéreur dispose d'un délai de deux ans après la découverte du vice pour agir en justice. Or, afin de savoir si ce délai peut être opposable à l'acquéreur, il faut s'assurer que le contrat en cause est bien un contrat de vente, et non un autre type de contrat.

**Exemple :** Un client commande une machine à fabriquer des sorbets. Cette machine ne fonctionne pas correctement et il apparaît qu'elle a un vice de conception. Le client attend plus de deux ans pour assigner (actionner en justice) son fournisseur.

1°) Si l'appareil est un appareil standard que le fournisseur se propose de vendre à qui en fait la demande, il s'agit d'une vente et l'action en garantie des vices cachés ne pourra être mise en œuvre.

2°) Si, à l'inverse, l'appareil est totalement spécifique et a été construit par le fournisseur en fonction des demandes et instructions du client, qui en a une utilité particulière, il ne s'agit plus d'une vente, mais d'un contrat d'entreprise... la prescription de l'action en garantie des vices cachés n'est plus opposable au client.

## (2) L'objet des contrats

Les contrats peuvent avoir différents objets. Ils peuvent être synallagmatique ou unilatéraux (a), gratuit ou onéreux (b), instantanés ou successifs (c).

### *(a) Contrats synallagmatiques/unilatéraux*

**Le contrat unilatéral** ne fait naître d'obligation qu'à la charge de l'une des parties. Cela est dire que s'il y a plusieurs cocontractants, un seul est engagé.

C'est le cas, par exemple, du contrat de dépôt : une partie s'engage à conserver une chose pour une autre, à charge de la restituer. Le dépositaire (celui qui conserve la chose) a l'obligation de conserver la chose et de la restituer. Le déposant n'a aucune obligation.

Il en va de même dans le cadre du contrat de prêt puisque seul l'emprunteur a une obligation, restituer la chose.

C'est encore le cas, par exemple, de la promesse unilatérale de vente : une personne s'engage à vendre une chose, sans qu'il n'y ait d'obligation pour le bénéficiaire de la promesse.

**A l'inverse, le contrat est synallagmatique** quant les deux parties ont des obligations réciproques.

C'est le cas, par exemple, d'un contrat de bail : le bailleur assure au locataire la paisible jouissance de la chose et, en contrepartie, le locataire verse un loyer.

**L'intérêt** de cette distinction est que lorsque le contrat est synallagmatique, l'obligation de l'un est la cause de l'obligation de l'autre... Lorsque l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre n'a pas à exécuter la sienne.

### *(b) Contrats gratuits ou onéreux*

Les contrats peuvent être à titre gratuit ou onéreux, ce qui est dire qu'il peut ou non y avoir une contrepartie à l'obligation. L'obligation peut être unilatérale à titre onéreux, par exemple, le prêt à intérêt, unilatérale à titre gratuit, comme la donation, ou synallagmatique à titre gratuit comme, par exemple, la donation avec charge.

Les contrats gratuits sont l'exception, la vie économique étant fondée sur des contrats à titre onéreux.

### *(c) Contrats instantané ou à exécution successive*

Les contrats peuvent avoir une exécution instantanée ou successive.

**Le contrat à exécution instantanée** ne s'exécute qu'une seule fois. C'est, par exemple, la vente. L'acheteur devient propriétaire, le vendeur ne l'est plus, il reçoit un paiement, le contrat est fini.

A l'inverse, **le contrat à exécution successive** a vocation à se prolonger dans le temps. C'est le cas, par exemple, du contrat de bail. Le bailleur reste tenu, pour toute la durée du bail, d'assurer la paisible jouissance de la chose au preneur, alors que celui-ci reste tenu, pour toute la durée du bail, de payer les loyers.

Les contrats à exécution successive peuvent être à durée **déterminée** ou **indéterminée**. La loi interdisant les engagements perpétuels, il peut être mis fin à un contrat à durée indéterminée à tout moment (moyennant le respect d'un préavis) alors que le contrat à durée déterminée a vocation à s'exécuter jusqu'à son terme.

### *(3) La qualité des cocontractants*

Le contrat peut être conclu en fonction de la personne du cocontractant : par exemple, vous allez chez le coiffeur pour vous faire coiffer par Luigio, parce qu'il le vaut bien. Vous engagez un décorateur d'intérieur pour sa réputation ou un couturier pour ses créations...

Dans ce cas, le contrat est dit **intuitu personae**, ce qui signifie que la personne du cocontractant est un élément fondamental du contrat : le cocontractant ne pourra pas changer.

A l'inverse, pour certains contrats, la personne du cocontractant est totalement indifférente. Par exemple, dans le cadre d'un contrat de bail, la personne du bailleur est, *a priori*, indifférente au preneur. Le bailleur pourra vendre son bien, le contrat de bail se poursuivra avec le nouveau propriétaire, qui deviendra nouveau bailleur.

Enfin, se développe le droit de la consommation, le **consommateur** est un cocontractant à part en ce que, lorsqu'il conclut avec un professionnel, certaines règles particulières protectrices vont trouver application. Par exemple, un délai de rétractation lors d'un contrat conclu suite à un démarchage à domicile.

#### *(4) Le formalisme*

Enfin, la dernière distinction entre les contrats se situe au niveau de leur formalisme de formation.

Par principe, **les contrats sont consensuels**, c'est-à-dire qu'ils sont formés par la seule rencontre des volontés des parties, sans avoir besoin de forme : les parties sont d'accord, le contrat est formé. Par exemple, pour la vente, dès que l'acheteur et le vendeur sont d'accord sur la chose et le prix, l'acheteur devient propriétaire de la chose et de vendeur créancier de l'acheteur pour le prix.

Certains contrats ont des modalités de conclusions différentes. Ainsi, les **contrats solennels** ne sont valides qu'à la condition qu'un certain formalisme soit rempli. Par exemple, la constitution d'hypothèque ou la donation sont subordonnées à la rédaction d'un acte notarié, l'engagement de caution est subordonnée à l'existence d'une mention manuscrite précise sur l'acte de cautionnement (et donc à la rédaction d'un écrit).

Enfin, les **contrats réels** sont formés par la remise de la chose. Ainsi du prêt qui suppose, non seulement un accord des parties, mais encore une remise de la chose prêtée. Quand bien même les parties seraient d'accord sur la chose et le prix éventuels, hors remise de la chose, le contrat n'est pas formé (mais il pourrait y avoir une promesse de prêt).

#### *(5) Les avant contrats*

Avant la conclusion d'un contrat, se trouve ce que l'on appelle parfois **l'avant contrat**. En réalité, l'avant contrat est un contrat antérieur à la conclusion d'un autre contrat.

Ainsi, de l'offre ou de la promesse de contrat.

La promesse de contrat peut être **unilatérale** et dans ce cas, une partie, le promettant, s'engage vis-à-vis d'un bénéficiaire, de conclure un contrat à telles conditions. Dès lors que le bénéficiaire accepte la promesse, le promettant est engagée, soit pour la durée prévue dans la promesse, soit pour une durée raisonnable au terme de laquelle il pourra retirer sa promesse.

Si le bénéficiaire lève l'option, le contrat est formé : c'est la rencontre des volontés. Celle du promettant est dans la promesse et rencontre celle du bénéficiaire dès que celui-ci manifeste sa volonté.

La promesse peut être **synallagmatique**, c'est-à-dire que les parties s'engagent mutuellement à conclure le contrat... Dans ce cas, le contrat est, en réalité conclu !

Cette technique est toutefois utile dans certaines hypothèses, comme, par exemple, lorsque la validité du contrat nécessite le respect d'un formalisme particulier.

### ***b) La formation du contrat***

L'accord de volonté doit résulter d'un consentement (1), donné sur un objet et une cause (2) l'ensemble étant soumis à un formalisme souple (3). La formation des contrats est sanctionnée par la nullité (4).

#### ***(1) Le consentement***

Comme dit précédemment, le contrat est conclu par la rencontre des volontés des parties. Cet accord de volonté est manifesté par un consentement, qui ne doit pas être vicié.

Le vice du consentement est une **cause de nullité du contrat**. Cela est dire que si, *a posteriori*, on se rend compte que le consentement n'est pas exempt de vice – n'a pas été valablement donné – c'est qu'il n'a jamais été donné. Or, s'il n'a jamais été donné, les volontés ne se sont pas rencontrées et, dans ce cas, le contrat n'a pas été conclu... **Donc, le contrat n'existe pas !**

La nullité d'un contrat est donc le constat, par le juge, qu'il n'a jamais existé. Elle entraîne de lourdes conséquences, notamment en obligeant à la remise en état : les parties doivent restituer les prestations qu'elles auraient reçues en exécution du contrat.

Pour ne pas permettre de remettre en cause systématiquement tous les contrats, les hypothèses dans lesquels l'un des cocontractants pourra invoquer un vice du consentement sont limitées à 4 hypothèses, dont seulement trois connaissent une application pratique : l'erreur, le dol et la violence, outre la lésion, réservée à certaines hypothèses très rares.

#### *(a) L'erreur*

**L'erreur** en premier lieu, peut vicier le consentement. Un contractant qui a donné son consentement par erreur ne l'a pas vraiment donné de sorte qu'il n'a pas vraiment consenti et que les volontés des parties ne se sont pas *in fine* rencontrées.

Toutefois, il n'est pas possible d'invoquer l'erreur à chaque fois que l'on entend se défaire d'un contrat. L'erreur justifiant la nullité d'un contrat doit porter sur la substance même de la chose et doit être déterminante.

Cela est dire que l'erreur doit porter sur l'une des qualités de la chose, et que cette qualité a du déterminer celui qui a fait l'erreur.

Par exemple : lors de l'achat d'une œuvre d'art, une erreur sur l'authenticité porte sur la qualité substantielle de l'œuvre, de même que l'achat d'une antiquité... qui n'est pas ancienne.

L'erreur peut porter sur la contreprestation, la prestation fournie par le cocontractant, mais également sur sa propre prestation. Par exemple, commet une erreur le vendeur d'une œuvre qu'il pense faussement attribuée à son père alors qu'il s'agit d'un Picasso !

L'erreur seule ne suffit pas, il convient encore de la prouver. Lorsque la qualité sur laquelle porte l'erreur est une qualité normale de la chose, et qu'elle n'est pas présente, l'erreur s'impose. Par

exemple, achat d'une copie alors que l'on pensait acquérir un original d'une œuvre d'art auprès d'un marchand d'art.

A l'inverse, lorsqu'il s'agit d'une qualité particulière, il importe de prouver que la qualité en cause avait été expressément convenue entre les parties. Par exemple, achat d'une copie de la Joconde, mais pas avec le bon copieur !

**Ne permettent en revanche pas d'obtenir la nullité d'un contrat** l'erreur sur la valeur, l'erreur inexcusable (erreur telle que son auteur n'aurait pas du la commettre) ou l'erreur matériel (erreur « *physique* » dans le contrat : manque un zéro, un point, une phrase...).

#### *(b) Le dol*

Le consentement peut encore être vicié par le dol. Le dol est l'erreur provoquée.

L'un des cocontractants a induit l'autre partie en erreur pour le conduire à contracter. Le dol peut être actif ou passif.

Le dol actif consiste en un mensonge. L'une des parties ment à l'autre pour la conduire à contracter.

Par exemple, un vendeur ment sur les qualités de sa marchandise : automobile neuve alors que le compteur a été trafiqué.

Le dol passif consiste en une abstention. L'une des parties cache à l'autre une information en sa possession pour la conduire à contracter. Par exemple, un vendeur qui tait volontairement un élément déterminant. Par exemple, vendeur de fonds de commerce qui tait que le sens de circulation a été modifié, ce qui engendre un effondrement du chiffre d'affaires.

Le dol n'entraîne la nullité du contrat qu'à la condition d'être **déterminant**, c'est-à-dire qu'en l'absence de dol, l'autre partie n'aurait pas contracté.

### *(c) La violence*

La violence, enfin, est le dernier vice du consentement (sauf exception de la lésion). Il s'agit de la violence exercée sur une partie pour le contraindre à contracter.

Dans ce cas, il est bien évident que le consentement n'est pas libre et que le contrat ne peut recevoir exécution.

C'est le cas de la violence physique, morale, économique, des menaces (par exemple, action en justice)...

La violence n'est cause de nullité que lorsqu'elle est déterminante, mais, de manière générale, elle est largement acceptée par la jurisprudence.

### *(d) La lésion*

La lésion est un vice du consentement à part. Il s'agit d'une erreur sur la valeur et est cause de nullité que de manière exceptionnelle, en matière de vente d'immeuble, de contrat passé par des incapables, de partages ou de droit d'auteur.

## *(2) L'objet et la cause*

Le Code civil impose, pour qu'un contrat soit valable, qu'il ait un objet et une cause possible et licite.

Classiquement, la cause et l'objet sont étudiées séparément, mais par commodité, il conviendra de retenir – très schématiquement – que la cause d'un contrat est la raison pour laquelle une partie s'engage dans ce contrat. Par principe, la cause du contrat sera la contreprestation, c'est-à-dire l'avantage que la partie entend tirer du contrat.

Ce n'est pas toujours vrai et l'étude de la cause du contrat peut présenter certaines utilités. Par exemple, un bailleur loue un appartement. La cause devrait être le versement du loyer, ou, si le loyer est peu élevé, l'intention libérale. Mais, si le preneur y installe une maison close et que le bailleur le lui loue dans ce but, la cause est illicite, et le contrat nul.



Nous partirons tout de même du postulat que la cause du contrat est la contreprestation, donc la cause de l'une des parties et l'obligation de l'autre partie.

**L'objet du contrat** est l'objet sur lequel porte le contrat.

L'objet doit, en premier lieu, être **déterminé ou déterminable**. On ne peut, de toute évidence, pas conclure un contrat dont on ne sait sur quoi il porte !

L'objet doit donc, en principe, exister au jour de la conclusion du contrat.

