

PRÉCIS

Droit des activités numériques

Luc Grynbaum
Caroline Le Goffic
Lydia Morlet-Haïdara

1^{re} édition

DALLOZ

PRÉCIS

Droit des activités numériques

Luc Grynbaum
Caroline Le Goffic
Lydia Morlet-Haïdara

1^{re} édition

DALLOZ



Internet est entré dans notre quotidien, il façonne nos modes de vie, notre sociabilité et nos habitudes de consommation. Musique, films, spectacles sont écoutés ou vus en « streaming ». Au-delà des entreprises culturelles et artistiques, avec le développement du commerce électronique, c'est l'économie tout entière qui ne saurait plus se passer du réseau.

Le droit ne pouvait pas rester imperméable à cette mutation. Les contrats ont été aménagés pour tenir compte de leur conclusion via Internet et des contrats spéciaux ont été créés. Les droits de la consommation et de la concurrence encadrent le commerce électronique. Les droits d'auteur connaissent une mutation ; les marques sont utilisées par des moteurs de recherche à des fins publicitaires. Par ailleurs, de nouvelles valeurs surgissent tels que les noms de domaine. Enfin, il convient de protéger la vie privée des internautes qui voient leurs données personnelles massivement collectées sur le réseau.

Afin d'embrasser le « droit des activités numériques », cette ample matière, l'ouvrage est consacré aux contrats, aux valeurs immatérielles et au contentieux.

Luc Grynbaum est agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité (membre de l'Institut Droit et santé), il y codirige le Master 2 « Droit des activités numériques ». Il a fait partie du groupe d'experts auprès de la Commission européenne sur le projet de droit commun européen des contrats. Il est directeur du Pôle « services financiers » de Trans-Europe-Experts.

Caroline Le Goffic est ancienne élève de l'École Normale Supérieure (rue d'Ulm), docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas, maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité (membre de l'Institut Droit et santé), où elle codirige le Master 2 « Droit des activités numériques ».

Lydia Morlet-Haidara est maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité (membre de l'Institut Droit et santé), elle est responsable du DU Santé Droit et Société.

Droit
des activités
numériques

Droit des activités numériques

2014

Luc Grynbaum

Professeur à l'Université Paris Descartes,
Sorbonne Paris Cité,
Doyen honoraire de la Faculté de droit de La Rochelle

Caroline Le Goffic

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes,
Sorbonne Paris Cité,

Lydia Morlet-Haïdara

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes,
Sorbonne Paris Cité

DA|LOZ

MENTIONS LÉGALES



31-35 rue Froidevaux, 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les copies ou reproductions « strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et d'autre part, que les analyses et courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, tout comme le fait de la stocker ou de la transmettre sur quelque support que ce soit, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée pénalement par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© ÉDITIONS DALLOZ – 2014

ISBN numérique : 978-2-247-13385-7

ISBN papier : 978-2-247-07607-9

Ce document numérique a été réalisé par JOUVE.

www.dalloz.fr

Mode d'emploi

Avant de naviguer dans ce livre numérique, voici quelques conseils pour vous orienter.

Table des matières

Chaque niveau de plan est interactif.

Mini-sommaires

À chaque changement de partie, titre, chapitre, vous pouvez accéder au plan en couleur du développement concerné et naviguer directement dans le texte à partir de celui-ci.

Appels de notes

Pour consulter les notes, il vous suffit de cliquer dans le texte sur les appels de notes en couleur. Le contenu de la note apparaît alors sur une nouvelle page.

Index

Il est possible de naviguer dans l'index en cliquant sur une des lettres alphabétiques présentes en début d'index et de se rendre directement aux mots répertoriés sous cette lettre. Les numéros présents dans l'index sont dynamiques et renvoient au contenu du paragraphe concerné.



TABLE DES MATIÈRES

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AVANT-PROPOS INTERNET : LE RÉSEAU DES RÉSEAUX

PREMIÈRE PARTIE LES CONTRATS

TITRE 1 LE DROIT COMMUN DU CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

CHAPITRE 1 L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

Section 1. EXIGENCES D'ÉCRIT ET INTRODUCTION DE L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

§ 1. **Distinction des exigences d'écrit *ad probationem* et *ad validitatem***

- A. La nécessaire distinction entre forme et preuve
- B. Les exigences d'écrit comme mode de preuve
- C. Les exigences d'écrit comme condition de fond

§ 2. **Les textes introduisant l'écrit électronique**

Section 2. L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

§ 1. **Définition de l'écrit**

- A. Une définition générale de l'écrit
- B. Le nouveau statut de la copie
 - 1. La notion de copie
 - 2. La copie comme preuve littérale
- C. Le refus d'admettre le mail comme écrit électronique au sens des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil

§ 2. **L'égalité de l'écrit électronique avec l'écrit papier**

- A. Les conditions de l'égalité

	1.	Le corps du texte
	2.	L'imputabilité et l'intégrité
	B.	Consécration et actualité des conventions sur la preuve
	C.	L'appréciation par le juge des conflits de preuve
	§ 3.	La signature électronique
	A.	De la signature en général à la signature électronique en particulier
	1.	La notion de signature
	2.	La reconnaissance de la signature électronique
	B.	Les conditions de fiabilité de la signature électronique
	1.	Les exigences techniques de fiabilité
	2.	Signature électronique et procédure de vérification d'écriture
Section 3.		L'ACTE AUTHENTIQUE ÉLECTRONIQUE PAR SIGNATURE ÉLECTRONIQUE
	§ 1.	La notion d'acte authentique
	§ 2.	L'acte authentique électronique des notaires
	§ 3.	L'acte authentique électronique des huissiers de justice
Section 4.		FORMES ET FORMALITÉS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE
	§ 1.	Variété des exigences de forme ou de formalités
	§ 2.	Équivalents électroniques de toutes formes et formalités
	A.	Équivalence générale pour les écrits ad validitatem
	B.	Équivalences pour la mention manuscrite et la formalité du double
	C.	Équivalences pour les formalités
CHAPITRE 2		LE CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE
Section 1.		CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI « CONFIANCE DANS L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE » ET PRESTATAIRES DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

§ 1.	Champ d'application de la loi « confiance dans l'économie numérique »
§ 2.	Les prestataires du commerce électronique
Section 2.	L'OFFRE
§ 1.	La publicité et le <i>spamming</i>
A.	La publicité par Internet
B.	Le spamming
§ 2.	Les obligations d'information
A.	Informations sur le produit ou le service
B.	Informations sur les modalités de conclusion du contrat par voie électronique
1.	Description des modalités techniques de conclusion du contrat
2.	Langue proposée pour conclure le contrat et loi de défense de la langue française
C.	Exceptions aux obligations d'information et sanction de leur violation
1.	Exceptions
2.	Sanctions de la violation des obligations d'information
Section 3.	L'ACCEPTATION
§ 1.	Les modalités de formation du contrat à distance
§ 2.	Le moment de la formation du contrat conclu à distance
Section 4.	L'ERREUR MATÉRIELLE SUR LE PRIX
Section 5.	LA RESPONSABILITÉ DE PLEIN DROIT PESANT SUR LE PROFESSIONNEL EXERÇANT UNE ACTIVITÉ PAR VOIE ÉLECTRONIQUE
§ 1.	Le champ d'application de la responsabilité de plein droit de l'article 15 I
§ 2.	Le régime de la responsabilité de plein droit de l'article 15 I

TITRE 2	L'APPLICATION DU DROIT DU MARCHÉ
CHAPITRE 1	LES CLAUSES ABUSIVES
Section 1.	LA NOTION DE CONSOMMATEUR
§ 1.	La notion de consommateur en droit interne
§ 2.	La notion de consommateur en droit européen
§ 3.	Les conditions de l'application des dispositions sur les clauses abusives aux personnes morales
Section 2.	LES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS DES CONSOMMATEURS
§ 1.	Champ d'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation
§ 2.	Modalités d'éviction des clauses abusives
A.	Droit antérieur au 1 ^{er} janvier 2009
B.	Un renforcement du rôle des listes dans le droit applicable aux contrats en cours au 1 ^{er} janvier 2009
1.	L'action administrative
2.	Le rôle du juge
3.	Les listes des clauses abusives
§ 3.	Application aux contrats portant sur les technologies de l'information
A.	Les recommandations et avis de la Commission des clauses abusives sur les technologies de l'information
B.	La jurisprudence sur les clauses abusives en matière de téléphonie et Internet
Section 3.	LES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS ENTRE PROFESSIONNELS
§ 1.	Un encadrement jurisprudentiel des clauses limitatives de responsabilité entre professionnels
§ 2.	La consécration légale de la lutte contre les clauses abusives entre professionnels
CHAPITRE 2	L'ENCADREMENT DES PRATIQUES COMMERCIALES

Section 1.	L'AUTORISATION DES VENTES LIÉES ET DES VENTES AVEC PRIMES
Section 2.	PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES
§ 1.	Éléments constitutifs des pratiques commerciales déloyales
A.	Une définition générale de la pratique commerciale déloyale
B.	Les pratiques commerciales trompeuses
§ 2.	Les pratiques agressives
Section 3.	LA COMPARAISON DES PRIX DES PRODUITS ET DES SERVICES FACILITÉE PAR INTERNET
§ 1.	Faux comparateur de prix
§ 2.	La publicité comparative facilitée par les technologies mises en œuvre par Internet
CHAPITRE 3	LA DISTRIBUTION PAR INTERNET : UNE CONCURRENCE IMPARFAITE
Section 1.	DISTRIBUTION SÉLECTIVE ET FRANCHISE
§ 1.	Distribution sélective et Internet
A.	Les sources des règles de concurrence applicables au commerce électronique
1.	Normes applicables au commerce électronique
2.	Avis de l'Autorité de la concurrence relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique
B.	Distributeurs agréés et vente par Internet
C.	Distributeurs exclusivement Internet : les « pure players »
§ 2.	Franchise et Internet
Section 2.	LA DISTRIBUTION DE MÉDICAMENTS
Section 3.	LA PUBLICITÉ PAR MOTEUR DE RECHERCHE
TITRE 3	LES CONTRATS SPÉCIAUX DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