Mais, l'objet peut également être futur. Dans ce cas, deux hypothèses : soit les parties ont convenus que le contrat se réalisera lorsque la chose existera (cas des ventes d'immeubles à construire), soit les parties ont convenus d'un contrat aléatoire, c'est-à-dire que la partie paie le prix et obtiendra ce qui existera à terme (exemple, vente de céréales).

L'objet du contrat doit être **possible**... à l'impossible nul n'est tenu et un contrat prévoyant une obligation impossible ne pourrait recevoir exécution.

Le Code civil précise qu'il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui sont susceptibles de faire l'objet de convention. En conséquence, l'objet du contrat doit être **dans le commerce**. Pour ce faire, il doit être **licite**, ce qui n'est pas le cas, par exemple, de substances illicites, de matériel de contrefaçon. Il doit encore ne pas être exclu du commerce, **comme le corps humain**.

L'objet (comme la cause) du contrat doit encore être conforme à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

### *(3) La preuve du contrat*

Le contrat est formé par la seule rencontre des volontés des parties, la rencontre du consentement, sur un objet.

Ce consensualisme donne au contrat sa force obligatoire en ce sens que les parties sont tenues d'exécuter les obligations prévues au contrat : dans le cas d'une vente, la rencontre des volontés

rend l'acheteur propriétaire et le vendeur créancier, l'acheteur doit donc payer le prix et le vendeur délivrer l'objet. Dans le cas d'un contrat de bail, le bailleur doit délivrer la chose et assurer la jouissance paisible, le preneur payer le prix...

Le contrat est donc formé par la rencontre des volontés.

La difficulté n'est alors pas l'existence du contrat elle-même, mais la preuve de cette existence ! Un contrat qui ne peut pas être prouvé, s'il existe théoriquement n'en demeure pas moins inopposable.

La règle est que celui qui demande l'exécution d'une obligation doit la prouver. Or, en matière civile (différent en matière commerciale où la preuve peut par principe être rapportée par tout moyen), un écrit est exigé (a), sauf circonstances particulières (b).

#### *(a) L'exigence d'un écrit*

Par principe, les contrats excédant la somme de 1 500 euros ne peuvent être prouvés que par écrit.

Cela est dire que si le contrat existe, il n'est pas possible de rapporter la preuve de cette existence autrement que par écrit.

L'écrit peut être un acte authentique (rédigé par un notaire) ou un acte sous seing privé (acte rédigé entre les contractants). Dans ce dernier cas, l'acte doit être rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties.

#### *(b) Exception*

La règle de l'exigence d'un écrit peut recevoir exceptions dans un certain nombre d'hypothèses.

D'une part, en présence d'un commencement de preuve par écrit, la preuve peut être rapportée par tous moyens. Un commencement de preuve par écrit est un écrit qui émane de celui contre lequel la demande est formée et rend vraisemblable le fait allégué.

Par exemple, un écrit qui n'aurait pas valeur de contrat pour n'avoir été rédigé qu'en un seul exemplaire, une quittance de loyer en l'absence de contrat de bail, un chèque signé par un débiteur...

Le commencement de preuve par écrit, s'il rend vraisemblable le fait allégué permet de rapporter la preuve par tout moyen.

Ainsi, par exemple, il est possible de produire une quittance de loyer rendant vraisemblable l'existence d'un contrat de bail. Une fois cette vraisemblance acquise, il sera possible de rapporter la preuve de l'existence du contrat, outre ce commencement de preuve par écrit, par témoins.

#### *(4) La sanction de la formation du contrat*

Il faut entendre le terme « *sanction* » non comme une punition, mais comme la règle permettant d'assurer le respect des règles précitées.

La sanction d'un manquement aux conditions de formation du contrat est la nullité de ce contrat (a) qui entraîne la remise en état (b).

##### *(a) La nullité*

La nullité est la conséquence de l'absence d'un des éléments constitutifs du contrat. Ce peut être le consentement, l'objet ou la cause. Dans ce cas, le contrat n'a pas pu être licitement formé, donc pas formé du tout.

Puisque l'un des éléments de formation du contrat fait défaut, ce contrat n'a pu être valablement formé et est, conséquemment, inexistant depuis son origine.

C'est la nullité : le constat que le contrat n'a jamais existé et ce, depuis le début (attention : distinguer de la résolution – le contrat a existé mais est détruit rétroactivement – et de la résiliation – le contrat a existé et a été exécuté, mais s'arrête au jour de la résiliation).

La nullité peut être relative. C'est le cas lorsqu'elle a pour conséquence de sanctionner une règle protégeant une partie. Par exemple, le vice du consentement : la nullité en cas de dol à pour objectif de protéger les parties dans l'intégrité de leur consentement.

Dans ce cas, seule la partie qui est protégée peut invoquer la nullité. Ainsi, la partie qui donne son consentement par violence peut demander la nullité du contrat pour vice du consentement. Personne d'autre.

La partie peut également couvrir la nullité. Lorsque la cause de la violence a disparu, elle peut donner à nouveau son consentement, ce qui valide *a posteriori* son consentement.

La nullité peut être absolue. Dans ce cas, quiconque peut l'invoquer. C'est le cas, par exemple, lorsque l'objet du contrat est contraire aux bonnes mœurs ou illicite. Dans ce cas, la nullité ne peut en rien être couverte.

Dans tout les cas, l'adage *nemo auditur...* interdit à qui que ce soit de « *se prévaloir de sa propre turpitude* » : autrement dit, celui qui cause un dol, use de violence ou choisit un objet illicite ne peut lui-même demander la nullité du contrat du fait de ses propres agissements.

#### *(b) La remise en état*

Puisque le contrat n'a jamais existé, il convient de remettre les parties dans la situation antérieure à la conclusion du contrat.

S'il n'a jamais reçu exécution, pas de problème.

En revanche, si le contrat a reçu exécution, il faut compenser cette exécution : restitution des sommes échangées, paiement d'une indemnité d'occupation, restitution des choses...

#### **c) L'exécution du contrat**

Une fois le contrat valablement conclu, celui-ci a force de loi pour les parties (1), même s'il peut devoir être interprété (1). La partie défaillante sera ainsi sanctionnée en cas d'inexécution (3).

#### *(1) La force obligatoire du contrat*

Article 1134 du Code Civil :

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

Cela est dire que si les parties sont libre de s'engager comme bon leur semble à ce à quoi il leur plait, une fois que c'est fait, le contrat s'impose à elles. Elles doivent en exécuter les obligations qu'il met à leur charge.

En conséquence, la volonté des parties lie celles-ci dans le contrat et l'une d'elle ne peut plus s'en défaire seule, sauf à l'avoir prévu dans le contrat.

Ainsi, la révocation du contrat par une partie n'est pas possible.

La révision unilatérale, ou même judiciaire, du contrat n'est, par principe, pas possible. Si un événement vient modifier considérablement l'économie du contrat. Ainsi, les parties restent liées ainsi que prévue initialement, quand bien même le contrat deviendrait significativement déséquilibré.

Il peut toutefois être relevé que d'une part les parties peuvent, en commun, modifier l'équilibre d'un contrat lorsque les circonstances changent et que, d'autre part, le Code Civil invitent les parties à cette renégociation en disposant que « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi* »(article 1134 dernier alinéa).

Au-delà de l'imprévision, les contrats doivent, de manière générale, être exécutés de bonne foi. Cela veut dire que l'une des parties ne doit pas, par exemple, empêcher l'autre de réaliser sa contreprestation.

## *(2) L'interprétation du contrat*

Lorsqu'une disposition du contrat n'est pas claire, il appartient au Juge de l'interpréter. Pour ce faire, il doit rechercher la commune intention des parties. Celle-ci peut être révéler par les termes du contrat, comme par les conditions de conclusions ou le début d'exécution postérieur.

### *(3) L'inexécution*

Puisque les parties doivent exécuter le contrat en toutes ses dispositions, si l'une des deux parties ne respecte pas ses obligations, l'autre peut l'y contraindre.

Premier outil de contrainte, l'exception d'inexécution. Lorsqu'une partie n'exécute pas son obligation, la partie adverse peut ne pas exécuter la sienne sans commettre de faute.

#### *(a) L'exécution forcée ou en équivalent*

Second outil de contrainte, **l'exécution forcée**. L'exécution forcée consiste à obliger la partie adverse à exécuter son obligation en recourant au juge. L'exécution forcée, or hypothèses particulières, n'est guère convaincante : l'exécution forcée ne produit pas nécessairement un résultat convaincant... un entrepreneur qui s'exécute de mauvaise grâce fera du moins bon travail...

Il est toutefois possible de faire réaliser la prestation par un tiers au frais du contractant défaillant.

Par principe, l'inexécution sera plutôt sanctionnée par une exécution **en équivalent**, c'est-à-dire par une somme d'argent compensant la perte résultant de l'inexécution.

#### *(b) La résolution judiciaire*

Enfin, l'inexécution du contrat par l'une des parties autorise l'autre partie à solliciter du juge la résolution du contrat.

La résolution du contrat a les mêmes conséquences que la nullité du contrat, mais procède d'une cause distincte : la nullité sanctionne la formation du contrat – le contrat jamais formé est nul – alors que la résolution sanctionne l'exécution du contrat : le contrat a été valablement formé, mais il n'est pas exécuté. On fait comme si il n'avait pas existé, mais il a existé !

#### **d) La relativité des conventions**

Enfin, si le contrat est la loi des parties, il n'est évidemment la loi que des parties. Ainsi, le contrat ne peut stipuler pour autrui, c'est-à-dire ne peut mettre à la charge de tiers des obligations auxquelles ils ne consentiraient pas.

#### **2. Droit commun de la responsabilité délictuelle**

Dès lors qu'il n'y a pas de contrat entre l'auteur d'une faute et sa victime, l'obligation à laquelle il a été manqué est délictuelle et engage la responsabilité délictuelle de son auteur.

L'article 1382 du Code Civil dispose que :

*« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».*

C'est le texte qui fonde la responsabilité civile délictuelle.

Pour engager la responsabilité de l'auteur, il convient d'établir un manquement à une obligation, **une faute** (a), un **dommage** (b) et un **lien de causalité** (c).

#### **a) La faute**

La faute est un comportement que ne devrait pas avoir eut son auteur... Une telle définition n'éclaire pas beaucoup mais, de fait, la faute délictuelle a une infinité de visages : c'est n'importe quel comportement pourvu qu'il puisse être reproché à son auteur et que celui-ci n'ait pas un lien contractuel, siège de ce comportement, avec la victime !

Un très grand auteur a simplement estimé que :

*« La faute est reconnue globalement par une sorte d'évidence morale »<sup>1</sup>.*

Ainsi, on ne connaîtrait pas la faute, on la reconnaîtrait...

---

<sup>1</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, Tome IV, Les obligations*, 22<sup>ème</sup> ed., PUF, *Collection Thémis Droit privé*, 2000, p. 402, n°220.

En toutes hypothèses, le juge a pu qualifier de fautif une grande variété de comportement, comme, par exemple, la concurrence déloyale, le parasitisme, la rupture de pourparlers, le refus d'un époux de se soumettre à l'obligation de communauté de vie imposée par le mariage, la rupture de fiançailles, le défaut de réparation d'une brèche dans une digue, ou encore l'abstention de l'auteur d'un article scientifique de citer les travaux d'un autre scientifique...

Traditionnellement, l'identification de la faute se fait par comparaison avec un « *bon père de famille* », raisonnable et qui ne nuit pas à autrui.

Dès lors, identifier une faute revient à répondre à cette question : le bon père de famille aurait-il eu un tel comportement ?

Nous ne pourrions prétendre ici donner une définition de la faute, seulement relever divers types de comportements qui sont, *a priori*, fautifs.

En premier lieu, est fautif le manquement à une norme impérative. En effet, le bon père de famille respecte, bien évidemment, toutes les règles qui s'imposent à lui. Est fautif, en conséquence, le fait de ne pas faire réaliser le contrôle technique de son automobile, de ne pas respecter le règlement de copropriété ou d'urbanisme etc... (à noter que, pour que la victime puisse se prévaloir de cette faute, encore faut-il qu'il résulte de celle-ci un dommage).

En second lieu, et cela rejoint le premier point, le bon père de famille respecte les contrats dans lesquels il est engagé, puisque le contrat est la loi des parties ! Ainsi, l'individu qui manque à une obligation contractuelle commet une faute contractuelle à l'égard de son cocontractant, mais également une faute délictuelle vis-à-vis des tiers au contrat.

Enfin, pour le reste, on ne pourra que se référer au bon père de famille...

Il convient de noter que, par principe, la **faute est personnelle**, ce qui est dire que ce n'est que celui qui a un comportement fautif qui a à en répondre.



Toutefois, la loi prévoit des cas dans lesquels on est responsable de la faute que l'on n'a pas commise.

Ainsi, par exception, la faute peut résulter du fait d'un tiers :

- Responsabilité des parents du fait des enfants mineurs ;
- Responsabilité des artisans du fait des apprentis
- Responsabilité des commettants du fait des préposés (dans l'exercice de leur fonction)
- Responsabilité des instituteurs du fait des élèves

Enfin, on est responsable des choses que l'on a sous sa garde, le gardien étant celui qui a l'usage, le contrôle et la direction d'une chose (une chose étant n'importe quoi !).

### **b) Le dommage**

Le dommage est le préjudice ressenti par une personne dans son corps, son patrimoine ou ses droits extra patrimoniaux.

Le dommage peut ainsi être :

- Corporel est correspond alors à une atteinte à l'intégrité physique de la personne (esthétique) ;
- Matériel est correspond à une perte de patrimoine ou de revenus ;
- Moral est correspond à l'affliction ressentie par la victime, par l'atteinte à son honneur ou à sa considération.

Le dommage doit être direct (c'est-à-dire causé par la faute, voir ci-dessous), certain et actuel (on ne répart pas les dommages incertains ou futurs).

### **c) Le lien de causalité**

Le lien de causalité est le lien entre la faute et le dommage : l'une doit être la cause de l'autre.

***d) Cause exonératoire***

Enfin, en cas de faute, de dommage et de lien de causalité, l'auteur de la faute peut s'exonérer de sa responsabilité dans trois hypothèses :

- **Force majeure ou cas fortuit** (évènement irrésistible, imprévisible et extérieur) ;
- **Fait de la victime ;**
- **Fait d'un tiers.**

## II. PROPRIETE INTELLECTUELLE

---

Le droit de la propriété intellectuelle est le **droit de la création** et un **droit de monopoles privés**.

**Droit de la création**, d'abord, parce que c'est le droit de la propriété intellectuelle qui régleme la manière dont un créateur, inventeur ou auteur, pourra rester maître de sa création et, le cas échéant, pourra en tirer des bénéfice.

**Droit de monopoles**, ensuite, parce que, les droits de propriété intellectuelle permettent à des personnes privées de se réserver les usages – au sens large – de « *créations* » particulières, et donc, d'interdire à tout autre d'en profiter sans leur accord.

C'est le droit des propriétés intellectuelles qui permet aujourd'hui aux auteurs de vivre de leur art, aux entreprises d'investir en recherche développement dans l'espoir d'inventer une chose utile et d'en tirer profit : c'est grâce aux droits de propriété intellectuelle que l'on peut profiter de Britney Spears, Laurie ou que l'on peut envoyer des mails vidéos depuis son téléphone portable depuis les amphis.

**(Bref) Historique.-** Mais, assurer une récompense au créateur n'a pas toujours été évident, pas plus que le progrès n'a toujours été synonyme de but à atteindre !

Au Moyen-âge, les corporations dirigeaient chaque profession et bénéficiaient d'une sorte de « *monopole inversé* » : elles interdisaient l'invention de techniques nouvelles afin de ne pas causer de torts aux autres membres de la corporation ! Ce contrôle des corporations empêche l'innovation et fige les techniques de manière durable.

Pour y apporter un début de réponse, le Roi octroie par lettres patentes des droits exclusifs pour l'exploitation d'innovations ou pour l'introduction de techniques étrangères. Ces droits exclusifs permettent de récompenser l'innovation. La première « *patente d'invention* » est octroyée en 1551

pour l'invention de caractères d'imprimerie spéciaux. Vers le XVIII<sup>e</sup> siècle, l'inventeur peut obtenir, par le biais de privilèges royaux, un monopole d'exploitation sur son invention. Les 31 décembre 1790 et 7 janvier 1791, l'Assemblée Constituante vote la première loi sur les brevets d'invention, assurant à tout inventeur un monopole d'exploitation sur son invention pendant 15 ans.

En matière de création littéraire, le monopole se construit dans un premier temps à destination de ceux qui réalisaient les investissements financiers. Avec l'apparition de l'imprimerie, *« le livre acquiert une valeur économique. Une nouvelle catégorie professionnelle apparaît, celle des imprimeurs-libraires [...]. La nature de l'activité d'édition nouvelle suppose des moyens financiers importants [et] il devient essentiel de bénéficier d'un monopole exclusif pour l'exploitation des ouvrages édités »*. Apparaît alors la pratique des privilèges d'édition, en faveur des imprimeurs-libraires. Ce monopole est avant tout une récompense économique pour celui qui investit pour l'édition.

Ainsi, à l'origine, le brevet d'invention protégeait l'inventeur et le droit d'auteur (mais pas sous ce nom) protégeait celui qui était à l'origine d'un investissement, l'évolution a inversé totalement ce schéma.

La révolution modifie la vision du droit sur l'œuvre littéraire qui conférait un monopole aux éditeurs. *« Les déclarations des droits du génie »* (1791 et 1793) impriment au droit attaché à l'œuvre un caractère personnaliste : l'œuvre est le prolongement de l'auteur, une partie de lui-même et c'est lui qui a tous les droits sur celle-ci ! C'est dans cet esprit que le droit d'auteur contemporain sera adopté au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Il ne semble plus nécessaire d'encourager l'investissement nécessaire à la diffusion des œuvres : ces investissements sont de moins en moins importants (l'impression est de moins en moins coûteuse et tout un chacun peut imprimer chez soi, la musique peut être diffusée quasi gratuitement sur Internet...) et il est corrélativement plus utile de récompenser la création.

A l'inverse, alors que les premiers brevets d'invention récompensaient les inventeurs pour leur activité inventive, les inventions réclament aujourd'hui de plus en plus d'investissements : rares sont

les personnes qui, aujourd'hui, peuvent inventer un écran « *oled* » ultra fin dans leur garage ! Il est donc nécessaire de protéger celui qui prend l'initiative de l'investissement et, aujourd'hui, l'inventeur n'est plus au centre de la protection.

**Les droits propriétés intellectuelles.**- Aujourd'hui, il existe divers droits de propriété intellectuelle, classiquement classé dans deux catégories : les droits de propriété industrielle, et la propriété littéraire et artistique.

**Les droits de propriété industrielle**, d'une part, protègent essentiellement les investissements et est un droit quasi-exclusivement économique. Les principaux droits de propriété industrielle sont le brevet, la marque et les modèles et dessins.

- **Le brevet d'invention**, d'abord, protège une invention nouvelle (qui n'existait pas avant 😊), susceptible d'application industrielle et qui implique une activité inventive (elle ne doit pas découler de manière évidente de l'état de l'art).
- **Le droit de marque**, ensuite, protège un signe distinctif et **les droits sur les modèles ou dessins** protègent l'apparence d'un produit manufacturé, apparence nouvelle et présentant un caractère propre.

Pour être acquis, les droits de propriété industrielle font l'objet d'un formalisme propre : il est nécessaire d'enregistrer sa création (invention, marque ou dessin ou modèle) auprès d'un organisme (en France, l'INPI) selon un formalisme propre et exigeant. Ainsi, par exemple, la divulgation d'une invention, avant son enregistrement interdit de l'enregistrer et de bénéficier de la protection d'un brevet d'invention, serait-ci l'invention du siècle !

**La propriété littéraire et artistique**, d'autre part, s'est développée à partir d'une personne centrale : **l'auteur**. L'œuvre est, comme déjà dit, le prolongement de la personne de l'auteur qui doit pouvoir en rester maître. La propriété littéraire et artistique s'est donc construite autour du droit de l'auteur, le droit d'auteur.

Le droit d'auteur, toutefois, n'est pas le seul droit de propriété littéraire : il faut compter avec les droits voisins des artistes interprètes, des producteurs... et le droit du logiciel, qui tient une place à part, tant au sein du droit d'auteur que des propriétés industrielles auxquelles il emprunte.

Le droit des brevets étant un droit essentiellement technique, c'est plus le droit des marques, et surtout le droit d'auteur et le droit du logiciel qu'il est nécessaire de développer ici. Nous envisagerons donc brièvement le droit de marque (A), avant de voir le droit d'auteur (B), son application au logiciel (C), la protection des bases de données (D), l'œuvre multimédia (E) et l'influence des droits de propriété intellectuelle sur le droit de l'informatique (F).

## **A. Vu superficielle de la marque**

**Définition.-** La marque peut être définie comme étant un « *signe sensible apposé sur un produit ou utilisé ou utilisé avec un produit ou service, dont la finalité est de le distinguer des produits ou services similaires émanant des concurrents* ». Ainsi, la marque peut être n'importe quel signe, à la condition qu'il soit susceptible de représentation graphique (marque olfactives). Le Code de la propriété intellectuelle en donne une liste exemplative au sein de laquelle figurent, par exemple :

Mots, assemblages de mots, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles, sons, phrases musicales, hologrammes, logos, images de synthèse ; les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service ; les dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs.

**Acquisition du droit de marque.-** L'acquisition du droit de marque se fait par un enregistrement. Pour une marque française, auprès de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI), pour une marque communautaire, auprès de l'Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI). Il est également possible d'étendre la protection d'une marque Française ou Communautaire auprès des pays membres du système de MADRID, en passant par l'Office Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI).

**Actes interdit sur une marque.-** La marque interdit aux tiers, sans l'accord du titulaire de celle-ci de reproduire ou imiter une marque, de mettre dans le commerce, d'importer ou d'exporter des produits présentés sous une marque contrefaite ou d'utiliser une marque pour désigner des produits ou services identiques ou similaires.

**Le principe de spécialité du droit de marque.-** Toutefois, le monopole du propriétaire de la marque est limité par le principe de spécialité : le droit de marque protège un signe en ce qu'il distingue un produit ou un service: il est donc limité au type de produit ou service pour la marque est enregistrée.

En pratique, le périmètre de la protection dont bénéficie le propriétaire de la marque est limité aux produits pour lesquels il enregistre la marque.

Par exemple, si on enregistre « *L'eau de polytech* » pour désigner une boisson alcoolisée, rien n'interdit à un tiers d'utiliser la marque « *L'eau de polytech* » comme nom de son restaurant ou de son complexe aquatique. C'est le principe de spécialité des marques.

Ce principe de spécialité fléchi dans deux cas :

- D'une part, lorsque la marque contrefaisante est utilisé pour des produits similaires ;
- D'autre part, lorsque la marque est notoire : on a pas le droit d'appeler son logiciel « *Vuitton* » ou « *Coca-Cola* », même si les marques ne sont enregistrées que pour les articles de luxe ou les boissons sucrées !

## **B. Le droit d'auteur**

Selon une célèbre maxime (célèbre pour les juristes !), « *les idées sont de libre parcours* ». Cela est dire que l'on ne peut pas protéger une idée par un quelconque droit de propriété intellectuelle : la marque est un signe et l'invention une technique ou une méthode nouvelle.

Le droit d'auteur protège une œuvre dès lors qu'elle répond à certaines conditions (1) et cette protection bénéficie, par principe à l'auteur (2). Toutefois, dans certaines hypothèses, la loi organise différemment la titularité des droits (3).

### **1. Conditions de protection : une œuvre, rien qu'une œuvre**

Pour accéder à la protection, une œuvre doit avoir une forme, qui sera l'objet de la protection, et être originale, originalité qui manifeste l'attachement de l'œuvre à son auteur. Ces deux seules conditions sont suffisantes à conférer une protection à l'œuvre, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une quelconque formalité.

**La forme.-** En premier lieu, les idées étant de libre parcours, l'œuvre protégée doit avoir une forme tangible.

Ainsi, par exemple, ne pourront être protégée l'idée d'une application informatique destinée à telle ou telle profession. Pas plus celui qui crée le « *cahier des charges* » d'une application ne pourra se voir reconnaître un quelconque droit sur l'application qui en sera issue (il pourrait en aller différemment d'une modélisation complète qui suffirait de traduire en code machine). De même, ne peut être protégée l'idée d'un ouvrage sur tel ou tel sujet : celui qui, le premier, pense à écrire un ouvrage sur le bizutage dans les écoles d'ingénieurs informaticiens ne peut interdire à d'autres de suivre son exemple (sera, en revanche, protégé le contenu). Il en va de même de l'idée d'une campagne publicitaire, l'idée d'une émission de télévision etc...

Il sera toutefois observé que d'autres mécanisme du droit peuvent aboutir à sanctionner celui qui « volerait » l'idée d'un tiers : par exemple, l'action en parasitisme permet de sanctionner celui qui, par exemple, tire profit de la notoriété d'autrui (par la reprise de l'idée d'une campagne publicitaire, par exemple, la Hollande, l'autre pays du fromage – la France, l'autre pays de la tulipe) ou accède frauduleusement à ses « idées » (par exemple, au cours de négociations rompu une fois les idées nécessaires récupérées).



L'œuvre, pour être protégeable, doit donc avoir une forme tangible (classiquement : dessins, photographie, publicité etc...) et l'auteur ne s'approprie que cette forme. Par exemple, l'artiste qui emballe les arbres d'une grande avenue a un droit d'auteur sur l'œuvre qu'il a créé... pas sur l'emballage des végétaux à des fins artistiques !

**L'originalité.-** Le critère central de la protection est l'auteur. L'auteur est au centre du droit d'auteur (SIC) et l'œuvre est perçue comme un prolongement de sa personne... il faut donc retrouver, dans l'œuvre, la personne de l'auteur. A cette condition, l'œuvre est originale et accède à la protection.

**Traditionnellement,** l'œuvre devait refléter la personnalité de son auteur, porter « *l'empreinte de la personnalité de l'auteur* ». Une telle définition de l'originalité se comprend dans la vision personnaliste du droit d'auteur : l'œuvre est un prolongement de l'auteur, donc, on trouve nécessairement l'auteur dans l'œuvre ! Ainsi, par exemple, le restaurateur d'une toile ancienne ne devrait-il bénéficier d'aucun droit, son travail fût-il exceptionnel, dans la mesure où ce n'est pas sa personnalité qui s'exprime, mais celle de l'auteur original.

**L'apport intellectuel propre ou l'effort personnalisé.-** Toutefois, un tel critère montre ses limites : la destination de l'œuvre ou le mérite de l'auteur sont indifférents à la protection (V° plus loin), si bien que n'importe quelle œuvre peut être protégée : une peinture, une musique, mais également l'emballage d'un produit commercial ou un panier à salade... dans ce dernier cas, il est difficile de chercher la personne de l'auteur dans la création !

La difficulté s'est faite plus pressante lorsqu'il s'est agi de protéger le logiciel. Le droit de la propriété intellectuelle est un droit globalisé, des créations pouvant circuler sans subir aucune frontière, ce qui est aujourd'hui une évidence avec le développement d'internet). Dans les années 1980, ont commencé à se développer les logiciels et la question s'est posée de leur protection. Les États-Unis d'Amérique, alors « *gros producteur* » ont permis aux entreprises de prendre l'équivalent de nos brevets d'invention sur le logiciel. Ensuite, avec la finesse diplomatique les caractérisant, ils ont tenté d'imposer ce régime au reste du monde. L'Europe, et la France ont résisté, mais convenu qu'une

protection était nécessaire. On a alors opté, en 1985, pour une protection basée sur le droit d'auteur : le logiciel devenait une œuvre protégeable au titre du droit d'auteur, moyennant quelques aménagements nécessaires (Voir plus loin).