CHAPITRE 1	LES CONTRATS DE CONSOMMATION PAR VOIE ÉLECTRONIQUE
Section 1.	LA VENTE ET LES SERVICES À DISTANCE
§ 1.	Champ d'application
§ 2.	Information
§ 3.	Rétractation
§ 4.	Responsabilité du professionnel du fait des tiers substitués et transfert des risques
A.	Responsabilité contractuelle de plein droit du professionnel
B.	Le report du transfert des risques par la directive relative aux droits des consommateurs
Section 2.	LES SERVICES FINANCIERS À DISTANCE
§ 1.	Les règles communes à la banque et à l'assurance
A.	Le champ d'application des règles sur les services financiers à distance
B.	Les obligations d'information
C.	La rétractation
§ 2.	Les règles propres à l'assurance
A.	Les obligations d'information
B.	La faculté de renonciation
§ 3.	Les services bancaires et financiers
Section 3.	L'ENCADREMENT DES CONTRATS DE JEUX ET PARIS EN LIGNE
§ 1.	La libéralisation de certains jeux
A.	Contrat de jeu et nouvel encadrement de l'activité de jeux et paris en ligne
B.	Objectifs de l'encadrement et ouverture à la concurrence de certains jeux
§ 2.	Une procédure d'agrément des opérateurs conforme à la dernière jurisprudence européenne
A.	La procédure d'agrément
B.	La conformité du texte français à la dernière jurisprudence

	de la CJUE
§ 3.	L'encadrement du contrat de jeux en ligne
CHAPITRE 2	LES CONTRATS DES PRESTATAIRES TECHNIQUES
Section 1.	LA FOURNITURE D'ACCÈS AU RÉSEAU
§ 1.	L'objet du contrat et les parties
A.	Les contrats proposés aux « internautes »
B.	Des internautes consommateurs ou professionnels
1.	Des règles différentes selon la qualité de l'abonné
2.	La sanction de la dissimulation de la véritable qualité de l'abonné
§ 2.	Obligations à l'égard du consommateur ou du non professionnel, prestations et prix
A.	Le régime légal du contrat de fourniture d'accès, dénommé « services de communications électroniques »
B.	Prestations et prix
1.	Les prestations techniques
2.	Le prix
Section 2.	L'HÉBERGEMENT
§ 1.	Les prestations caractéristiques
§ 2.	Responsabilités
§ 3.	Modification et résiliation du contrat
DEUXIÈME PARTIE	LES VALEURS IMMATÉRIELLES DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION
TITRE 1	LA PROTECTION DES CRÉATIONS INTELLECTUELLES
CHAPITRE 1	LE DROIT D'AUTEUR
Section 1.	L'OBJET DE LA PROTECTION
§ 1.	La formalisation
A.	Absence de protection des idées par le droit d'auteur

- B. Nécessité d'une mise en forme
- § 2. **L'originalité**
 - A. Définition
 - B. Applications dans l'univers numérique

Section 2. LES TITULAIRES DE LA PROTECTION

- § 1. **La qualité d'auteur**
 - A. La présomption de titularité
 - B. L'influence des contrats de travail et d'entreprise
- § 2. **Les œuvres créées à plusieurs**
 - A. Les œuvres de collaboration
 - B. Les œuvres collectives
 - C. Les œuvres audiovisuelles

Section 3. LE CONTENU DE LA PROTECTION

- § 1. **Les droits moraux**
 - A. Contenu des droits moraux
 - 1. Le droit de divulgation
 - 2. Le droit de repentir et de retrait
 - 3. Le droit de paternité
 - 4. Le droit au respect de l'œuvre
 - B. Caractères des droits moraux
- § 2. **Les droits patrimoniaux**
 - A. Le monopole d'exploitation
 - 1. Les droits exclusifs
 - 2. La durée du monopole
 - 3. L'exploitation conventionnelle des droits patrimoniaux
 - B. Les exceptions au monopole d'exploitation
 - 1. L'exception justifiée par le fonctionnement des réseaux
 - 2. Les exceptions justifiées par la faible incidence des actes
 - 3. Les exceptions justifiées par des intérêts concurrents

Section 4. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION

- § 1. **Les mesures préventives**
 - A. Les mesures d'information et d'identification
 - B. Les mesures techniques de protection
- § 2. **Les mesures curatives**
 - A. L'action en contrefaçon
 - 1. La contrefaçon, délit civil
 - 2. La contrefaçon, délit pénal
 - B. La répression du téléchargement illégal
 - C. Questions périphériques touchant à la contrefaçon sur Internet

CHAPITRE 2 LES DROITS VOISINS

Section 1. LES DROITS DES ARTISTES-INTERPRÈTES

- § 1. **Contenu des droits**
 - A. Les droits moraux
 - B. Les droits patrimoniaux
- § 2. **Durée des droits**
- § 3. **Exceptions aux droits patrimoniaux**
 - A. Les exceptions communes
 - B. Les exceptions spécifiques

Section 2. LES DROITS DES PRODUCTEURS

- § 1. **Titulaires des droits**
- § 2. **Contenu des droits**

Section 3. LES DROITS DES ENTREPRISES DE COMMUNICATION AUDIOVISUELLE

Section 4. LES DROITS PORTANT SUR LES MANIFESTATIONS SPORTIVES

CHAPITRE 3 LES DROITS PORTANT SUR LES CRÉATIONS À CARACTÈRE TECHNIQUE ET UTILITAIRE

Section 1. LA PROTECTION DES LOGICIELS

§ 1. **Exclusion de la protection par le droit des brevets**

§ 2. **Protection par le droit d'auteur**

- A. L'objet de la protection
- B. Le contenu de la protection
 - 1. Titulaires des droits
 - 2. Contenu des droits
 - 3. Limites et exceptions

Section 2. **LA PROTECTION DES BASES DE DONNÉES**

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

- A. La condition d'originalité
- B. Le contenu de la protection

§ 2. **La protection par un droit *sui generis***

- A. Les conditions de la protection
 - 1. Le producteur
 - 2. L'investissement
 - 3. Le caractère substantiel de l'investissement
- B. Le contenu de la protection
 - 1. Les droits exclusifs du producteur
 - 2. Les limites et exceptions aux droits exclusifs

TITRE 2 **LA PROTECTION DES SIGNES**

CHAPITRE 1 **LE DROIT DES MARQUES**

Section 1. **LES CONDITIONS DE PROTECTION**

§ 1. **Conditions de fond**

- A. Représentation graphique
- B. Caractère distinctif
 - 1. Signes dépourvus de caractère distinctif
 - 2. Approche positive de la distinctivité
- C. Licéité
- D. Disponibilité

- § 2. **Procédure d'enregistrement**
 - A. Modalités du dépôt
 - B. Examen de la demande
 - C. Enregistrement ou refus d'enregistrement de la demande
- § 3. **Maintien du droit de marque**
 - A. L'annulation de la marque
 - B. La déchéance du droit de marque

Section 2. LE CONTENU DE LA PROTECTION

- § 1. **Les droits exclusifs**
 - A. La protection ordinaire
 - 1. Les deux formes de contrefaçon
 - 2. Les conditions communes
 - B. La protection des marques renommées
- § 2. **Les exceptions aux droits exclusifs**
 - A. L'épuisement du droit de marque
 - B. L'exception de référence nécessaire
 - C. La publicité comparative
 - D. La parodie
 - E. Autres exceptions

Section 3. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION

- § 1. **L'action civile**
 - A. Action en contrefaçon
 - B. Action en parasitisme
- § 2. **L'action pénale**

CHAPITRE 2 LE DROIT DES NOMS DE DOMAINE

Section 1. L'ENREGISTREMENT DES NOMS DE DOMAINE

- § 1. **Les conditions de fond**
 - A. L'absence d'atteinte aux droits des tiers
 - 1. Protection des « droits de propriété intellectuelle »
 - 2. Protection des droits de la personnalité

- 3. Protection des noms d'entités territoriales
- B. La licéité des noms de domaine
- C. Caractère indifférent de la distinctivité
- § 2. **La procédure d'enregistrement**
- § 3. **La résolution des litiges**
 - A. La procédure judiciaire
 - 1. La compétence territoriale des juridictions
 - 2. Les sanctions
 - 3. La responsabilité des intermédiaires d'enregistrement
 - B. Les procédures extra-judiciaires

Section 2. LA PROTECTION DES NOMS DE DOMAINE

- § 1. **La neutralité juridique de l'enregistrement**
- § 2. **Usage et étendue de la protection**
 - A. La protection a priori : l'antériorité à l'enregistrement d'une marque
 - B. La protection a posteriori : l'application des règles de concurrence déloyale

TROISIÈME PARTIE **LE CONTENTIEUX**

TITRE 1 **LA PROTECTION DES LIBERTÉS**

CHAPITRE 1 LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES ET DE LA VIE PRIVÉE

Section 1. TECHNIQUES DES ACTIVITÉS NUMÉRIQUES ET DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