Mais, le critère de l'originalité pose alors une sérieuse difficulté : il est difficile, et rare, de trouver la personnalité de l'auteur d'un logiciel dans le code source de celui-ci ! La protection serait donc resté lettre morte et n'aurait bénéficié qu'exceptionnellement à des programmeurs très très originaux.

La jurisprudence a alors infléchi sa position en estimant qu'un logiciel pouvait être protégé dès lors que l'on pouvait y déceler un *apport intellectuel propre*, ce qui est très large et permet de protéger à peu près n'importe quel logiciel (Voir plus loin).

Cet infléchissement a, peu à peu, contaminé le reste du droit d'auteur et, aujourd'hui, une œuvre est protégeable dès lors que l'on peut y déceler cet apport intellectuel propre.

**Les caractéristiques indifférentes.-** Aussi, dès lors que l'œuvre a une forme et est originale, elle accède à la protection. Aucun autre critère n'est nécessaire.

**Indifférence du genre.-** Les œuvres sont protégées, peu importe leur genre : comédie, genre romanesque ou dramatique, logiciel etc... peu importe.

**Indifférence de la forme d'expression.-** De même, est indifférente la forme d'expression : peinture, représentation tridimensionnelle, sculpture, musique, pourquoi pas goût ou odorat.

**Indifférence du mérite.-** Peu importe, également, le mérite de l'œuvre ou son utilité sociale. Peu importe que l'auteur ait consacré toute sa vie à son œuvre ou cinq minutes, peu importe qu'il s'agisse d'une œuvre dont l'intérêt est contestable (film pornographique).

**Indifférence de la destination.-** Enfin, la destination de l'œuvre, ce que l'on veut en faire est indifférente, pour peu que l'œuvre soit originale. Ainsi, par exemple, une carte des vins est

protégeable, bien qu'elle ait un caractère utilitaire, au même titre que le tableau d'un grand peintre ou qu'une chanson de Laurie.

La limite à l'indifférence de la destination est l'objet dont la forme est purement utilitaire : la forme de l'objet est dictée exclusivement par sa fonction. Par exemple, un rouage de montre... très rare. Mais, dans ce cas, ce n'est pas la destination qui est prise en compte, mais l'absence d'originalité : si la forme est dictée par la fonction, il n'y a pas d'apport intellectuel de la part de l'auteur.

**Formalités.-** Si l'œuvre est originale, sa protection est acquise par sa seule création à la date de celle-ci. Il n'y a donc besoin d'aucun dépôt. Cette règle a deux conséquences importantes :

D'abord, la protection – ou non – de l'œuvre ne sera appréciée que par un tribunal au moment d'un litige. Lorsqu'une personne estime que l'on a copié (contrefait) son œuvre, elle devra aller faire valoir ses droits devant une juridiction qui dira si l'œuvre est ou non protégeable, le cas échéant, si il a été porté atteinte au droit sur celle-ci.

Ensuite, il peut être utile de se ménager la preuve de la date de création. Cela peut être une publication, s'il y en a une, mais également, par exemple, une enveloppe Soleau ou une lettre recommandée avec accusé de réception que l'on s'envoie et que l'on n'ouvre pas (le cachet de la poste attestant de la date d'envoi).

## **2. Le titulaire du droit d'auteur**

**La personne de l'auteur.-** Afin d'acquérir une protection, l'œuvre doit comporter un apport intellectuel de l'auteur. Ainsi, par principe, l'auteur doit être une personne physique, la personne morale n'ayant pas de « *personnalité créatrice propre* ». Une exception législative est toutefois ménagée en cas d'œuvre collective. Se pose également l'hypothèse de la pluralité d'auteurs.

**Le principe : le titulaire originaire du droit d'auteur est l'auteur.-** L'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle, en son alinéa premier, énonce que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporel exclusif et opposable à*

*tous* ». L'auteur étant celui qui assure « *la création de l'œuvre* », c'est le créateur de l'œuvre qui est titulaire du droit d'auteur sur celle-ci.

L'œuvre protégée doit porter *l'empreinte de la personnalité de l'auteur* ou pour le moins, un *apport intellectuel propre*. Aussi, par principe, l'auteur d'une œuvre ne peut-il être qu'une personne physique.

**L'exception : l'œuvre collective.-** Si, par principe, une personne morale ne peut être auteur, par exception, la loi prévoit une attribution particulière du droit d'auteur en cas d'œuvre collective.

L'œuvre collective est « l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». C'est le cas, par exemple, d'un journal ou magazine.

En ce cas, l'œuvre collective est la propriété de la personne sous le nom de laquelle l'œuvre a été divulguée, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale.

**La pluralité d'auteurs : l'œuvre en collaboration.-** L'œuvre en collaboration est celle à « *laquelle ont concouru plusieurs personnes* ». Elle est la propriété commune des auteurs.

**L'auteur cédant.-** Enfin, il est intéressant de remarquer que si l'auteur est le titulaire originaire des droits qui sont attachés à l'œuvre en vertu du droit d'auteur, encore faut-il qu'il les ait conservés. En cas de cession, le titulaire des droits est naturellement le cessionnaire (l'acquéreur).

Il faut néanmoins remarquer que les droits moraux étant incessibles, l'auteur pourra toujours agir à ce titre, même après avoir cédé l'ensemble de ses droits patrimoniaux.

**L'œuvre de commande ou salariée ; le titulaire reste l'auteur.-** Or le cas de l'œuvre collective, l'auteur de l'œuvre reste donc titulaire des droits sur celle-ci. Cette situation peut soulever certaines difficultés dans l'hypothèse d'une œuvre de commande ou d'une œuvre salariée.

L'œuvre de commande, en premier lieu, est l'œuvre créée par un auteur pour répondre à la demande d'un tiers. Un portrait, une sculpture... Or le cas, qui peut être imaginé, d'une œuvre de collaboration, le titulaire des droits sur l'œuvre reste l'auteur, quand bien même il ne serait plus propriétaire du support de l'œuvre (remise de la toile). Ainsi, par exemple, celui qui réalise un logiciel pour un tiers, en vertu d'un contrat de commande, reste titulaire des droits sur ledit logiciel après la livraison. Dans ces hypothèses, si le commanditaire souhaite se voir transférer les droits patrimoniaux sur l'œuvre, il convient de le prévoir dans un contrat.

Il en va de même de l'œuvre salarié. L'œuvre d'un salarié, même réalisée dans l'exécution de son contrat de travail, quand bien même son contrat de travail aurait pour objet la réalisation d'œuvre, reste la propriété du salarié si on a pas prévu de transfert des droits patrimoniaux. Il est à noter que, particulièrement dans le contrat de travail, la prévision de clause de cession automatique est très difficile dans la mesure où le Code de la propriété intellectuelle interdit les cessions globales (les œuvres, mêmes futures, doivent être identifiées et leur destination précisées). En matière de créations salariées, le Code de propriété intellectuelle ménage tout de même deux exceptions : la cession automatique des droits patrimoniaux des journalistes et les logiciels créés par des salariés.

### **3. Les droits de l'auteur**

Dès lors que l'œuvre est originale, l'auteur bénéficie sur celle-ci de prérogatives économiques et morales.

**Prérogatives économiques.-** En premier lieu, comme pour la marque, l'auteur a un *droit patrimonial sur son œuvre*. A ce titre, il peut interdire à quiconque de reproduire, importer, détenir, mettre dans le commerce, exporter ou utiliser son œuvre. Ces prérogatives se traduisent, en matière de droit d'auteur par l'interdiction de reproduire, de diffuser, de représenter publiquement (séance de

cinéma, musique en discothèque), ou plus généralement d'exploiter une œuvre sans l'autorisation de l'auteur.

Ce droit d'interdire a pour corolaire le droit d'autoriser : l'auteur peut autoriser tous les usages de son œuvre et peut même céder ses droits. Il peut le faire à titre exclusif, ce qui lui interdit une nouvelle cession ou d'autoriser un tiers à user de son œuvre pour l'usage cédé.

**Prérogatives morales.-** Plus originales sont les prérogatives morales de l'auteur. Puisque l'œuvre est le prolongement de la personne de l'auteur, celui-ci a sur son œuvre des droits que l'on pourrait qualifier de droits personnels, par références aux droits de la personnalité (droit au respect de la vie privée par exemple). Ces droits présentent la particularité d'être inaliénables (ils ne peuvent être cédés ou donnés), perpétuels (ils ne s'éteignent jamais, ainsi, les descendants d'un auteur peuvent toujours agir sur leur fondement quelques siècles après le décès) et imprescriptibles (ce n'est pas parce que l'on en fait pas usage qu'ils s'éteignent). *Ainsi, l'auteur a un droit moral sur son œuvre*, qui lui confère certaines prérogatives :

**Droit de divulgation.-** D'abord, l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre, c'est-à-dire de la communiquer au public. Inversement, il a le droit de ne pas divulguer son œuvre, il peut la garder secrète, ou même la détruire. Ce droit de divulgation résiste aux obligations contractuelles éventuelles de l'auteur : un auteur s'engage, par exemple, à réaliser une peinture pour un tiers mais, en fin de compte, refuse de la livrer. Le tiers ne peut en obtenir la communication forcée, seulement obtenir le remboursement des sommes déjà versées et, éventuellement, des dommages intérêts.

**Droit à la paternité.-** Sans doute le plus important, et le plus négligé, des droits moraux, le droit à la paternité : le nom de l'auteur doit apparaître sur les œuvres ou ses reproductions. Par exemple, lorsqu'une photographie illustre un article de presse, le nom de l'auteur de la photographie doit être mentionné. La presse a pris l'habitude, et c'est indiqué dans son code de déontologie, d'utiliser la pratique des « *Droits réservés* » : à côté des photographies dont on ne connaît pas l'auteur, on indique la mention « *DR* » en conservant une somme d'argent correspondant au cas où l'auteur se

manifesterait et pour le rétribuer au titre de son droit patrimoniale (économique)... cela est oublier le droit à la paternité !

**Le droit au respect de l'œuvre.-** L'auteur a également droit au respect de son œuvre. A ce titre, il peut s'opposer à la dénaturation ou l'altération de son œuvre (par exemple, un auteur peu imposer à une mairie d'entretenir les statuts réalisées pour décorer la ville) ou à sa destruction. Ces droits peu connaître certaines limites tenant au bon sens. Ainsi, par exemple, en matière d'œuvre architecturales, l'auteur ne peut imposer une intangibilité totale à son œuvre, le propriétaire pouvant aménager son immeuble en fonction de ses besoins.

**Le droit de retrait et de repentir.-** Enfin, l'auteur peut mettre fin à l'exploitation de son œuvre, pour un motif légitime (il estime que son œuvre ne rend plus compte de sa personnalité, par exemple). Il peut donc aller chercher l'œuvre dans les mains de son possesseur, ou même propriétaire s'il a céder ses droits d'exploitation, à la condition, toutefois, de l'indemniser.

**Les exceptions aux droits de l'auteur.-** Dès lors qu'une œuvre est divulguée, l'auteur ne peut plus interdire un certain nombre d'actes, au nombre desquels :

**Les représentations privées et gratuites** effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;

**Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective** (à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde prévue pour le logiciel, ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique)

Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source :

**Les analyses et courtes citations** justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ;

Les revues de presse ;

**Les reproductions, intégrales ou partielles d'œuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue** d'une vente judiciaire effectuée en France pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les œuvres d'art mises en vente.

La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre.

Les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat.

**Durée du droit d'auteur.-** Le droit d'auteur dure toute la vie de l'auteur et subsiste à son décès, au profit de ses ayants droits, pendant 70 ans.

### **C. Le droit du logiciel**

Lorsqu'il a fallu assurer une protection au logiciel, l'Europe, et la France, ont refusé d'autoriser la brevetabilité et on choisi de protéger le logiciel au titre du droit d'auteur.

**Le logiciel : définition.-** Le terme « *logiciel* » est plus large que le seul programme qui sera exécuté en mémoire de l'ordinateur.

Le logiciel englobe, d'abord, « l'ensemble des travaux de conception aboutissant au développement d'un programme, à condition qu'il soient de nature à permettre la réalisation d'un programme d'ordinateur à un stage ultérieur ». Cela englobe les ébauches, analyses, organigrammes, modélisations... à condition qu'ils soient originaux et non dictés par la finalité (il n'y a pas plusieurs moyens de faire 2+2 et d'obtenir 4 !).

Ensuite, le logiciel comprend le programme d'ordinateur en lui-même. Ce qui est protégé est le code source, intelligible. Le fait que le code objet (code source compilé) ne soit pas intelligible est sans conséquence.



Enfin, le logiciel comprends les écrans (fenêtre, « look » du logiciel) et les polices de caractères dans la mesure où ils sont originaux, et la documentation.

Ne sont en revanche pas protégées les langages de programmation, les algorithmes et les interfaces avec l'environnement matériel.

**Le logiciel créé par un salarié : droit patrimoniaux.-** Première dérogation au droit d'auteur, sauf dispositions contraires, les droits patrimoniaux (économiques) sur le logiciel créé par le salarié reviennent à l'employeur si le logiciel a été créé dans l'exercice de ses fonctions et dans le cadre de l'activité normale de l'entreprise.

Le salarié conserve toutefois la titularité des droits s'il rapporte la preuve que le logiciel a été créé en « *dehors des activités normales de l'entreprise* » (c'est le cas, par exemple, d'un comptable qui développe un logiciel de comptabilité alors qu'il est employé dans un cabinet d'expertise : l'activité normale de l'entreprise n'est pas le développement du logiciel).

**Le logiciel créé par le salarié : droit moral.-** Seconde exception, justifiée par les nécessités de l'exploitation du logiciel par l'employeur, le droit moral de l'auteur d'un logiciel, lorsque celui-ci est salarié, est réduit à la portion congrue : il n'a plus de droit de repentir ou de retrait et ne peut s'opposer à des modifications ultérieures de son logiciel. Le droit de divulgation est inopérant du fait que l'on considère que le salarié accepte la divulgation en acceptant la mission. Demeure donc le seul droit à la paternité.

**Les exceptions au droit sur le logiciel.-** En matière de logiciel, la loi prévoit que l'auteur ne peut s'opposer à la décompilation, lorsque celle-ci est nécessaire pour assurer l'inter compatibilité entre différents logiciels, et la copie de sauvegarde, qui ne peut être que ça !

**La durée du droit d'auteur sur le logiciel.-** Enfin, lorsque l'auteur est une personne physique, la durée de protection est la même que pour le droit d'auteur classique : toute la vie de l'auteur et 70

ans après sa mort. En revanche, lorsque l'auteur est une personne morale, la protection dure 70 ans après la première publication du logiciel.

## **D. La protection des bases de données**

Les bases de données sont des recueils de données et bénéficient, à ce titre, d'une double protection. En premier lieu, une protection de leurs formes, la structure de la base de données, par le droit d'auteur. En second lieu, une protection de leurs contenus, par un droit spécifique interdisant l'exploitation d'une base de données sans l'accord de son propriétaire.

### ***1. La protection par le droit d'auteur***

**La structure de la base de donnée.-** La structure de la base de données peut être considérée comme une œuvre. C'est le cas dès lors que le choix où la disposition des matières relève d'une activité créatrice et porte l'emprunte de la personnalité de son auteur. En ce cas, la base de donnée est originale et bénéficie de la protection, quant à sa structure de la protection classique du droit d'auteur.

**Le contenu de la base de données.-** De même, le contenu de la base de données peut faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur. C'est le cas, par exemple, lorsque la base de données contient des textes ou images. Dans ce cas, le gestionnaire de la base de données, s'il n'est pas l'auteur des œuvres en cause, doit obtenir l'autorisation des auteurs pour les exploiter.

### ***2. La protection du contenu par le droit sui generis du producteur de base de donnée***

**Le droit sui generis.-** Par ailleurs, la réalisation de base de données nécessitant des investissements importants, la loi a conféré aux personnes exposant ces investissements, une protection particulière.

**Conditions de la protection-** Il est nécessaire, en premier lieu, que le contenu de la base ait nécessité un investissement matériel ou humain substantiel pour la constitution, la vérification la présentation du contenu de la base de données. Le critère d'investissement substantiel est apprécié notamment,

au regard notamment des coûts récurrents de gestion, de contrôle et de maintenance de la base de données.

N'entre pas dans le cadre de ces investissements les investissements réalisés à fin de créer ou d'obtenir les droits sur les contenus (licences, cession de droit d'auteur...).

**Prérogatives du producteur de la base de données.**- Dès lors que la base de données remplit les conditions de sa protection, son producteur peut :

En interdire l'extraction d'une partie substantielle du contenu de la base. Cette extraction peut être quantitativement (une extraction massive) ou qualitativement (une extraction des données les plus intéressantes) substantielle ;

En contrôler les conditions d'utilisation de la base de données. Le producteur peut interdire l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties non substantielle du contenu de la base de données ;

En interdire la réutilisation de la base par mise à disposition du public.

### III. DROIT DES DONNEES PERSONNELLES

---

L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 janvier 1978 (version modifiée, notamment par la loi du 7 août 2004) expose que : *« l'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques »*.

Pour mettre en œuvre ce principe, la même loi encadre le traitement des données à caractère personnel.

#### A. La loi Informatique, fichier et liberté

L'article 2 de la loi de 1978 prévoit que celle-ci *« s'applique aux traitements automatisés de données à caractère personnel, ainsi qu'aux traitements non automatisés de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers »*, sans, toutefois, s'appliquer aux *« traitements mis en oeuvre pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles »*.

Remarquons que la loi informatique, fichiers et liberté s'applique non seulement aux traitements automatisés, par exemple, réalisé par moyen informatique, mais aussi aux traitements non automatisés, tels que les fichiers papiers.

Il convient donc de définir les données à caractère personnel, les traitements et les fichiers.

##### 1. Donnée à caractère personnel

**Donnée à caractère personnelle.-** Selon l'article 2 de la loi, *« 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 ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. 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 »*.

Par exemple, le nom est une donnée permettant directement d'identifier une personne physique alors que le numéro de téléphone est une donnée indirectement nominative.

Plus récemment, si la CNIL estime que l'adresse IP est une donnée à caractère personnel, la Cour de Cassation a pu juger (une fois, dans un contexte particulier : adresses IP relevées « *à la main* » par un huissier), que ce n'est pas le cas, seuls les FAI pouvant identifier les abonnés (ils peuvent, donc, être identifiés©). Nous noterons toutefois que 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 tout autre personne* ». Pour exemple, dans le cas de l'HADOPI, nous pourrions estimer qu'il s'agit de données personnelles puisque la collecte a précisément pour objectif l'identification et qu'elle dispose de tous les moyens nécessaires pour ça...

Cette définition permet, en outre, d'exclure du champ d'application de la loi les données ne permettant pas d'identifier les personnes physiques. Par exemple, le traitement de données anonymes à des fins statistiques n'est pas soumis à ces dispositions.

## **2. Traitement**

**Traitement de données.-** Selon la loi Informatique, fichiers et libertés, « *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, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction* ».

Ainsi, le traitement de données à caractère personnel n'est pas nécessairement informatisé, ni même automatisé.

Le traitement peut être automatisé : ce peut être un traitement informatique, mais cela peut également être des micro fiches, des fiches perforées, des bornes d'autoroute ou même un répertoire de PDA.

Le traitement peut également être manuel : ce peut être n'importe quel type de support, comme, par exemple, des fiches en cartons, pourvu qu'elles soient organisées en fichiers.

## **3. Fichier**

**Fichier.-** « *Constitue un fichier de données à caractère personnel tout ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés* ».

## B. Les obligations du responsable du traitement des données

**Le responsable du traitement :** *« Le responsable d'un traitement de données à caractère personnel est, sauf désignation expresse par les dispositions législatives ou réglementaires relatives à ce traitement, la personne, l'autorité publique, le service ou l'organisme qui détermine ses finalités et ses moyens ».*

La loi informatique, fichiers et liberté met à sa charge un certain nombre d'obligations préalablement au traitement (1), lors de la collecte des données (2) ou lors de leur traitement (3).

### 1. Formalités préalables

Par principe, le traitement doit faire l'objet d'une déclaration préalable (a), mais, dans certaines hypothèses, elle est soumise à autorisation (b).

#### **a) Principe : la déclaration préalable**

**La déclaration préalable.-** Par principe, les traitements **automatisés** de données à caractère personnel doivent faire l'objet d'une déclaration à la CNIL.

Toutefois, sont dispensés de déclaration :

- La tenue d'un registre en vertu de dispositions légales ou réglementaires, ouvert à la consultation du public ou de toute personne justifiant d'un intérêt légitime.
- Les traitements mis en œuvre par une association et concernant exclusivement des informations nécessaires à la gestion de ses membres.

**Les normes simplifiées.-** Pour les traitements les plus courants, la CNIL peut édicter des normes simplifiées. Lorsqu'un traitement de données à caractère personnel correspond à l'une de ces normes, le responsable du traitement peut se contenter de déclarer à la CNIL que son traitement correspond à une de ces normes.

La CNIL peut également dispenser certains traitements, ne portant pas atteinte à la vie privée des personnes concernées, de déclaration.

#### **b) Exception : la procédure d'autorisation**

**La procédure d'autorisation.-** Certains traitements, en raison de la sensibilité des données traitées, doivent faire l'objet d'une autorisation de la CNIL. Il s'agit :

- des traitements relatifs aux infractions ;
- des traitements automatisés susceptibles, du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités, d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire ;
- des traitements automatisés ayant pour objet l'interconnexion de fichiers relevant de personnes morales gérant un service public ou dont les finalités correspondent à des intérêts public différents ; et ceux relevant d'autres personnes mais dont les finalités principales sont différentes ;
- des traitements comportant parmi les données le numéro d'inscription des personnes concernées au registre national d'identification des personnes physique et ceux qui requièrent une consultation de ce répertoire ;
- des traitements automatisés comportant des appréciations sur les difficultés sociales des personnes ;
- des traitements automatisés comportant des données biométriques nécessaire au contrôle de l'identité des personnes.

**Autorisation pour les données médicales.-** Les données médicales sont des données sensibles et, en tant que telles, certains traitements sont autorisés, mais sont soumis à la procédure d'autorisation préalable. Il en va ainsi :

- des traitement statistiques pour lesquels les données sont appelés à faire l'objet d'une anonymisation à bref délai ;
- des traitements justifiés par l'intérêt public ;
- des traitements automatisés portant sur des données génétiques (exception de ceux mis en œuvre par des médecins ou biologistes et qui sont nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux ou de l'administration de soins ou traitements, qui, eux ne sont pas soumis à autorisation).

**Régime.-** La CNIL doit se prononcer dans un délai de deux mois, renouvelable une fois sur décision motivée de son président. Si la commission ne se prononce pas dans ce délai, l'autorisation est réputée rejetée (article 25).

### **c) Dispositions communes**

La demande d'autorisation ou la déclaration doivent contenir toutes les informations utiles, notamment : identification du responsable du traitement, données traitées, finalités du traitement, éventuelles interconnexions, durées de conservation etc...

### **2. Obligations lors de la collecte**

La collecte de données à caractère personnel doit respecter certains caractères (a). Par principe, le responsable du traitement doit recueillir l'accord préalable de la personne concernée (b).

#### **a) Caractères de la collecte**

**Les caractères de la collecte.**- La collecte doit, d'abord, être **licite** et **loyale**. Cela signifie que le responsable du traitement ne peut pas capter des données à caractère personnel par déloyauté.

Les finalités du traitement, ensuite, doivent être **déterminées, explicites et légitimes**. Les finalités du traitement détermineront la durée de conservation des données, les traitements possibles sur ces données (qui devront correspondre aux finalités). En outre, les données recueillies ne pourront pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités (Sauf pour un traitement à des fins statistiques, de recherche scientifique ou historique considéré compatible).

Les données recueillies doivent encore être **adéquates, pertinentes** et **non excessives** au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leur traitement ultérieurs.

En outre, les données doivent être **exactes, complètes** et si nécessaire **mise à jour**. Le responsable du traitement doit prendre toutes les mesures pour que les données inexacts ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées soit effacées ou rectifiées.

Enfin, les données sont conservées sous une forme permettant l'identification de la personne concernée pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées.



### **b) Information de la personne concernée**

**Information de la personne concernée.-** Lors de la collecte, le responsable du traitement doit informer la personne concernée, sauf si elle l'a été au préalable :

- de l'identité du responsable du traitement ou de son représentant,
- des finalités,
- du caractère obligatoire ou facultatif des réponses,
- des conséquences éventuelles, à son égard, d'un défaut de réponse,
- des destinataires ou catégorie de destinataires des données,
- des éventuels transferts de données à destination d'un Etat non membre de la communauté européenne,
- de ses droits vis à vis du traitement (V° plus loin).

Pour les réseaux : l'information de la finalité de l'accès à des informations contenues sur son ordinateur ou de l'enregistrement d'informations et moyen dont on dispose pour s'y opposer.

Cette information n'est pas nécessaire si le traitement a pour unique finalité de permettre ou faciliter la communication électronique ou est nécessaire à la fourniture d'un service de communication en ligne expressément demandé par l'utilisateur.

**Données recueillies auprès de tiers.-** Lorsque les données ne sont pas recueillies auprès de la personne concernée, le responsable du traitement doit fournir les informations précitées dès l'enregistrement des données ou, en cas de communication à un tiers, au plus tard lors de la première communication.

Cette obligation ne s'applique pas aux traitements à des fins historiques, scientifiques ou statistiques si la finalité première du traitement était autre.

Elle ne s'applique pas non plus lorsque la personne concernée est déjà informée, quand son information se révèle impossible ou demande des efforts disproportionnés par rapport à l'intérêt de la démarche.

**Anonymisation.-** Lorsque les données sont appelées à être anonymisées à brèves échéances, le responsable du traitement peut se contenter de donner à la personne concernée les éléments concernant son identité et les finalités du traitement.

### **c) Accord préalable de la personne concernée**

**L'accord préalable de la personne concernée.-** Le responsable du traitement doit, par principe, avoir reçu le consentement de la personne concernée.

Par exception, l'accord préalable de la personne concernée ne sera pas nécessaire lorsque le traitement est nécessaire :

- pour le respect d'une obligation légale incombant au responsable du traitement ;
- pour la sauvegarde de la vie de la personne concernée ;
- pour l'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement ;
- pour l'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ;

### **3. Obligation lors du traitement**

Une fois les données collectées, leur traitement doit se faire dans le respect des finalités déclarées, ce qui suppose que leur durée de conservation ne dépassera pas la durée nécessaire à leur réalisation (b). Le responsable du traitement a, en outre, une obligation de sécurité (a).

#### **a) Obligation de sécurité**

**Obligation de sécurité.-** *« Le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès ».*

**Sous traitant-** *« Enfin, les données à caractère personnel ne peuvent faire l'objet d'une opération de traitement de la part d'un sous-traitant, d'une personne agissant sous l'autorité du responsable du traitement ou de celle du sous-traitant, que sur instruction du responsable du traitement ».*

Le sous traitant est *« toute personne traitant des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement »*. En outre, le sous traitant doit présenter les garanties suffisantes pour assurer la sécurité et la confidentialité des données traitées, sans que cela ne le décharge de son obligation de veiller au respect de ces mesures. Le contrat de sous traitance

doit, enfin, préciser la méthode de traitement des données à caractère personnel et le fait que le sous-traitant ne peut agir que sur instruction du responsable du traitement.

#### **b) Durée de conservation**

**Conservation pour les finalités.-** Par principe, les données à caractère personnelle ne peuvent être conservées *« sous une forme permettant l'identification des personnes concernées »* que *« pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées »*.