- § 1. **Les risques liés aux procédés utilisés**
 - A. L'utilisation des cookies
 - 1. Les cookies
 - 2. Réglementation
 - B. L'utilisation des spams
 - 1. Le spam

- 2. Réglementation
- C. La commercialisation des données
- § 2. **Les risques liés à l'usage des données de connexion et aux adresses IP**
 - A. Les données de connexion ou données de communication
 - 1. Le principe de confidentialité
 - 2. Le principe d'effacement ou d'anonymisation
 - 3. La directive data-retention
 - B. L'adresse IP

Section 2. LE DROIT SPÉCIAL DE LA PROTECTION DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

- § 1. **Le dispositif de protection**
 - A. Le dispositif national
 - 1. La loi du 6 janvier 1978
 - 2. La Commission nationale informatique et libertés
 - 3. Le Correspondant Informatique et libertés
 - B. Les dispositifs européens et internationaux
 - 1. Le droit européen
 - 2. Le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme
 - 3. Les dispositions internationales
- § 2. **Les droits de la personne dont les données sont collectées**
 - A. Un nécessaire consentement préalable
 - 1. Le principe
 - 2. Les exceptions
 - B. Les droits de la personne dont les données sont collectées : de l'accès à l'oubli
 - 1. Le droit d'opposition
 - 2. Le droit d'accès
 - 3. Le droit de rectification
 - 4. Le droit à l'oubli

- 5. Modalités communes d'exercice des droits de la personne
- § 3. **Les obligations du responsable du traitement**
 - A. Le respect des formalités préalables
 - 1. Le régime de déclaration
 - 2. Le régime d'autorisation
 - 3. Précisions communes aux différentes formalités préalables
 - 4. Les régimes propres à certaines données particulières
 - B. Les obligations relatives à la collecte et aux traitements des données

Section 3. LE DROIT COMMUN DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

- A. Le droit au respect de la vie privée
 - 1. Présentation du droit à la vie privée
 - 2. Les différents fondements textuels susceptibles de sanctionner une atteinte à la vie privée
 - 3. La caractérisation de l'atteinte à la vie privée
- B. Le droit à l'image
 - 1. La sanction de la violation du droit à l'image et sa proximité avec le droit au respect de la vie privée
 - 2. La caractérisation du non-respect du droit à l'image

CHAPITRE 2 LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET SES LIMITES

Section 1. INTERNET NOUVEAU SUPPORT D'EXPRESSION

- § 1. **La reconnaissance du droit à la liberté d'expression et de la liberté de la presse**
- § 2. **Les enjeux d'Internet**

Section 2. LA SANCTION DES ABUS

- § 1. **Les abus sanctionnés par la loi relative à la liberté de la presse**
 - A. L'applicabilité de la loi de 1881 à l'outil Internet
 - 1. Exposé des règles
 - 2. Application des responsabilités en cascade aux différents

	acteurs d'Internet
B.	Les comportements punissables
1.	La diffamation
2.	L'injure
3.	Les dispositions communes à la diffamation et à l'injure
4.	Les provocations à commettre des crimes et des délits
5.	Les autres comportements sanctionnés par la loi de 1881
§ 2.	Les abus sanctionnés en dehors de la loi relative à la liberté de la presse
A.	Les abus de la liberté d'expression sanctionnés par la responsabilité civile
B.	Les abus de la liberté d'expression sanctionnés par la responsabilité pénale
CHAPITRE 3	L'USAGE DES NOUVELLES TECHNOLOGIES SUR LE LIEU DU TRAVAIL
Section 1.	LE DEVOIR DE LOYAUTÉ DU SALARIÉ
Section 2.	LE DROIT DE CONTRÔLE DE L'EMPLOYEUR ET SES LIMITES
§ 1.	La légitimité des procédés de contrôle utilisés
§ 2.	L'encadrement du pouvoir de contrôle de l'employeur
A.	Le principe de transparence
B.	Le principe de finalité
C.	Le principe de proportionnalité
D.	Le principe de l'inviolabilité de la vie privée et des correspondances
TITRE 2	LES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ
CHAPITRE 1	LES PRESTATAIRES TECHNIQUES (FOURNISSEUR D'ACCÈS ET HÉBERGEURS)
Section 1.	GENÈSE DES TEXTES SUR LA RESPONSABILITÉ DU FOURNISSEUR D'ACCÈS ET DE L'HÉBERGEUR
§ 1.	La directive « commerce électronique »

§ 2.	La transposition française
Section 2.	LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ APPLICABLE AUX FOURNISSEURS D'ACCÈS ET AUX HÉBERGEURS
§ 1.	Les solutions en jurisprudence avant la loi confiance dans l'économie numérique
§ 2.	Une immunité relative de responsabilité des fournisseurs et hébergeurs instaurée par la loi
A.	Les bénéficiaires de l'immunité dans les textes
B.	Le régime de l'immunité relative des prestataires de services Internet
1.	La responsabilité des fournisseurs d'hébergement
2.	La responsabilité des fournisseurs d'accès
C.	Obligations de conservation des données et dispositifs d'alerte pour certaines infractions
1.	La conservation des données identifiantes
2.	Quelques obligations aux fins d'aide au maintien de l'ordre public et des bonnes mœurs
Section 3.	L'EXTENSION DE LA NOTION D'HÉBERGEUR FONDÉE SUR LE CRITÈRE DE LA NEUTRALITÉ TECHNIQUE
§ 1.	La neutralité technique : une notion forgée par la jurisprudence
A.	Une conception extensive de la qualité d'hébergeur en œuvre à la Cour de justice
B.	Une application libérale du critère de la neutralité technique par la Cour de cassation
§ 2.	Analyse des travaux préparatoires : aux sources de la neutralité technique
Section 4.	POUR LIMITER LE BÉNÉFICE DE LA QUALITÉ D'HÉBERGEUR : LE CRITÈRE DE L'OBJET DE L'ACTIVITÉ
CHAPITRE 2	MOTEURS ET PLATEFORMES DE VENTES

Section 1. LA NEUTRALITÉ TECHNIQUE DES MOTEURS DE RECHERCHE

§ 1. **L'activité de régie publicitaire de lien commercial des moteurs de recherche**

- A. Condamnations par des juges du fond pour contrefaçon, faute et publicité trompeuse
- B. Régie publicitaire de liens commerciaux qualifiée d'hébergeur par la CJUE et la Cour de cassation
 - 1. Bénéfice de l'article 14 de la directive « commerce électronique » pour le prestataire de régie publicitaire aux fins de liens commerciaux AdWords
 - 2. Bénéfice de l'article 6 de la LCEN pour le prestataire de régie publicitaire de liens commerciaux AdWords

§ 2. **L'activité de suggestion de recherches du moteur de Google (*Google Suggest*)**

Section 2. L'ACTIVITÉ DES PLATEFORMES DE VENTES

§ 1. **Des courtiers non soumis aux règles des ventes aux enchères par Internet**

§ 2. **Des courtiers « non-hébergeurs »**

CHAPITRE 3 L'INDEMNISATION DU PRÉJUDICE D'UNE FAUTE LUCRATIVE (L'EXEMPLE DE LA CONTREFAÇON DE LOGICIELS)

Section 1. LA FAUTE LUCRATIVE CONSTITUÉE PAR LA CONTREFAÇON DE LOGICIELS

§ 1. **La notion de faute lucrative**

§ 2. **Le « piratage » de logiciels qualifié de contrefaçon**

Section 2. UN EXEMPLE DE SANCTION RÉPARATRICE ET DISSUASIVE

§ 1. **Le fait dommageable : la violation de la licence de logiciel**

§ 2. **La sanction efficace du « piratage » de logiciels : le versement d'une indemnité d'occupation pour le passé et le paiement de la licence pour l'avenir**

TITRE 3	LITIGES ET DIFFÉRENDS DANS L'ESPACE INTERNATIONAL
CHAPITRE 1	LE TRIBUNAL COMPÉTENT EN DROIT DES OBLIGATIONS CIVILES ET COMMERCIALES
Section 1.	LES RÈGLES DE DÉTERMINATION DU TRIBUNAL COMPÉTENT
§ 1.	Les règles de compétence issues du règlement « Bruxelles I » applicables en présence d'un défendeur domicilié dans l'Union européenne
A.	La compétence générale du tribunal du défendeur
B.	Les compétences spéciales
1.	Options de compétences en matières contractuelles et délictuelles
2.	Les règles de protection du consommateur en matière de contrats
3.	Compétences dérogatoires ou exclusives à raison de l'objet du litige
§ 2.	Les règles françaises de compétence applicables en présence d'un défendeur domicilié en dehors d'un État membre de l'Union européenne
A.	Les règles ordinaires de compétence
B.	Le critère de nationalité des articles 14 et 15 du Code civil
Section 2.	UBIQUITÉ DE LA PRÉSENCE SUR INTERNET ET ACTIVITÉ DIRIGÉE OU DESTINATION
§ 1.	Le contrat et l'activité dirigée
§ 2.	Responsabilité extra-contractuelle
CHAPITRE 2	LA LOI APPLICABLE EN DROIT DES OBLIGATIONS CIVILES ET COMMERCIALES
Section 1.	LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT
§ 1.	Les sources des règles de conflit
§ 2.	Les règles de conflit issues du règlement « Rome I »