**Exception.-** Par exception, elles peuvent être conservées après cette durée en vue d'être traité à des fins historiques, statistiques ou scientifiques. Le choix des données ainsi conservées est opéré dans les conditions prévues à l'article L.212-4 du Code du patrimoine.

En outre, *« les traitements dont la finalité se limite à assurer la conservation à long terme de documents d'archives dans le cadre du livre II du même code sont dispensées des formalités préalables à la mise en oeuvre des traitements prévue (Cf. infra) »*.

#### **c) Modification des finalités**

**Modification des finalités.-** Il peut être procédé à un traitement ayant des finalités autres que celles prévues :

- soit avec l'accord exprès de la personne concernée ;
- soit avec l'autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ;
- soit, pour les données sensibles, pour les traitements nécessaires à la recherche dans le domaine de la santé (voir sur la recherche dans le domaine de la santé) ou les traitements justifiés par l'intérêt public.

### **C. Les droits des personnes**

**La personne concernée :** La personne concernée par un traitement de données à caractère personnel est celle à laquelle se rapportent les données qui font l'objet du traitement.

La loi permet à ces personnes de s'opposer à ce traitement pour des raisons légitimes, de s'informer sur l'existence du traitement et sur les données traitées (1). Cependant, en raison du caractère sensible de certaines données, dont les données à caractère médical, ces droits peuvent être aménagés (2).

## **1. Principe**

**Droit d'opposition.-** Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement, sauf lorsque ce traitement répond à une obligation légale.

Elle a, en outre, le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciales, par le responsable du traitement actuel ou celui d'un traitement ultérieur (Article 38).

**Droit d'information.-** Les personnes concernées ont droit à la curiosité. Elles peuvent interroger le responsable du traitement pour savoir :

- si leurs données font l'objet de ce traitement ;
- les finalités du traitement ;
- les catégories de données personnelles traitées ;
- les destinataires de ces données ;
- les informations relatives aux transferts de données à destination d'un État non membre de la communauté européenne ;
- les éléments permettant de contester la logique du traitement en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci ;
- la communication des données les concernant (sous forme accessible). Cette communication peut faire l'objet d'un paiement qui correspond aux frais de mise à dispositions.

Les personnes concernées peuvent saisir le juge compétent, y compris en référé, pour éviter tout risque de dissimulation ou de disparition des données.

Le responsable du traitement peut s'opposer aux demandes manifestement abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique. En cas de contestation, la charge de la preuve du caractère manifestement abusif des demandes incombe au responsable auprès duquel elles sont adressées (article 39).

**Droit de rectification.-** Les personnes concernées, ou leurs héritiers, peuvent demander au responsable du traitement que les données les concernant soient rectifiées, complétées, mises

à jour, verrouillées ou effacées si elles sont inexactes, équivoques, périmées, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite.

Le responsable du traitement doit justifier de la correction et, le cas échéant, la personne concernée peut obtenir le remboursement des droits d'accès aux données. Si les données ont été transmises à des tiers, le responsable du traitement doit accomplir les diligences utiles afin que ce tiers opère la mise à jour (article 40).

## ***2. Données sensibles***

**Droits d'information et d'accès indirecte.-** Lorsqu'un traitement intéresse la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique, le droit d'accès est indirect. La demande d'accès doit être adressées à la CNIL qui désigne l'un de ses membres pour mener les investigations utiles et procéder aux modifications nécessaires. Il est notifié au requérant qu'il a été procédé aux vérifications.

Lorsque la commission constate, en accord avec le responsable du traitement, que la communication des données ne met pas en cause les finalités du traitement, elles peuvent être communiquées au requérant.

Par exception, lorsque le traitement contient des données personnelles dont la communication ne mettrait pas en cause ses finalités, l'acte réglementaire le créant peut prévoir que la communication de ces seules données directement au requérant est possible.

## IV. DROIT DE L'INTERNET

---

S'il n'existe pas, à proprement parler, de droit de l'informatique, cela est encore plus vrai d'un « *droit de l'internet* »... Internet est un réseau informatique et devrait être neutre, un simple outil. Ce n'est toutefois pas l'avis du législateur qui s'obstine, depuis une dizaine d'années, à tenter de créer des lois d'exception, avec plus ou moins de succès.

Pourtant, à la fin des années 90, lorsque l'utilisation du réseau internet a commencé à se populariser, on a pu parler de « *zone de non droit* » ou de « *vide juridique* ». Ce n'était, déjà à l'époque, pas vrai : le droit, plus que la nature, ne supporte pas le vide. Il faut entendre ici par « *supporter* », être le support ! Il n'existe pas de « *vide juridique* » en quelque matière que ce soit, spécialement s'agissant de l'utilisation du réseau Internet.

On se rappellera la première partie de cours et, plus spécialement, le principe *speciala generalibus*... : lorsqu'il n'existe pas de loi spéciale, c'est à la loi générale de s'appliquer.

Ainsi, par exemple, l'une des premières décisions concernant directement les acteurs du réseau Internet est intervenue dans un contentieux opposant un mannequin dont des photographies dénudées avaient été mise en ligne sur un site personnel. Ledit mannequin a attaqué l'hébergeur (ALTERN.ORG) pour violation de la vie privée et atteinte à l'image. Elle a obtenu une substantielle indemnisation, le Tribunal fondant sa condamnation sur l'article 1382 du Code Civil (déjà mentionné dans ce cours), qui dispose que :

« *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

Aujourd'hui, le réseau Internet est devenu d'usage courant et les agents économiques – ou non – intervenant sur ce réseau lui inventent sans cesse de nouveaux usages :

- Courriel ;
- Blog ;
- Messagerie instantanée ;
- Vidéoconférence (fonctionnelle !) ;
- Micro blogging ;
- Web 2,0

- ...

Tous ces usages sont régis par le droit et il n'existe, en aucun cas, de « *vide juridique* » !

Aussi, est-ce le droit commun qui a vocation à s'appliquer aux utilisations du réseau Internet. C'est le cas, particulièrement, s'agissant des contenus (A) ou du courrier électronique (B).

Toutefois, lorsque le législateur estime le droit commun inadapté, il peut intervenir pour créer un droit spécial, tel que les dispositions encadrant la responsabilité des acteurs du réseau Internet (C).

## **A. Les contenus (illicites)**

Le réseau internet est un réseau informatique et, en tant que tel, ne contient rien d'autre que de l'information... L'information est nécessairement dématérialisée et c'est, logiquement, cette information qui est source de contentieux. De fait, cette information peut être l'objet de divers droits ou causer différents types de dommages.

Pour plus de simplicité, on parlera de contenu (par opposition au contenant, qui sera évoqué dans le B de cette partie).

Ainsi, tous les contenus ne sont pas librement utilisables (ou réutilisables). L'information peut être indisponible pour plusieurs raisons :

- Protection de l'ordre public : certaines informations sont indisponibles par ce que leur diffusion pourrait porter atteinte à un intérêt public : exemple, la sûreté de l'État, la diplomatie etc...
- Protection d'intérêts privés : certaines informations sont indisponibles par ce que leur diffusion (non contrôlée) porte atteinte à des intérêts privés : propriété intellectuelle, vie privée etc...

C'est cette seconde catégorie qui nous intéresse particulièrement, celle des contenus dont l'usage pourrait porter atteinte à des intérêts privés : photographies, vidéo, musique etc... Ces contenus peuvent engager la responsabilité de ceux qui les utilisent sur plusieurs fondements, que ce soit l'atteinte au droit de propriété intellectuelle (1), aux droits des personnes (2) ou autres (3).

### ***1. Les droits de propriété intellectuelle***

Lorsqu'un contenu disponible sur le réseau internet est illicite en ce qu'il porte atteinte à un droit de

propriété intellectuelle, c'est généralement au titre du droit d'auteur (b), même si la marque peut, parfois, être en cause (a).

#### **a) La marque : rappel**

**Définition.-** La marque est « *signe sensible apposé sur un produit ou utilisé ou utilisé avec un produit ou service, dont la finalité est de le distinguer des produits ou services similaires émanant des concurrents* ».

**Actes interdit sur une marque.-** La marque interdit aux tiers, sans l'accord du titulaire de celle-ci de :

- Faire usage d'une marque identique pour désigner des produits identiques à ceux désignés dans l'enregistrement ;
- Faire usage d'une marque identique ou de l'imitation d'une marque pour désigner des produits identiques (en cas d'imitation) ou similaires, à la condition de créer un risque de confusion.

Il sera également rappelé l'exception au principe de spécialité bénéficiant aux marques notoires, lesquelles ne peuvent pas être utilisées, même en dehors des produits ou services désignés dans l'enregistrement, si cet usage est de nature à porter préjudice au titulaire de la marque ou si cet usage constitue une exploitation injustifiée de ladite marque.

#### **b) Le droit d'auteur : rappel**

Le droit d'auteur appartient à l'auteur d'une œuvre originale (l'originalité étant caractérisée par le fait que l'on trouve, dans l'œuvre, l'emprunte de la personnalité de l'auteur, à tout le moins, un apport intellectuel propre).

A cette seule condition l'auteur de l'œuvre se voit conférer le droit de :

- D'interdire à quiconque de reproduire, importer, détenir, mettre dans le commerce, exporter ou utiliser son œuvre. Ces prérogatives se traduisent, en matière de droit d'auteur par l'interdiction de reproduire, de diffuser, de représenter publiquement (séance de cinéma, musique en discothèque), ou plus généralement d'exploiter une œuvre sans l'autorisation de l'auteur.
- D'autoriser tous les usages de son œuvre et peut même céder ses droits. Il peut le faire à titre exclusif, ce qui lui interdit une nouvelle cession ou d'autoriser un tiers à user de son œuvre pour l'usage cédé.



Il dispose par ailleurs de prérogatives morales consistant en :

- Un droit de divulgation, l'auteur étant le seul à pouvoir décider ou non de la divulgation de son œuvre ;
- Un droit de paternité, l'auteur devant toujours être indiqué comme auteur lors de la diffusion de son œuvre (corolaire, l'auteur peut s'opposer à ce qu'il soit mentionné comme auteur) ;
- Le droit au respect de l'œuvre, qui permet à l'auteur de s'opposer à la dénaturation ou l'altération de son œuvre (par exemple, un auteur peut imposer à une mairie d'entretenir les statuts réalisées pour décorer la ville) ou à sa destruction ;
- Le droit de retrait ou de repentir, permettant à l'auteur de retirer son œuvre s'il estime qu'elle ne le représente plus (sous réserve d'indemniser le propriétaire).

**Les exceptions aux droits de l'auteur.-** Dès lors qu'une œuvre est divulguée, l'auteur ne peut plus interdire un certain nombre d'actes, au nombre desquels :

- **Les représentations privées et gratuites** effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;
- **Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective** (à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde prévue pour le logiciel, ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique)
- Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source ;
- **Les analyses et courtes citations** justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ;
- **Les revues de presse ;**
- **Les reproductions, intégrales ou partielles d'œuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue** d'une vente judiciaire effectuée en France pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les œuvres d'art mises en vente.
- **La parodie, le pastiche et la caricature**, compte tenu des lois du genre.
- Les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat.

**Durée du droit d'auteur.-** Le droit d'auteur dure toute la vie de l'auteur et subsiste à son décès, au profit de ses ayants droits, pendant 70 ans.

### **c) Application au réseau**

Le droit d'auteur s'étend ainsi à un grand nombre d'œuvre... musique, c'est évident, mais également paroles de chanson, textes, photographies, images etc... le droit d'auteur est partout !

L'utilisation de contenus, lorsque l'on est pas auteur, oblige donc à respecter toutes les règles précédentes. *A minima* :

- il faut demander l'autorisation à l'auteur, parfois moyennant rétribution ;
- il faut indiquer le nom auteur (à côté d'une photographie par exemple).

Attention, donc, aux images, aux mises en pages, aux illustrations sonores (même dans les vidéos « maison »).

Ainsi, par exemple, reprendre le site internet d'un tiers peut être constitutif de contrefaçon et entraîner des conséquences économiques et pénales graves.

De même, il n'est pas possible d'utiliser la marque d'un tiers pour désigner des produits identiques ou similaires. C'est le cas, par exemple, de l'enregistrement d'un nom de domaine reproduisant la marque d'un tiers pour vendre des produits ou services identiques ou similaires, la jurisprudence retenant systématiquement un risque de confusion.

De la même manière, l'utilisation de marque par le système GOOGLE ADWORDS est constitutive de contrefaçon lorsque cette utilisation a pour objet de conduire les internautes sur un site proposant des produits identiques ou similaires.

C'est encore le cas de toute utilisation à des fins commerciales d'une marque notoire.

Mais, être l'auteur d'une œuvre ne suffit pas forcément à avoir les droits sur celle-ci, d'autres droits peuvent s'y greffer, comme le droit à l'image de la personne ou du bien (Cf. Plus loin) ou un autre droit d'auteur : par exemple, la photographie d'une maison, qui peut être une œuvre architecturale, peut contrevenir aux droits de l'architecte ! Par exemple, une photographie du pont de Millau ne peut être diffusée !

De même, le sous titrage ou la traduction sont des atteintes au droit d'auteur...

Il convient également de se méfier des atteintes « classiques » au droit d'auteur (ou au marque), qui connaissent des développement important sur le réseau : vente de *faux* produits de luxe, de faux médicaments etc...

**La sanction** de l'atteinte au droit d'auteur ou à la marque (la contrefaçon) est pénale et civile : pour

le volet pénal, 300 000 euros et 3 ans d'emprisonnement, pour le volet civil, réparation des dommages.

## **2. Le droit des personnes**

Les atteintes au droit d'auteur ne sont pas les seules infractions qui peuvent intervenir sur le réseau internet ! Les atteintes aux droits des personnes se généralisent et se banalisent sans qu'il y ait des lobbys ou des grands intérêts privés à défendre.

Ces atteintes peuvent être constitutives d'infractions et, surtout, sont le fait de tout un chacun.

Chaque personne a droit au respect de sa vie privée. Ce principe, consacré par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et par l'article 9 du Code civil impose que la vie privée de chacun soit respectée. Or, sur Internet, il est possible de constater un grand nombre d'entorse à ce principe.