§ 3.	En jurisprudence, le critère de l'activité dirigée
Section 2.	LOI APPLICABLE À LA RESPONSABILITÉ EXTRA-CONTRACTUELLE
§ 1.	Le cas général de responsabilité pour fait dommageable
§ 2.	Les cas spéciaux de responsabilité
CHAPITRE 3	LES INFRACTIONS PÉNALES
Section 1.	RÈGLES APPLICABLES
§ 1.	Application de la loi pénale française sur le territoire de la République
A.	Un point de rattachement avec le territoire de la République
B.	Complicité et loi applicable
§ 2.	Application de la loi pénale française à des Français
Section 2.	APPROCHE COORDONNÉE DE LA CYBERCRIMINALITÉ
	INDEX ALPHABÉTIQUE

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AFNIC	Association française pour le nommage Internet en coopération
AJDA	<i>Actualité juridique Droit administratif</i>
Arr.	Arrêté
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
BICC	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
BOCCRF	<i>Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes</i>
Bull. civ.	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
CCC	<i>Contrats Concurrence Consommation</i>
CCE	<i>Communication Commerce électronique</i>
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Civ. 1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e	Chambres civiles de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (1957 à nov. 2009)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (à partir de déc. 2009)
Cnil	Commission nationale informatique et libertés
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPCE	Code des postes et communications électroniques
CPI	Code de la propriété intellectuelle
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSP	Code de la santé publique
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
Décis.	Décision
Décr.	Décret
Dir.	Directive
GAJC	<i>Grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
HADOPI	Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet
JCP E	Juris-Classeur périodique, édition Entreprise
JCP	<i>Juris-Classeur périodique (Semaine juridique)</i> , édition générale
JDI	<i>Journal de droit international (Clunet)</i>

<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne (depuis le 1^{er} févr. 2003)</i>
LCEN	loi pour la confiance dans l'économie numérique (2004)
<i>LPA</i>	<i>Les Petites affiches</i>
OHMI	Office de l'harmonisation dans le marché intérieur
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
Ord.	Ordonnance
<i>PIBD</i>	<i>Propriété industrielle. Bulletin documentaire</i>
<i>Propr. ind.</i>	<i>Propriété industrielle</i>
<i>Propr. intell.</i>	<i>Propriétés intellectuelles</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RIDA</i>	<i>Revue internationale du droit d'auteur</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>RLDI</i>	<i>Revue Lamy droit de l'immatériel</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
T. com.	Tribunal de commerce
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes (jusqu'en novembre 2009)
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
V. ss	Voir sous le numéro de paragraphe indiqué, à l'intérieur du présent ouvrage

AVANT-PROPOS *INTERNET : LE RÉSEAU DES RÉSEAUX*

Avez-vous déjà fait l'expérience, récemment, de vous retrouver, sans réseau ?

Vous vous trouvez dans un petit village charmant ou, mieux encore, vous arrivez pour quelques jours dans une belle maison isolée dans un vallon campagnard, mais pas de réseau ; pas de téléphone portable, encore moins de connexion Internet. Le petit paradis devient très vite un enfer car le manque de connexion est insupportable. Heureusement la voiture vous emporte jusqu'à la colline voisine où le miracle se produit, les petites barrettes indicatrices de réseau réapparaissent sur l'écran tactile de votre téléphone ; vous respirez, vous êtes de nouveau dans le monde.

Si vous avez la curiosité d'ouvrir cet ouvrage, vous appartenez très certainement à la catégorie des internautes pour lesquels le contact du smartphone dans la paume de la main est indispensable à votre équilibre ; la tablette ou le portable ne sont jamais bien loin, objets du quotidien du lever au coucher. Ne pas être connecté revient à ne plus exister.

Bien évidemment vous n'êtes pas le seul dans ces dispositions ; le rédacteur de ces quelques lignes appartient aussi à cette grande communauté des connectés. Internet est entré dans notre quotidien de manière irréversible, il façonne nos modes de vie, qu'il s'agisse de notre sociabilité, de notre vie affective et de famille, du travail et de notre relation au monde qui nous entoure.

Les universitaires et les militaires américains qui sont à l'origine de la création de la communication en réseau d'un ordinateur à un autre n'avaient sans doute pas prévu que leur construction ferait bientôt partie de nos vies. En effet, il s'agissait à l'origine de permettre dans le réseau ARPANET, établi entre ordinateurs de quelques d'universités, d'échanger des données et des informations. Or ce projet entre institutions universitaires était soutenu par l'armée. On comprend ainsi la double origine d'Internet : à la fois une communauté universitaire et l'armée intéressées ensemble par ce mode d'échanges en réseau. La

circulation libre de l'information par opposition au réseau secret, du moins très strictement encadré, constitue toujours les deux faces d'Internet. Le raccordement des réseaux entre eux grâce au protocole IP (Internet Protocol) diffusé à la fin des années 1970 a permis de commencer à développer l'Internet au-delà de cercles restreints. Les commerçants pour proposer leurs biens et les entreprises pour diffuser leurs informations ont rapidement compris tout l'intérêt que présente ce mode de communication.

Aujourd'hui une véritable sociabilité de l'Internet s'est mise en place autour des forums et des sites qui rassemblent des individus qui ont les mêmes centres d'intérêts. Plus récemment, les réseaux sociaux sont apparus et sont utilisés par leurs membres non seulement pour maintenir le contact avec leur groupe et apprendre très vite à organiser, voire mettre en scène, leur vie privée ; mais encore pour animer le marché du travail ou installer la renommée d'un produit ou d'un service. La vie politique utilise également ce vecteur ; quand le régime en place n'est pas libre, il tente de le contrôler. Le réseau est alors un enjeu de pouvoirs entre le groupe dirigeant et les opposants ; le réseau est surveillé par le régime, mais il peut également être utilisé par ses détracteurs qui veulent à la fois s'exprimer et tenter de s'organiser.

Dans les démocraties, le défi est tout autre, il convient de faire face à d'éventuelles menaces terroristes, ou plus quotidiennement à l'usage d'Internet pour porter atteinte à des valeurs supérieures : les sites peuvent être racistes, xénophobes, négationnistes ou bien encore supports de pornographie de mineurs ; il convient alors de les fermer et de démasquer les auteurs.

Par ailleurs, sans porter d'appréciation sur cet usage-là pour le moment, une partie des internautes a pris l'habitude d'accéder à du contenu numérique (musique, films, spectacles, logiciels...) sans payer ; aussi l'économie du spectacle et du cinéma subit-elle une profonde mutation. Au-delà des entreprises culturelles et artistiques, c'est l'économie tout entière qui ne saurait plus se passer du réseau.

Selon l'OCDE (Perspectives de l'économie Internet de l'OCDE 2012, principales conclusions), désormais la publicité est la principale activité économique sur Internet devant les jeux, la musique, les films et les vidéos. L'effet d'Internet sur l'économie globale est plus difficile à mesurer ; toujours selon l'OCDE, « au moins 3 % et jusqu'à 13 % de la valeur ajoutée par le secteur des entreprises aux États-Unis en 2010 pourraient être attribués à des activités liées à Internet ». Ces

chiffres montrent qu'il est difficile de quantifier la part de l'activité économique engendrée par l'Internet car ce canal est un vecteur parmi d'autres d'offres de biens ou de services. Or il est souvent délicat, entre le lieu physique, Internet et le téléphone, de mesurer la part de chaque support dans la décision d'achat ou de recourir au service proposé.

Le droit ne pouvait pas rester imperméable à cette mutation technologique. Si les réponses aux premières questions posées aux juges ont été données grâce au droit commun (confirmant, s'il était nécessaire, la théorie de la complétude du droit), assez rapidement, à partir des années 2000, des dispositions autonomes se sont mises en place. Afin de faciliter les échanges, les contrats ont été aménagés pour tenir compte de leur conclusion via Internet et des contrats spéciaux relevant de la vente à distance et des services financiers à distance ont été créés. L'offre par Internet de biens et de services n'échappe pas au droit du marché : droit de la consommation et droit de la concurrence trouvent de nouveaux développements grâce à ce vecteur.

En outre, comme nous l'avons évoqué, la matière des propriétés immatérielles est profondément bouleversée par la pratique du « *streaming* » qui permet de voir des films ou des spectacles sans verser de prix. D'autres évolutions d'importance se sont produites : les marques sont utilisées par des moteurs de recherche à des fins publicitaires et des outils tels que les bases de données connaissent un nouvel essor grâce à leur accessibilité en ligne.

Enfin, il convient de protéger la vie privée des internautes qui voient leurs données personnelles massivement collectées sur le Réseau, et de ménager un équilibre subtil entre employeurs et salariés pour l'usage d'Internet au travail. Le droit de la presse subit lui aussi une évolution du fait de la diffusion de contenus en ligne. Les noms de domaine sont devenus des valeurs aussi importantes que l'enseigne ou la marque.

Le droit de la responsabilité a été adapté pour que certains prestataires techniques ne soient pas trop facilement inquiétés à raison des contenus véhiculés ou stockés. Or toute une série de sites, notamment de diffusion d'œuvres, a bénéficié de ces dispositions. Ce phénomène d'extension par la jurisprudence de l'immunité de responsabilité a rendu son champ d'application difficile à cerner. Enfin, l'un des nombreux charmes d'Internet réside dans ce qu'il abolit les frontières ; l'évolution des règles de conflit, voire l'élaboration d'un droit matériel spécifique, sont donc au rendez-vous du droit international privé.

Pour prendre connaissance du champ juridique « droit des activités

numériques » nous n'emprunterons pas le chemin familial du droit civil qui commence par les personnes, se poursuit par les biens et s'achève par les contrats et la responsabilité. Dans une approche qui correspond mieux à l'activité économique née des échanges par Internet nous commencerons par les relations interpersonnelles que constituent les contrats ; leur conclusion de manière standardisée, en masse suppose un régime spécifique. Ensuite, nous nous intéresserons aux « nouveaux » biens que représentent, notamment, les droits sur les logiciels ou encore les bases de données. Enfin, la protection des informations relatives aux personnes, de leur liberté et le contentieux, notamment de la responsabilité seront exposés.

Afin d'embrasser cette ample matière du « droit des activités numériques » qui se développe au fil du temps nous consacrons la première partie aux contrats (Partie 1), la deuxième aux valeurs immatérielles (Partie 2) et la troisième au contentieux (Partie 3).

Luc Grynbaum est l'auteur de la première partie sur les contrats et du titre 2 (les actions en responsabilité) et 3 (litiges et différends dans l'espace international) de la troisième partie sur le contentieux.

Caroline Le Goffic est l'auteur de la deuxième partie sur les valeurs immatérielles de la société de l'information.

Lydia Morlet-Haïdara est l'auteur du titre 1 sur la protection des libertés de la troisième partie (le contentieux).

PREMIÈRE PARTIE

LES CONTRATS

TITRE 1 LE DROIT COMMUN DU CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

TITRE 2 L'APPLICATION DU DROIT DU MARCHÉ

TITRE 3 LES CONTRATS SPÉCIAUX DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

- 1** ***Présentation*** ◇ Le droit des contrats applicable au commerce électronique connaît plusieurs sources. Un droit commun a été élaboré à partir de la directive « commerce électronique » du 8 juin 2000 et a été transposé aux articles 1369-1 et suivants du Code civil (Titre 1). Le droit de la consommation est désormais associé au droit de la concurrence et des pratiques commerciales pour encadrer l'offre de biens et services sur Internet dans un ensemble que nous appelons « droit du marché » (Titre 2). Enfin, des contrats spéciaux du commerce électronique sont apparus bénéficiant de régimes autonomes notamment quand l'une des parties est un consommateur (Titre 3).

TITRE 1

LE DROIT COMMUN DU CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

CHAPITRE 1 L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

CHAPITRE 2 LE CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

- 2** ***Division*** ◇ Techniquement il fallait d'abord que l'écrit sous forme électronique se voit définir un régime juridique afin de servir de support au contrat par voie électronique. Chronologiquement, le législateur a commencé par établir l'équivalence entre le papier et l'électronique en posant des exigences (Chapitre 1), avant de définir des règles spécifiques au contrat conclu par voie électronique (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

Section 1. EXIGENCES D'ÉCRIT ET INTRODUCTION DE L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

§ 1. **Distinction des exigences d'écrit *ad probationem* et *ad validitatem***

- A. La nécessaire distinction entre forme et preuve
- B. Les exigences d'écrit comme mode de preuve
- C. Les exigences d'écrit comme condition de fond

§ 2. **Les textes introduisant l'écrit électronique**

Section 2. L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

§ 1. **Définition de l'écrit**

- A. Une définition générale de l'écrit
- B. Le nouveau statut de la copie
- C. Le refus d'admettre le mail comme écrit électronique au sens des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil

§ 2. **L'égalité de l'écrit électronique avec l'écrit papier**

- A. Les conditions de l'égalité
- B. Consécration et actualité des conventions sur la preuve
- C. L'appréciation par le juge des conflits de preuve

§ 3. **La signature électronique**

- A. De la signature en général à la signature électronique en particulier
- B. Les conditions de fiabilité de la signature électronique

Section 3. L'ACTE AUTHENTIQUE ÉLECTRONIQUE PAR SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

§ 1. **La notion d'acte authentique**

§ 2. **L'acte authentique électronique des notaires**

§ 3. L'acte authentique électronique des huissiers de justice

Section 4. FORMES ET FORMALITÉS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

§ 1. Variété des exigences de forme ou de formalités

§ 2. Équivalents électroniques de toutes formes et formalités

- A. Équivalence générale pour les écrits ad validitatem
- B. Équivalences pour la mention manuscrite et la formalité du double
- C. Équivalences pour les formalités

3

Faveur accordée à l'écrit ◇ L'usage de l'écrit comme mode privilégié de preuve ne peut se réaliser que dans une société où le progrès technique est suffisamment maîtrisé. Aussi, les droits grecs et romains semblent-ils ne pas avoir retenu de hiérarchie entre les différents modes de preuve. Si en droit savant – romano-canonique – médiéval il avait été établi un *gradus* de preuve extrêmement sophistiqué et hiérarchisé, ce droit n'accordait pas nécessairement la primauté à l'écrit ¹. Il a fallu attendre l'ordonnance de Moulins de février 1566 pour que l'écrit supplante définitivement le témoignage ; l'écrit présentant le mérite d'être un mode de preuve qui allie la rapidité de sa production et la simplification du procès ². Ce sont certainement les retards et complications de la preuve testimoniale qui ont fait préférer l'écrit ³.

Ce principe de faveur pour l'écrit a été repris dans le Code civil pour la preuve des actes d'une certaine importance conclus par les non commerçants. L'écrit est encore requis pour la validité cette fois de certains actes de commerce. Il a fallu tenir compte de cette double exigence pour consacrer l'écrit électronique comme équivalent de l'écrit papier. Nous devons rappeler ces exigences diverses d'écrit pour comprendre comment ont été adoptés les textes relatifs à l'écrit électronique (Section 1) ; nous serons alors en mesure de préciser la notion d'écrit électronique (Section 2). Nous réserverons un développement particulier à l'acte authentique électronique qui obéit à des règles spécifiques (Section 3). Enfin, nous nous intéresserons à certaines formalités, telles que l'information précontractuelle ou la lettre recommandée, pour lesquelles des équivalents électroniques ont dû être trouvés (Section 4).

SECTION 1. EXIGENCES D'ÉCRIT ET INTRODUCTION DE L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

- 4 **Présentation** ◇ L'écrit est privilégié pour la preuve des engagements, mais il a également été exigé pour l'existence même de certains actes. Néanmoins, il nous semble que la distinction entre preuve et forme doit être nettement posée (§ 1) afin de mieux percevoir ensuite les enjeux de la reconnaissance de l'écrit électronique comme équivalent au papier (§ 2).

§ 1. Distinction des exigences d'écrit *ad probationem* et *ad validitatem*

- 5 **Division** ◇ Après avoir montré la nécessité de bien distinguer les règles de forme de celles de preuve (A) nous rappellerons les règles relatives à la preuve par écrit (B), puis nous évoquerons les exigences législatives récurrentes d'écrit comme condition de validité (C).

A. La nécessaire distinction entre forme et preuve

- 6 **Origines de la confusion entre forme et preuve** ◇ Les expressions de « forme », « formalisme » et « formalités » entretiennent une certaine confusion sur la portée exacte des règles de validité d'un contrat, sa preuve et son éventuelle publicité. Nous déplorons que ces expressions soient parfois employées comme synonymes car une telle présentation de la question est source de confusion. L'ambiguïté repose sur l'exigence d'écrit qui peut consister en une simple mode de preuve de l'acte ; cependant parfois elle est érigée en condition de validité de l'acte.

L'étude de Gény sur les « procédés plastiques » en droit est à l'origine d'un rapprochement entre le formalisme et la preuve ⁴. Flour a systématisé cette confusion des notions en retenant, qu'entre solennité, publicité et preuve, « la différence n'est que de degré, non de nature » ⁵.

Aujourd'hui, dans le droit-fil de cette analyse, les règles de preuve et de publicité (par ex., publication d'une vente d'immeuble à la conservation des hypothèques) sont parfois présentées comme appartenant à un formalisme atténué ou indirect par opposition au

formalisme direct (exigence d'une forme comme condition de validité) ⁶. Une telle présentation est séduisante puisqu'elle permet de regrouper sous un même intitulé les « exceptions au consensualisme ». Or, une telle approche ne constitue qu'une facilité qui relève de la rhétorique.

En effet, chez GénY, à l'origine de la confusion, le formalisme ne désigne qu'une notion floue qui trouve pour synonyme la forme ou le signe extérieur. En revanche, lorsque les notions de forme et de preuve sont analysées afin de discerner leur essence et leur fonction, sans être utilisées au profit d'une démonstration, il apparaît indispensable de les distinguer nettement ⁷.

7 *Éviter les confusions entre forme et preuve* ◇ Carbonnier a montré la voie en ce sens, en affirmant que « dans la théorie juridique, la forme et la preuve relèvent de deux mondes différents » ⁸.

Il convient de rappeler que, si la technique juridique permet de pallier l'absence d'écrit exigé comme mode de preuve lorsque celui-ci fait défaut, l'absence d'écrit exigé comme condition de validité de l'engagement conduit à la nullité de l'acte pour défaut de forme, sans qu'il soit possible de remédier à ce manquement. À défaut d'écrit, lorsque ce dernier est exigé comme mode de preuve ⁹, il est possible de produire un commencement de preuve par écrit complété par un témoignage ou un aveu ¹⁰. En revanche, quand l'écrit est exigé comme condition de validité de l'acte ¹¹, l'absence d'écrit rend l'acte nul de nullité absolue sans qu'il soit possible de lui substituer une quelconque autre forme. Preuve et forme relèvent donc bien de deux mondes différents même s'ils partagent la technique de l'écrit.

B. Les exigences d'écrit comme mode de preuve

8 *Définition de la preuve* ◇ Nous comprenons la preuve comme étant la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte selon les moyens admis par la loi. Cette définition est inspirée du *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu ¹² où il est indiqué que la preuve est « la démonstration de l'existence d'un fait (...) ou d'un acte (...) dans les formes admises par la loi ». Nous écartons le terme forme de la définition car nous souhaitons éviter toute confusion avec le formalisme. Il reste à préciser le rôle de la preuve.