**La captation de l'image et de la voix.**- En premier lieu, le fait de capter, transmettre ou enregistrer l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé sans son accord (accord implicite lorsque la personne l'a vu et ne s'y est pas opposée) est une infraction pénale, sanctionnée d'un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

**La captation de paroles**, prononcées par une personne à titre privé ou confidentiel, à l'insu de cette personne est, de même un délit, sanctionné des mêmes peines.

Ces incriminations incluent donc, nécessairement, les « *caméra cachés* » ou les photographies volées avec les téléphones portables, les photos prises en cachette lors de soirées etc...

**Le droit au respect de la vie privée** ne se limite, toutefois, pas aux images (ou paroles) *volées*. Même si la personne est d'accord pour être l'objet d'une photographie, cela n'est pas dire qu'il est d'accord pour la diffusion de celle-ci.

Toute personne peut s'opposer à la diffusion d'une image (ou vidéo, ou parole) prise alors qu'elle est dans le cadre de sa vie privée, ce qui est le cas lorsque la personne est chez elle, mais également dehors, au restaurant, en discothèque etc...

Plus récemment, la Cour de Cassation a pu affirmer que l'autorisation donnée par une personne pour diffuser son image ne vaut pas autorisation de diffuser son nom et son grade. La Cour se fonde, pour cette solution, non sur la vie privée, mais sur le contrat passé entre le diffuseur (une chaîne de TV) et la personne qui a donné son accord pour la diffusion de son image. Cela est dire que, comme il est nécessaire pour le droit d'auteur de prévoir le champ d'une cession ou d'une licence, il est nécessaire

pour utiliser un attribut de la personnalité d'obtenir une autorisation pour chaque attribut et chaque utilisation.

**Le Web 2.0, les bogs, etc....-** Il est à noter que l'usage de certains outils sur Internet entraîne des violations quasi-systématique de ces principes : WEB 2.0, blog, forum etc...

Les utilisateurs, de plus en plus, tiennent des blogs, interviennent sur des sites communautaires ou forums etc... A cette occasion, ils diffusent informations concernant leur vie privée, photographies etc...

Seulement, si une personne est libre de révéler sa vie privée, elle n'a pas le droit de révéler la vie privée de ses amis... On peut dire que l'on est allé, jeudi dernier, en discothèque, mais on n'a pas le droit de dire avec qui ! On peut afficher des photographies de soit dans un état d'imprégnation alcoolique avancé, mais pas de ses amis ou accompagnant (dans ce cas, prévoir de flouter). Il en va de même de tous les contenus qui pourraient révéler des informations sur la vie privée de tiers.

### ***3. Autres empêchements à la disponibilité de l'information***

Outre les atteintes aux droits des personnes et aux droits de propriété intellectuelle, il convient de prendre en compte d'autres droits qui interdisent, ou encadrent, l'usage d'un contenu.

**Le secret professionnel.-** Le secret professionnel fait obligation à son dépositaire de garder secrète toute information dont il a eu communication soit par état, soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire.

Cette obligation est très large et englobe toute information qui pourrait être communiquée par un tiers dans le cadre professionnel, même personnelle et sans rapport directe avec l'intervention. Cette obligation pèse sur toute personne agissant dans un cadre professionnel : salarié, entrepreneur, stagiaire etc...

Il convient d'ajouter que le fait de publier ou transmettre un contenu obtenu en violation du secret professionnel est un recel de violation du secret professionnel, puni des mêmes peines.

**L'obligation de loyauté contractuelle.-** Proche du secret professionnel, la jurisprudence sanctionne le manquement à une obligation de loyauté contractuelle lorsqu'une personne révèle des informations à caractère confidentiel obtenues dans le cadre d'une relation contractuelle.

C'est le cas, par exemple, d'informations confidentielles sur le fonctionnement d'un appareil ou logiciel communiquées par un client ou un partenaire dans le cadre de l'exécution d'un contrat. Il en va de même de la communication d'informations internes sur une entreprise par un ancien salarié.

**Le secret des correspondances privées.-** De même, le secret des correspondances privées interdit l'interception ou la divulgation de correspondances privées : courriel, messages échangées sur MSN ou ICQ... La sanction pénale est de 45 000 euros et un an d'emprisonnement (il en va de même de l'ouverture des courriers électronique (ou non) de ses amis, de l'espionnage sur MSN etc...- voir après sur le courrier électronique).

**Le droit à l'image des biens.-** Est encore interdit, sauf accord du propriétaire, l'utilisation de l'image d'un bien qui n'est pas protégé par le droit d'auteur (immeuble par exemple), si cette utilisation est susceptible de porter atteinte à l'exploitation du bien (exemple, œuvre architecturale).

A l'inverse, les œuvres détenus par les musées nationaux, lorsqu'elles ne sont plus soumises au droit d'auteur, peuvent faire l'objet de représentation... mais soumises au règlement intérieur du musée quant aux conditions d'accès... ce qui permet aux musées de monnayer leur reproduction !

**Les données personnelles** sont également, faut-il le rappeler, protéger. Aussi, l'utilisation des données personnelles traitées doit être conforme aux finalités déclarées par le responsable du traitement. A ce titre, ces données ne peuvent être publiées sans accord préalable des personnes concernées, ni ne peuvent être détournées pour d'autres usages que ceux initialement déclarés.

Pour présenter les principales contraintes, cette liste n'en est toutefois pas exhaustive. En conclusion, il est nécessaire, avant de mettre un contenu en ligne, de s'assurer de l'origine des contenus et de l'accord des personnes auteurs ou concernées par ceux-ci.

## **B. Le courrier électronique**

L'usage du courrier électronique est un parfait exemple de ce que le droit ne connaît pas de vide, le juge ayant pu, sans difficulté aucune, appliquer au courrier électronique les dispositions relatives aux correspondances privées.

Autre démonstration de l'adaptation du droit commun aux nouveaux outils, le juge a défini un régime spéciale pour le courrier électronique au sein de l'entreprise- dans le respect du droit commun – permettant d'adapter les contraintes inhérentes au secret des correspondances avec les contraintes inhérentes au monde de l'entreprise.

De fait, c'est dans le cadre de l'utilisation du courrier électronique au travail que s'est posée, en premier lieu, la question de la qualification du message électronique : un employeur prend connaissance d'un courrier électronique envoyée par le salarié à un ami et, mécontent de son

contenu, licencié ledit salarié. La question qui s'est posée et celle de savoir si l'employeur pouvait prendre connaissance de ce courriel.

Si certains mécanismes propres au droit du travail auraient pu permettre de répondre à cette question (par exemple, l'employeur ne peut surveiller son salarié sans information préalable, ni restreindre ses libertés de manière disproportionnée), c'est sur le respect de la vie privée du salarié et, plus précisément, le secret des correspondances privées que c'est orienté le débat. Le juge (la cour de cassation) a estimé que le droit au respect de la vie privée et des correspondances privées interdisent ce contrôle du contenu des messages électroniques et, par voie de conséquence, a estimé le licenciement injustifié.

Toutefois, l'usage du courriel au sein de l'entreprise sera étudié dans la partie « *informatique dans l'entreprise* » de ce cours de sorte que nous nous cantonneront ici à l'étude générale du courriel.

Le courrier électronique a naturellement pu être qualifié de correspondance par voie de communication électronique, pouvant être privée, de sorte qu'il suffit de se reporter au régime juridique afférent.

### **1. Définitions**

Il convient de distinguer le service, le courrier électronique, qui permet de transmettre des messages électroniques et ces derniers.

#### **a) Courrier électronique**

Le courrier électronique est défini par le décret du 22 août 1997 portant publication de la convention postale universelle signée à Séoul le 14 septembre 1994 et par l'arrêté de terminologie paru au journal officiel du 2 décembre 1997 sous le titre « *Termes relatifs au courrier électronique* ». Ces deux textes définissent le courrier électronique comme étant un service de transmission par voie de télécommunications, matérialisé par un réseau informatique, de messages électroniques et non le message en lui-même.

Nous noterons que la directive vie privée et communication électronique du 12 juillet 2001 définit le courrier électronique comme étant « *tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère* ». Cette définition, qui fait le confusion entre le service permettant d'acheminer le message et le

message lui-même, a été reprise dans le projet de loi « *pour la confiance dans l'économie numérique* » tel qu'adopté par le Sénat le 13 mai 2004.

#### ***b) Message électronique***

L'arrêté de terminologie du 2 décembre 1997 donne du message électronique la définition suivante : « *document saisi, consulté ou transmis au moyen du courrier électronique* ». Nous pouvons ajouter à cette définition que la « *communication écrite peut être complétée par un fichier numérique au contenu variable par voie d'attachement [...]* ».

Le message électronique est donc un document informatisé transmis par voie de courrier électronique. Il se compose généralement de plusieurs éléments.

Ainsi, le service de courrier électronique utilisera alors une **adresse électronique**. Celle-ci est définie par l'arrêté de terminologie du 2 décembre 1997 comme étant la « *désignation conventionnelle permettant l'identification d'un utilisateur du courrier électronique et l'acheminement des messages qui lui sont destinés* ».

Nous remarquerons que cette définition nous éclaire sur une caractéristique majeure de l'adresse électronique, à savoir que celle-ci est unique puisqu'elle permet l'identification d'un utilisateur du courrier électronique.

Techniquement, le message électronique est composé de deux parties : l'entête et le corps du message. Le corps du message est constitué du contenu du message et l'entête, d'informations nécessaires à son acheminement, tels que le nom et l'adresse électronique de l'expéditeur (champ X-sender et From), les adresses des destinataires (Champ To) ainsi que le sujet du message. Les adresses électroniques des destinataires et expéditeurs sont indispensables à l'acheminement du message et au traitement de la réponse que lui apportera le destinataire le cas échéant. Le sujet du message permet, quant à lui, au destinataire de connaître le sujet, le thème du message avant même de prendre connaissance de son contenu.

Enfin, le message peut être accompagné d'un ou plusieurs fichiers joints. Ceux-ci peuvent être des fichiers de toute nature, comme, par exemple, des fichiers vidéo, audio ou texte. Ces documents seront appelés « pièces jointes » et nous diront alors qu'ils sont transmis par courrier électronique par voie d'attachement à un message.

## **2. La correspondance privée**

### **a) La correspondance**

Il n'existe pas de définition légale de la correspondance, toutefois, la jurisprudence et les dispositions pénales relatives au secret des correspondances permettent de proposer une définition. Ainsi, la correspondance serait une relation, écrite ou non, entre deux ou plusieurs personnes, qu'il s'agisse, par exemple, de lettres, de messages, de plis fermé ou ouverts ou encore, de relation téléphonique.

### **b) La télécommunication**

Il est à relever que, depuis 1991, la loi distingue entre les correspondances privées « *simple* » et les correspondances privées émises par voie de communications électroniques.

Notons cependant que le terme de « *communications électroniques* »

La loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par voie de communication électronique offre une protection particulière aux correspondances émises par voie de communication électronique. La communication électronique est définie, par l'article 32 du code des postes et communication électronique comme étant « *toute transmission, émission ou réception d'écrit, d'images, de sons ou de renseignements de toutes nature par fils, optique, radioélectricité ou autre système électromagnétiques* ».

Le message transmis par courrier électronique est bien une transmission de renseignements de toute nature par fils, optique, radioélectricité ou autre système électromagnétique. Ainsi, le message électronique doit être qualifié de correspondance transmise par voie des télécommunications au sens de la loi du 10 juillet 1990.

Dès lors, le message transmis par courrier électronique doit être qualifié de correspondance émise par voie de télécommunication (ou de communication électronique). Il bénéficiera alors, dès lors qu'il est privé, de la protection que la loi accorde aux correspondances privées.

## **3. Le caractère privé du courrier électronique**

Traditionnellement, il est considéré que la correspondance privée est caractérisée par l'identification de son destinataire ainsi que par une individualisation de son contenu. Ainsi, il convient de voir ces deux points.



#### **a) Le critère relatif au destinataire**

La circulaire du 17 février 1988, dans l'alinéa trois de son article premier, subordonne la qualification de correspondance privée à l'existence d'un ou plusieurs destinataires « *déterminés et individualisés* ».

A l'inverse, lorsque le « *message est destiné indifféremment au public en général, ou à une catégorie de public, c'est-à-dire un ensemble d'individus indifférenciés [...]* » ou encore lorsque « *le message transmis est à l'origine mis à disposition de tous les usagers du service [...]* » nous sommes en présence d'une communication audiovisuelle. De même, l'article 226-15 du code pénal mentionne que la correspondance doit être « *adressée à des tiers* ».

Dans le cas du message transmis par courrier électronique, cela ne pose pas de problèmes puisque l'identification du destinataire, par son adresse électronique, procède de la définition même du message transmis par courrier électronique.

Il sera toutefois à noter que l'envoi de message à un grand nombre de tiers peut faire perdre au message son caractère privé, et donc la protection afférente.

#### **b) Le critère relatif au contenu**

La teneur du contenu participe de la définition de correspondance privée. Dans ce sens, la circulaire du 17 février 1988 définit la communication audiovisuelle par opposition à la correspondance privée. Ainsi, pour accéder à la qualification de correspondance privée, le contenu du message doit être « *fonction de considérations fondées sur le personne [du destinataire]* ».

Ainsi, le contenu du message transmis par courrier électronique doit être individualisé pour que celui-ci soit une correspondance privée. Ce critère est celui qui risque de poser le plus de problème puisque, pour vérifier celui-ci, il est nécessaire de prendre connaissance du contenu de la correspondance et ainsi, dans le cas où le contenu de la correspondance serait individualisé, en prendre connaissance serait constitutif du délit de violation de correspondance.

Ainsi, le message transmis par courrier électronique est susceptible d'être qualifié de correspondance privée. Il convient alors de voir le régime qui est attaché à cette qualification.