9

Rôle de la preuve ◇ « On appelle preuve tout procédé employé pour convaincre le juge de la vérité d'un fait » précisait Planiol ¹³. Les études approfondies sur la preuve en droit confortent cette opinion. Elles sont concordantes pour montrer que la vérité établie par le procès ne correspond pas nécessairement à la réalité. Le droit de la preuve n'a pas pour fonction d'établir la vérité scientifique mais de donner une issue au procès selon des règles établies par la loi ¹⁴. En effet, on peut constater que le juge qui n'est pas en mesure de rendre des jugements de preuve dont la vérité serait indiscutable dispose d'une série de mécanismes de légitimation de sa décision contenue dans le droit de la preuve : par exemple, l'attribution de la charge de la preuve ou encore le jeu des présomptions ¹⁵.

La vérité n'est donc pas absente du procès, mais elle n'est pas pour autant la fin essentielle des règles de preuve. C'est la perception par le juge de la vérité qui est déterminante ¹⁶. Ce dernier doit désormais faire face aux preuves constituées à partir de nouveaux procédés techniques et se forger une conviction sur cette base. Néanmoins si le système probatoire « conduit à privilégier la régularité par rapport à la réalité » ¹⁷, l'intime conviction des juges du fond ne signifie pas nécessairement leur entière liberté. Le raisonnement qu'ils tiennent pour établir leur décision doit être cohérent ¹⁸. C'est pourquoi les règles établies sur la preuve par écrit fournissent un corps de règles organisées susceptibles d'étayer la conviction du juge, ces dernières ont été réformées pour y intégrer l'écrit électronique ¹⁹.

10

L'exigence d'écrit comme mode de preuve ◇ À titre liminaire, nous rappellerons que la preuve d'un fait juridique (délict, quasi-délict) est totalement libre ; il n'y a que la preuve des actes juridiques qui peut être soumise à certaines contraintes.

La primauté de la preuve littérale pour les actes n'a été instaurée que pour les actes présentant une certaine importance. En effet, l'article 1341 du Code civil indique que la preuve par écrit est exigée pour tout acte excédant une somme fixée par décret ; cette somme étant fixée à 1 500 euros ²⁰. En outre, il n'est pas possible de recourir à la preuve par témoins « contre et outre » un écrit qui constate un contrat.

L'article 1341 du Code civil n'est pas d'application générale car l'alinéa 2 renvoie à l'exception du droit commercial. En effet, l'article L. 110-3 du Code de commerce, reprenant l'article 109 de

l'ancien Code de commerce, indique qu'à l'égard des commerçants les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens. Cela signifie que, contre un commerçant la preuve est libre, mais que ce dernier est soumis à l'article 1341 du Code civil dès lors qu'il doit prouver un acte contre un non commerçant.

L'exigence d'écrit au-delà de 1 500 euros pour prouver l'existence ou le contenu d'un contrat conclu avec un non commerçant connaît des exceptions notables. En effet, à défaut d'écrit, il est possible de produire un commencement de preuve par écrit ²¹. Ce commencement de preuve par écrit peut être constitué par une lettre, un chèque ou encore un acte non signé. Il ne fait pas pleine preuve à lui seul de l'existence ou du contenu du contrat. Il doit être complété par un autre mode de preuve extérieur à l'acte tel qu'un témoignage ou encore une présomption. Le commencement de preuve par écrit complété par un témoignage peut donc se substituer à un écrit.

Une autre exception est encore prévue par l'article 1348 alinéa 1^{er} du Code civil. Il s'agit de l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale. L'impossibilité morale peut être constituée par les liens familiaux ou d'affection qui peuvent exister entre les contractants. L'impossibilité peut également résulter, précise le texte, de la perte de l'acte par suite d'un cas fortuit (incendie, par ex.). L'alinéa 2 de l'article 1348 ajoute qu'une copie fidèle et durable peut être produite pour prouver un acte lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé l'original. Cette disposition avait été ajoutée par une loi du 12 juillet 1980 afin de permettre aux banques de produire des microfilms de chèques. Depuis, lors la jurisprudence a reconnu aux photocopies et aux fax la valeur de preuve littérale ²².

Cette possibilité de pallier l'absence d'écrit en matière de preuve distingue essentiellement les exigences de preuve de celles de forme.

C. Les exigences d'écrit comme condition de fond

11

L'écrit condition de validité de l'acte ◇ Parfois, un écrit de la main du contractant est exigé comme condition de validité de l'acte. Les articles 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation ont instauré l'obligation de faire figurer des mentions manuscrites, avant la signature de l'acte de cautionnement, afin d'attirer l'attention de la caution personne physique sur son engagement comme garant de la dette d'un

emprunteur pour un prêt consenti par un professionnel. Ces mentions doivent figurer dans l'acte à peine de nullité de l'engagement de caution. Plus radicalement encore, la vente d'immeuble à construire doit être conclue en la forme authentique ²³.

Ces exigences aux termes desquelles la forme écrite ou la formule manuscrite sont déterminantes de l'existence même du contrat trouvent également à s'illustrer encore en droit commercial.

Dans le monde des affaires, caractérisé par la souplesse, le formalisme a été adopté pour des raisons de sécurité et d'information des tiers. La lettre de change ²⁴ et le billet à ordre ²⁵, par exemple doivent comporter des mentions précises pour être valables. Par ailleurs, la constitution d'une société en vue de son immatriculation suppose un écrit car la conclusion du contrat de société est formalisée par la signature des statuts ²⁶. De même que la cession de brevet ou de marque suppose un écrit pour être valable ²⁷.

Un formalisme informatif s'est également développé au profit consommateurs, mais également des commerçants moins puissants que leur cocontractant.

12 ***Formalisme informatif*** ◇ Le formalisme informatif a, pour l'essentiel, trouvé sa terre d'élection dans la protection du consommateur. Ainsi, en matière de contrat de prêt le taux effectif global doit-il figurer dans la convention ²⁸, sous peine de nullité relative de la stipulation d'intérêts ²⁹ et de réduction au taux légal ³⁰. Mieux encore, les mentions obligatoires prescrites par les articles L. 311-8 et suivants du Code de la consommation régissant le crédit à la consommation ont été considérées comme des règles d'ordre public ³¹ et sont sanctionnées par une nullité relative du contrat de prêt ³².

Entre commerçants, le formalisme informatif s'est manifesté plus tardivement, mais il a néanmoins été mis en œuvre afin de tenter de remédier à l'asymétrie dans l'information. Il s'agit, par exemple, du franchisé dans sa relation avec le franchiseur. L'article 1^{er} de la loi « Doubin » du 31 décembre 1989, devenu l'article L. 330-3 du Code de commerce, relatif à l'engagement d'exclusivité en matière commerciale, impose la fourniture d'un document permettant au bénéficiaire de l'exclusivité d'être éclairé sur la valeur du réseau dans lequel il va s'insérer et l'étendue de ses engagements. L'absence de ce document entraîne la nullité de l'acte dès lors que le défaut d'information a vicié le

consentement du cocontractant ³³.

L'insertion de l'écrit électronique dans notre droit a nécessité de tenir compte à la fois de l'écrit requis comme mode de preuve mais également de l'écrit utilisé comme condition de fond ou encore pour l'accomplissement de certaines formalités telles que l'information précontractuelle ou contractuelle ³⁴.

§ 2. Les textes introduisant l'écrit électronique

13 *Présentation* ◇ L'avènement de nouveaux modes de communication et la création de supports d'information autres que le papier ont suscité la volonté d'adapter notre droit. Dans la même période, des initiatives ont été prises par des institutions internationales et communautaires, de même que par le législateur français.

14 *Les initiatives internationales et européennes* ◇ La Commission des Nations unies pour le développement du commerce international (CNUDCI) avait proposé, dès 1996, une loi type sur le commerce électronique ³⁵. Le texte incitait à reconnaître l'écrit électronique comme équivalent à l'écrit papier traditionnel afin de faciliter les échanges commerciaux via Internet. La CNUDCI a poursuivi ses travaux en adoptant une loi type sur la signature électronique en 2001 qui affirme l'équivalence de tous types de signature à la condition que les exigences techniques posées pour reconnaître l'opposabilité de ces signatures soient proportionnées à la nature de l'engagement ³⁶.

Le législateur européen s'est également emparé de la question assez rapidement. C'est ainsi qu'une directive de 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques a été adoptée dans laquelle il est affirmé la nécessité de réforme de l'écrit afin de faciliter les échanges par voie électronique ³⁷. Cette directive doit être remplacée par un règlement sur « l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur » qui en est au stade de la proposition ³⁸. L'objet de ce projet de texte européen est de consacrer l'équivalence de la signature électronique dite « qualifiée » avec la signature manuscrite et de rendre équivalents tous les systèmes de création de ces signatures, agréés au niveau des États membres, dès lors qu'ils obéissent à des exigences

techniques déterminées.

Par ailleurs, dès 1998, la Commission européenne avait rendu public une proposition de directive sur le commerce électronique qu'elle avait élaborée et l'a présentée au Parlement ³⁹. La directive avait été adoptée, le 8 juin 2000 ⁴⁰. Les instances européennes ont souhaité, par ce texte, imposer aux États membres « de veiller à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique » ⁴¹. Cet impératif a été mis en œuvre par la loi française de transposition.

15 *Les textes français* ◇ Afin de tenir compte des mutations technologiques en droit français, la réflexion a d'abord été menée par un groupe d'universitaires consulté par le ministère de la Justice. Ce groupe a établi, début 1998, un avant-projet de loi « portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique » ⁴². L'initiative avait été suivie du dépôt au Sénat d'un projet de loi « portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique » qui différait quelque peu des suggestions de l'avant-projet ⁴³.