#### **4. Le régime de protection de la correspondance privée**

##### **a) Le contenu de la protection**

L'alinéa second de l'article 226-15 du code pénal incrimine « *le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions* ».

L'article 423-9 énonce quant à lui un régime plus sévère, puisque ne prenant pas en compte la mauvaise foi, si l'atteinte au secret des correspondances émises par voie de télécommunication est le fait d'une « *personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions ou de sa mission* » ou d'un agent exploitant de réseau de télécommunication autorisé, en vertu de l'article L. 33-1 du code des postes et télécommunications ou d'un fournisseur de service de télécommunication agissant dans l'exercice de ses fonctions ».

##### **b) Les personnes visées par l'interdiction**

L'article 226-15 du code pénal ne distingue pas les auteurs de l'infraction, dès lors la violation de correspondance est sanctionnée, quelqu'en soit l'auteur, quand bien même celui-ci serait un correspondant.

L'article 432-9 du code pénal instaure un régime plus sévère s'agissant d'une certaine catégorie de personne, l'exigence de mauvaise foi n'étant alors plus nécessaire à la caractérisation de l'infraction.

##### **c) L'atteinte au secret**

L'infraction est caractérisée par un élément matériel, la commission de l'infraction, et un élément intentionnel, la volonté de commettre l'infraction. La réunion des deux éléments est nécessaire à la caractérisation de l'infraction, sauf lorsque celle-ci est perpétrée par les personnes mentionnées à l'article 432-9 du code pénal, pour lequel l'élément matériel est suffisant.

Ainsi, constitue une atteinte au secret des correspondances émises par voie de télécommunication le fait d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer une correspondance télécommuniquée. Par exemple, le fait d'empêcher le message d'atteindre son

destinataire, que cette privation soit définitive ou momentanée, en le supprimant, en le conservant ou en le retardant.

De même, le fait, pour une personne n'entrant pas dans les prévisions de l'article 432-9 du code pénal, de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions est constitutif d'une atteinte au secret des correspondances.

L'élément intentionnel, qui, nous le rappelons, n'est pas nécessaire lorsque le délit est commis par une des personnes mentionnées à l'article 342-9 du code pénal, consiste en la seule connaissance, par la personne qui viole une correspondance, du fait que celle-ci ne lui est pas destinée.

L'article 226-15 du code pénal sanctionne la violation du secret des correspondances émises par voie de télécommunication d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Lorsqu'il est commis par une des personnes visées à l'article 432-9 du code pénal, la peine d'emprisonnement est portée à 3 ans, la peine d'amende restant de 45 000 €. Des peines complémentaires sont prévues par l'article 226-31 du code pénal.

#### **d) Les exceptions au secret des correspondances**

Il n'existe que deux exceptions légales au secret des correspondances émises par voie de communication électronique, à savoir les interceptions judiciaires et les interceptions de sécurité ou administratives.

Les interceptions judiciaires ne sont possible que si, en matière criminelle ou correctionnelle, la peine encourue est supérieure ou égale à deux ans d'emprisonnement et que l'interception est nécessaire à l'information. L'interception sera décidée par le juge et effectuée sous son contrôle.

Les interceptions administratives ou interceptions de sécurité, ne sont autorisée, à titre exceptionnel, que si elles ont pour objet « *de rechercher des renseignements intéressant la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées et de la reconstitution ou du maintien de groupe dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combats et les milices privées* ». L'interception doit être autorisée et se dérouler sous la responsabilité du premier ministre. L'interception est contrôlée par une autorité administrative indépendante, la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité.

### C. La responsabilité des acteurs du réseau Internet

La question de la responsabilité des acteurs du réseau internet s'est posée, en termes délicats, pour la première fois, en 1999, dans un arrêt de la Cour d'Appel de Paris. Dans cette espèce, un fournisseur d'hébergement se voit reprocher par une actrice d'héberger un site internet présentant des photographies dénudées la représentant.

L'hébergeur est condamné à indemniser la victime à hauteur de 300 000 francs, indiquant immédiatement qu'une telle condamnation le conduirait à fermer son service et mettrait en danger le développement d'internet en France...

De fait, comme il a été dit, le droit ne connaît pas le vide et le droit commun a vocation à régir toutes les situations dans lesquelles aucune loi spéciale n'est prévue. Dans cette espèce, comme dans tout autre, le droit commun a donc été appliqué...

La difficulté est que cette application a semblé, de l'avis unanime des commentateurs (sauf de la désormais riche actrice !), inappropriée, non pas en droit, mais en fait : en effet, alors que l'utilisation du réseau internet connaissait ses premiers développements *grand public* et que l'Etat prétendait encourager un internet français en pointe, cette application du droit commun mettait les fournisseurs d'hébergement, mais également les fournisseurs d'accès, dans une situation juridique dangereuse. Ils risquaient de se voir reprocher le comportement de leurs usagers alors qu'ils n'avaient pas de moyens de le contrôler, ni matériellement, ni juridiquement.

C'est ainsi que naquit la loi du 1<sup>er</sup> août 2000, remplacée par la Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique du 21 juin 2004, prévoyant un statut dérogatoire du droit commun pour ce que l'on a désormais appelé les intermédiaires techniques.

Cette loi a, un temps, sécurisé le statut de ces intermédiaires techniques puis, avec l'évolution des usages d'internet, cette situation est de nouveau devenue délicate, donnant lieu à un contentieux très abondant, portant sur la possibilité, ou non, de revendiquer l'application de ce statut par des agents

économiques qui ne se comportent plus, a proprement parler, comme de simples intermédiaires techniques.

Il importe donc d'identifier les différents intervenant du réseau internet avant de voir le régime de responsabilité y applicable.

### ***1. L'identification des acteurs***

Sur le réseau Internet il y a :

- Des internautes, tour à tour usagers et producteurs de contenus ;
- Des fournisseurs d'accès à Internet ;
- Des fournisseurs de service d'hébergement ;
- Des commerçants.

La LCEN propose une distinction un peu différente, ne prenant en compte les internautes que lorsqu'ils sont à l'origine d'un contenu et encore, par déduction.

En effet, le LCEN propose un régime dérogatoire pour :

- Les FAI ;
- Les fournisseurs d'hébergement.

Les autres intervenants sont donc soumis au droit commun et, lorsqu'ils sont à l'origine d'un contenu, qualifié « *d'éditeur* », non directement par la loi, mais par le juge et la doctrine.

La LCEN prévoit, en outre, un certain nombre d'obligations à la charge des commerçant en ligne, qui ne feront pas l'objet de développement ici, mais pourront être facilement trouver par une lecture, même rapide, de ladite loi.

#### ***a) Le Fournisseur d'accès à Internet***

L'identification du fournisseur d'accès à internet, en premier lieu, ne soulève pas de difficulté particulière. La LCEN les définit comme :

*« Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne » ;*

La communication au public en ligne étant définie par ailleurs comme étant *« toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur »*.

Ainsi, sont fournisseur d'accès à internet les... FAI !

La difficulté pourrait se poser à la marge, dans la mesure où le fournisseur d'accès peut offrir un accès à un autre réseau que le seul réseau internet. Ainsi, par exemple, le fournisseur d'accès à USENET pourrait être considéré comme un fournisseur d'accès à un service de communication au public ou comme hébergeur, puisque l'accès nécessite l'hébergement des « post ».

Cette question n'a pas réellement été tranchée, le problème ne s'étant jamais posé (du moins n'ayant jamais donné lieu à une décision de justice connue de moi-même) en ces termes.

## **2. Le fournisseur d'hébergement**

Tout autre est la problématique de la qualification du fournisseur d'hébergement. Selon la LCEN, les fournisseurs d'hébergement sont :

*« Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ».*

Cette disposition a été pensée en 1999 (et reprise presque à la lettre en 2004 et dans une directive européenne de 2001 de sorte que le même problème se pose dans tous les pays d'Europe ☺) pour aménager la responsabilité des hébergeurs... alors conçus comme simple intermédiaires techniques :

un hébergeur, à l'époque, propose un espace disque à ses utilisateurs pour qu'ils hébergent un site internet.

S'est alors posée la question du statut de l'hébergeur tirant profit de l'hébergement par des publicités ou offrant aux utilisateurs un service de mise en page.

Ainsi, TISCALI, dans son rôle d'hébergeur, a vu sa responsabilité mise en cause au motif qu'il affichait sur les pages internet hébergées des publicités, outre le fait qu'il proposait un service de mise en page à ses utilisateurs... les juges ont retenu sa responsabilité au terme de près de 10 ans de procédure et du moins lors de la décision finale de la Cour de Cassation intervenue début 2010, de manière totalement décalée avec la réalité des usages.

De fait, selon la définition précitée :

*« Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ».*

Le raisonnement est donc que, dès lors que l'intervenant ne se limite pas à cette stricte prestation, il n'est plus hébergeur. Dans un premier temps, la jurisprudence a retenue ces critères (intervention sur la mise en page et insertion de publicités).

La question a toutefois pu se reposer à propos de beaucoup d'autres services, qui n'existaient pas, ou étaient en gestation, lors de l'adoption des lois et de la directive. Ainsi de :

- Service de vente aux enchères ;
- Blog ;
- Digg-like ;
- Site de partage de vidéos...

Ce sont rajouté à ces questions nouvelles, des services « *anciens* » pour lesquels on ne s'était pas posé la question... ainsi des forums de discussions ou de l'accès au services USENET.

La question se pose avec force parce que de sa réponse dépend l'application d'un régime de responsabilité particulièrement favorable.

Des années 2006 à 2009, la jurisprudence a été totalement fluctuante, oscillant entre l'application des critères d'exploitation commerciale et la qualification d'hébergeur dès lors qu'un contenu est ajouté par un internaute (à tout le moins par un destinataire du service).

Aujourd'hui, il semble établi, bien qu'interviennent encore certaines décisions semblant contraires, que sont hébergeurs tous les acteurs proposant à leurs destinataires l'hébergement de contenu, quelque soit la forme de cet hébergement (hébergement de sites internet, de blogs, de contenu culturel, et même de messages dans des forums de discussion...).

#### **Responsabilité aménagée : connaissance du caractère manifestement illicite du contenu**

L'article 6.I.2 de la LCEN prévoit, à propos de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement que ceux-ci :

*« ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ».*

Le Conseil Constitutionnel a émis une réserve d'interprétation de sorte que la connaissance du fournisseur d'hébergement doit être celle du caractère « **manifestement** » illicite d'un contenu.



L'ajout du Conseil Constitutionnel permet à l'hébergeur de n'avoir pas à se faire juge des contenus : soit les contenus est illicite et cela ne fait aucun doute, soit il y a un doute et, dans ce cas, il n'engage pas sa responsabilité en ne le supprimant pas.

En théorie, cela est dire que le fournisseur d'hébergement qui prendrait fortuitement d'un contenu manifestement illicite devrait le supprimer sans délai. En pratique, la question qui se pose est celle de la preuve de cette connaissance par l'hébergeur.

Sur ce point, la jurisprudence a retenue une interprétation particulièrement stricte, favorisant, de loin, l'hébergeur.

### **Caractère manifestation illicite : notification**

En effet, l'article 6-I-5 de la loi pour la confiance en l'économie numérique dispose que :

*« La connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les personnes désignées au 2 lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants :*

*-la date de la notification ;*

*-si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ;*

*-les nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ;*

*-la description des faits litigieux et leur localisation précise ;*

*-les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;*

*-la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté »*

Cette disposition a pour objet de prévoir une procédure pour informer l'hébergeur et s'assurer de ce qu'il a connaissance du caractère manifestement illicite d'un contenu. Bien plus, le notifiant fait le travail à la place de l'hébergeur puisqu'il lui indique pourquoi ce contenu est manifestement illicite !

La jurisprudence a toutefois, étrangement, interprété cette disposition comme le seul moyen de rapporter la preuve de la connaissance de l'hébergeur d'un contenu manifestement illicite.

Ainsi, une telle notification est exigée par la jurisprudence pour établir la connaissance, par l'hébergeur, des contenus manifestement illicites. En l'absence de telle notification, le juge rejette l'action en responsabilité dirigée contre l'hébergeur.

Cette position peut avoir des conséquences inappropriées.

Par exemple, dans le cadre d'un forum de discussion. La personne mettant un tel forum à disposition doit être regardée comme hébergeur pour les messages postés par ses utilisateurs.

Si elle effectue une modération de ces messages, celle-ci peut intervenir *a priori* ou *a posteriori*.

Dans le premier cas, elle prend connaissance des messages et les valide avant de les laisser apparaître sur le forum.

Dans le second cas, elle les laisse apparaître sur le forum et, *a posteriori*, supprime ceux qui lui semblent contrevenir à la charte du forum, ou illicites.

Si l'on raisonne uniquement en termes d'hébergeur, la modération *a priori* va permettre à celui-ci de prendre connaissance des messages manifestement illicites. L'hébergeur devra donc empêcher leur publication sous peine d'engager sa responsabilité. Les contenus en cause devront toutefois être manifestement illicites et non seulement illicites de sorte qu'il ne sera pas inquiété pour des

contenus ambigus ou dont il n'a pas pu détecter qu'ils étaient illicites (par exemple, les contenus culturels, pour lesquels l'hébergeur ne peut savoir si l'auteur du message a ou non les droits de diffusion).

Lorsqu'il fait un contrôle *a posteriori*, nous sommes dans la même situation.

Néanmoins, retenant qu'à défaut de notification l'hébergeur n'a pas connaissance des contenus manifestement illicites, la jurisprudence a retenu que le contrôle *a priori* a pour conséquence de transformer l'hébergeur en éditeur (il a participé à la publication du contenu puisqu'il l'a validé). L'exploitant du forum devient donc, *de facto*, responsable de tous les contenus qu'il a validé, en ce compris les contenus illicites, mais pas manifestement illicites.

A l'inverse, le contrôle *a posteriori* n'engage pas sa responsabilité...

Cette position est gênante parce que, de fait, elle fait courir plus de risque à l'exploitant contentieux qui modère *a priori* qu'à celui qui laisse tout publier !