Le Sénat, puis l'Assemblée nationale ont, à l'occasion de leurs travaux, non seulement réformé le droit de la preuve en reconnaissant la valeur de l'écrit électronique et de la signature électronique, mais encore ils ont créé un nouvel acte authentique : l'acte authentique électronique. En effet, la surprise était venue du Sénat dont la commission chargée d'étudier le projet a prévu un amendement modifiant l'article 1317 du Code civil afin que les actes authentiques puissent être établis sur support électronique ⁴⁴. À l'issue de ces travaux parlementaires, il a été adopté la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique ⁴⁵.

Ce texte a notamment modifié l'article 1316 du Code civil et donné lieu à la création des articles 1316-1 à 1316-4 du Code civil. L'acte authentique électronique prévu à l'article 1316-4 et 1317 alinéa 2 (nouveau) trouve sa source dans cette loi. Le dispositif a été complété par les décrets n° 2001-272, du 30 mars 2001 ⁴⁶ et n° 2002-535 du 18 avril 2002 ⁴⁷ qui définissent les exigences techniques pour établir une

signature électronique fiable. Un arrêté a également apporté des précisions complémentaires sur l'agrément des prestataires techniques ⁴⁸. Enfin, l'acte authentique électronique est devenu réalité pour les notaires et les huissiers de justice grâce à deux décrets du 10 août 2005 ⁴⁹.

Ces textes posant des définitions précises de l'écrit électronique dans le cadre de l'écrit exigé comme mode de preuve sont devenus des textes applicables à tous les écrits électroniques.

16 ***Portée générale de la définition de l'écrit électronique par les articles 1316-1 à 1316-4 du Code civil*** ◇ C'est à l'occasion de l'adoption de loi du 13 mars 2000 ⁵⁰ que les notions d'écrit et de signatures ont été définies. Ces définitions s'appliquent désormais à tout écrit.

L'article 1316-1 du Code civil issu de cette loi indique que « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». L'article 1316-4 du Code civil, précise que « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte ». La généralité de ces notions ouvrait la voie à leur utilisation pour définir l'écrit quand ce dernier est exigé comme condition de forme ⁵¹.

Cette généralisation est advenue lorsque le législateur s'est préoccupé de déclarer les écrits papier et électronique équivalents quand l'écrit est exigé *ad validitatem*. En effet, l'article 25 de la loi « confiance dans l'économie numérique » du 21 juin 2004 a créé dans le Code civil un article 1108-1 relatif à l'écrit exigé comme condition de validité du contrat ⁵².

Cet article 1108-1 du Code civil, qui proclame l'égalité entre écrit papier et écrit électronique lorsque l'écrit est requis comme condition de validité de l'acte, renvoie aux articles 1316-1, 1316-4 et 1317 du même code pour définir l'écrit électronique. Les définitions générales de l'écrit et de la signature adoptées dans les textes sur la preuve s'appliquent donc à tout écrit quelle que soit sa fonction.

On déduit de la portée générale de ces textes que l'écrit, acte sous seing privé ou acte authentique, qu'il soit requis *ad probationem* ou *ad*

validitatem, est constitué par un corps de texte accompagné d'une signature.

Par ailleurs, l'article 26 de la loi « confiance dans l'économie numérique »⁵³ renvoyait à une ordonnance afin de prévoir des équivalents électroniques pour les exigences particulières d'écrit qui ne pouvaient être satisfaites par la simple déclaration d'équivalence de l'article 1108-1 du Code civil. L'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique⁵⁴ restructure le chapitre VII du titre III du livre III du Code civil qui traite « des contrats sous forme électronique » en le subdivisant en quatre sections. La Section trois de ce chapitre est constituée par les articles 1369-7 à 1369-9 qui ont instauré un régime propre aux lettres et aux remises d'écrit.

SECTION 2. L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

- 17 **Présentation** ◇ Les dispositions du Code civil livrent une définition très précise de la preuve par écrit (§ 1), afin d'affirmer une parfaite égalité entre l'écrit papier et l'écrit électronique (§ 2). Ces textes consacrent la signature manuscrite ou électronique comme mode de parachèvement de l'acte (§ 3).

§ 1. Définition de l'écrit

- 18 **Division** ◇ La définition de la preuve par écrit, établie à l'article 1316 du Code civil, dépasse le simple cadre de l'écrit électronique et vaut définition générale de l'écrit (A). En outre la grande liberté de choix du support permet la reconnaissance des copies comme mode de preuve, c'est un nouveau statut pour cet *instrumentum* (B). Enfin, il a été décidé en jurisprudence que l'e-mail n'est pas un écrit électronique au sens du Code civil (C).

A. Une définition générale de l'écrit

- 19 **Une définition de l'écrit en général** ◇ Naguère, la notion de preuve écrite ne faisait pas fait l'objet d'une définition. La section du Code civil

consacrée à la preuve littérale se déclinait en cinq paragraphes consacrés au « titre authentique », à « l'acte sous seing privé », aux « tailles », aux « copies des titres » et aux « actes reconnaissances et confirmatifs » ; mais il n'était pas précisé ce qu'il fallait entendre par preuve écrite. Aujourd'hui, l'article 1316 du Code civil précise que : « la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres, ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Ce texte énonce une définition de la preuve littérale dont les termes sont si vastes qu'elle permet une extension considérable du nombre de documents susceptibles de constituer une preuve par écrit. En effet, toute forme de signe est admissible dès lors qu'au moment de produire l'*instrumentum* (le support écrit) comme preuve, le texte est compréhensible par tous.

Ce texte permet d'accueillir tout écrit comme mode de preuve. Au-delà, c'est la conception même de l'écrit qui a été modifiée car tout signe intelligible peut valoir écrit et tout support peut accueillir cet écrit.

20 *Tout signe intelligible constitue un écrit* ◇ L'article 1316 du Code civil dispose que : « la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres, ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible ». Nous étions familiers des lettres et caractères, la nouveauté introduite par la définition est donc venue des signes ou symboles.

Il avait déjà été jugé que l'écriture au crayon était admissible⁵⁵ et que les conséquences des ratures et additions étaient laissées à l'appréciation des juges du fond⁵⁶. Le texte issu de la réforme est allé beaucoup plus loin car le signe ou le symbole permet d'envisager des écritures qui ne sont pas immédiatement compréhensibles. Il s'agit notamment de l'écriture électronique, qui consiste en un langage compréhensible par les machines, et la cryptographie.

L'utilisation de la cryptographie a été admise par l'article 28 de la loi du 28 décembre 1990⁵⁷ qui précise que l'on « entend par prestation de cryptologie toutes prestations visant à transformer à l'aide de conventions secrètes des informations ou signaux clairs en information ou signaux inintelligibles pour des tiers ». Aussi lorsque le message crypté sera redevenu, après déchiffrement, intelligible, pourra-t-il servir de preuve écrite, quel que soit le support.

21 ***Tout support et tout mode de transmission sont admis*** ◇ La totale liberté de choix de support et de mode de transmission pour créer une preuve avait déjà été consacrée par la Cour de cassation qui avait admis qu'un acte « peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie dès lors que son intégrité et l'imputabilité du contenu à son auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées » et valoir ainsi « preuve écrite »⁵⁸. Cet arrêt ouvrait ainsi la voie à l'admission de tout support comme preuve écrite, à la condition que l'engagement ne soit pas contesté ou que l'*instrumentum* ait été vérifié. Ces exigences se retrouvent dans la définition de l'écrit électronique⁵⁹.

L'écrit de la preuve littérale ne sera plus nécessairement un support papier ni même un *instrumentum* original. les disquettes, CD-Rom, disques durs ou clés USB peuvent être admis de même qu'une copie papier⁶⁰. Tout nouveau support qui sera créé à l'avenir pourra également être utilisé.

L'acceptation de tous les supports pour établir un écrit aux termes de l'article 1316 du Code civil doit conduire à s'interroger sur la pérennité des supports dans le temps. En effet, le papier conservé dans des conditions normales passe avec un certain succès l'épreuve du temps. Il n'est pas certain que les disquettes, CD-Rom, disques durs ou clés USB seront aussi résistantes. La difficulté de conservation pour les nouveaux écrits se trouve accrue par la nécessité de lire les langages machines à travers le temps. Il n'est pas certain qu'un texte établi grâce à un traitement de texte actuel sera lisible sur son support machine dans vingt ans. La pérennité de l'écrit électronique passe donc par la « migration » régulière de tous les documents stockés vers le dernier langage machine. La préservation de l'écrit électronique à travers le temps suppose la mise en œuvre régulière de moyens matériels et le maintien pour les siècles à venir d'une société sophistiquée maîtrisant sans discontinuer les techniques nécessaires.

Une technique parfaitement maîtrisée.

B. Le nouveau statut de la copie

22 ***Division*** ◇ Nous préciserons d'abord la notion de copie (1) avant d'indiquer dans quelle mesure celle-ci est admise comme preuve (2).

1. La notion de copie

- 23 ***La place traditionnelle de la copie au sein des modes de preuve*** ◇ À l'article 1334 du Code civil, la copie est distinguée de l'original en décidant que « les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée ». Ce texte signifie que la copie a une valeur si l'original subsiste et si la copie lui est conforme. L'original peut donc toujours être exigé par la partie à qui l'on oppose une copie ⁶¹. Cependant, l'application de l'article 1334 du Code civil a été écartée pour la preuve d'une déclaration de créance dans une procédure collective ; une délégation avait été donnée à un préposé pour y procéder et une copie avait été conservée ⁶². Par ailleurs, dans une affaire où une société locataire de nombreux lots en copropriété ne retrouvait que la copie de certains baux, mais pas de tous, la Cour de cassation a estimé que les copies produites suffisaient pour prouver le contenu des contrats sans qu'il paraisse nécessaire de montrer l'existence des originaux, mais que cela ne permettait pas d'inférer le contenu des contrats à l'égard des propriétaires des lots pour lesquels aucun écrit ne pouvait être produit ⁶³.
- En outre, ce texte devrait tomber en désuétude en raison de la définition large de l'écrit adoptée à l'article 1316 du Code civil ⁶⁴. En jurisprudence, les copies sont également admises comme preuve ; celle-ci s'est développée tout d'abord sur le fondement de l'article 1348 alinéa 2 du Code civil.
- 24 ***L'article 1348 alinéa 2 du Code civil issu de la loi du 12 juillet 1980*** ◇ Le droit de la preuve a commencé à être modifié afin de faire face aux exigences des banquiers. Il fallait pouvoir se plier aux exigences de preuve des titres de paiement, tels que les chèques, sans être encombré par l'archivage des millions de formules émises et utilisées par les titulaires de compte. Aussi la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 était-elle intervenue pour amender le régime de la preuve des actes juridiques ⁶⁵. Outre, la suppression par ce texte « du bon pour » qui était prévu à l'article 1326 du Code civil, le droit de la preuve littérale avait été amendé en introduisant un nouveau moyen de produire un écrit : celui de la copie fidèle et durable d'un titre dont l'original n'a pas été conservé par le dépositaire ⁶⁶.

Cette modification ne visait que les microfilms réalisés par les

banques afin de ne pas être contraintes d'archiver les chèques. En effet, seul ce procédé correspond exactement aux conditions restrictives de l'article 1348 alinéa 2 du Code civil. Il faut un dépositaire, qui n'a pas conservé l'original et que la copie soit « non seulement fidèle mais aussi durable ». Ces qualités sont présumées pour « toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ». C'est ainsi que pour la photocopie d'un testament olographe, il a été jugé que la détention de la photocopie ne suffisait pas à prouver son contenu dès lors qu'il n'était pas démontré une destruction de l'original ⁶⁷.

Une interprétation stricte de l'article 1348 alinéa 2 du Code civil ne semblait donc pas permettre de dépasser le cas du microfilm. Néanmoins, la jurisprudence a admis comme preuve des photocopies et des télécopies.

2. La copie comme preuve littéraire

25 ***Photocopie, fax et documents « images » sont des copies*** ◇ Nous entendons par copie non seulement la photocopie, qui est une reproduction d'un original ou d'une copie, mais encore la télécopie, mais encore tout document image (scan, format « pdf »...) dès lors que ce dernier ne peut être modifié ni par son créateur, ni par le destinataire. En effet, le fax ne représente qu'une copie qui a été transmise par un moyen de communication, il en est de même pour tout document « image » qui serait créé et transmis. Les développements qui suivent s'appliquent indistinctement à tous ces instruments.

26 ***Opposabilité des copies quand l'engagement n'est pas dénié*** ◇ Traditionnellement et par application de l'article 1334 du Code civil, la valeur d'une copie est subordonnée à sa conformité à l'original qui doit exister et dont une partie peut toujours exiger la représentation.

Aussi avait-il été décidé que même une copie certifiée conforme ne pouvait faire preuve lorsque l'existence de l'original était déniée ⁶⁸. En revanche, dès lors que l'existence de l'original et la conformité de la copie à l'original ne sont pas déniées ⁶⁹, il a toujours été décidé que toute copie est admissible comme mode de preuve ⁷⁰.

27 ***Copie admise comme preuve littéraire*** ◇ La réforme très

circonscrite de l'article 1348 du Code civil permettait une évolution. En effet, l'article 1334 du Code civil se trouve évincé dès lors que l'on admet qu'une copie peut avoir une valeur de preuve autonome, détachée de l'existence d'un original. Le critère de fidélité et l'exigence de permanence dans le temps posés par l'article 1348 alinéa 2 ne se rencontrent que pour le microfilm ⁷¹. Toutefois, une jurisprudence s'est développée pour admettre la valeur autonome de la photocopie et de la télécopie.

Dans un premier temps, la photocopie a été reconnue comme un commencement de preuve par écrit dans un litige relatif à une reconnaissance de dette ⁷². Toutefois, ce même arrêt a écarté la copie pour établir le montant de l'intérêt car l'article 1907 alinéa 2 du Code civil exige un écrit *ad validitatem* ⁷³.

Par ailleurs, en matière de contrat d'assurance-vie une photocopie du bulletin de transfert du bénéfice de la stipulation a également été considérée comme « une copie fidèle et durable » qui, corroborée par des témoignages, a fait la preuve d'une manifestation de volonté ⁷⁴.

Dans un second temps, suivant la solution adoptée par les juges du fond ⁷⁵, la Cour de cassation a adopté une position plus radicale en décidant qu'une photocopie fidèle et durable fait pleine preuve de l'existence d'un contrat ⁷⁶.

Mieux encore, une télécopie a été admise comme preuve d'une acceptation de cession de créance professionnelle ⁷⁷. La décision a été rendue sur le fondement de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1981 (*Bordereau Dailly*) qui exige un écrit comme condition de validité de la cession et non de preuve. Mettant à profit l'ambiguïté du pourvoi qui ne contestait pas l'existence même de l'acceptation de la cession mais son mode de preuve par télécopie, la Cour de cassation a pu affirmer que « l'écrit (...) peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées » ⁷⁸. En l'espèce, comme le caractère mensonger de la télécopie n'était pas allégué, celle-ci a pu être accueillie comme preuve écrite ⁷⁹.

Il est donc possible de déduire de cet arrêt un régime de la preuve par copie (photocopie ou télécopie). Lorsque l'intégrité de la copie et l'imputabilité de son contenu ne sont pas contestées, la copie vaut preuve, sans égard à l'article 1334 du Code civil. Il est vrai que la solution avait déjà été adoptée lorsque la conformité à l'original n'est pas contestée ⁸⁰; néanmoins, la Cour de cassation a ajouté que cette copie

peut se réaliser par tous moyens et sur tous supports ⁸¹. La règle est confortée par le nouvel article 1316 du Code civil.

28 ***Jurisprudence confortée par l'article 1316 du Code civil et liberté de la preuve en droit commercial*** ◇

L'adoption de l'article 1316 du Code civil conforte la valeur de pleine preuve de la copie indépendamment de l'article 1334 du Code civil. En effet, en admettant que tout signe sur tout support constitue une preuve littérale ou preuve par écrit, il n'est plus possible d'écarter purement et simplement la photocopie, la télécopie ou le document « image » (scan, « pdf ») parce qu'elles ne constitueraient que des copies. Ces dernières entrent parfaitement dans la définition de la preuve littérale.

En jurisprudence, quand bien même l'article 1316 du Code civil n'était pas applicable aux affaires en cause, l'évolution est également très perceptible. Si la télécopie n'est toujours pas admise, sauf disposition expresse, quand un écrit est exigé pour un acte de procédure ⁸² ; en revanche à titre de preuve, la copie constitue bien un écrit.

En effet, il n'y a plus de « fin de non recevoir » probatoire fondée uniquement sur la production d'une copie. Désormais, la discussion s'engagera sur la valeur de la copie à chaque fois que l'original ne peut pas être produit. Il appartient alors au juge de vérifier que la copie n'est pas le résultat d'un montage, qu'elle est « sincère et fidèle » ⁸³.

Il reste néanmoins que la partie qui dénie l'acte lui-même oblige celui qui se prévaut d'une copie de bien montrer qu'elle ne peut être que conforme à l'original. C'est ainsi que la Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel qui avait admis qu'une caisse de sécurité sociale pouvait prouver avoir dénoncé à un employeur une procédure de classement d'un salarié en maladie professionnelle par copie informatique d'un courrier ⁸⁴. La Haute juridiction a estimé que cette copie informatique devait être conforme aux dispositions conjuguées des articles 1334, 1348 et 1316-1 du Code civil pour justifier de l'accomplissement de la dénonciation de la procédure à l'employeur. Cet arrêt ne se comprend selon nous que par la dénégation de l'employeur à avoir été informé, ce qui rend ensuite possible de discuter du mode de preuve. La simple copie informatique d'une lettre est sans doute impuissante à démontrer la réalité de l'envoi de cette lettre. Toutefois, dans un arrêt ultérieur, il a été jugé que la copie informatique conservée par une caisse primaire d'assurance-maladie constituait un commencement de preuve par écrit

qui rendait vraisemblable le fait allégué, la caisse ayant en outre produit l'accusé de réception ⁸⁵.

Ces arrêts montrent une fois encore que le juge ne peut plus écarter d'emblée une copie ; il faut préalablement qu'une partie dénie son engagement ou l'acte et conteste l'intégrité de la copie pour justifier une vérification et l'imputabilité du contenu de la copie à l'auteur désigné ⁸⁶. La Cour a conféré un pouvoir souverain aux juges du fond pour procéder à l'appréciation de la fiabilité de la copie présentée ⁸⁷.

En droit commercial, aux termes de l'article 1341 alinéa 2 du Code civil et 110-3 du Code de commerce, la preuve est libre à l'égard des actes de commerce accomplis par des commerçants. Une telle liberté conduit naturellement à accueillir les copies sous toutes leurs formes pour preuve contre un commerçant ⁸⁸. Le juge saisi doit apprécier de la valeur d'une copie ou de tout autre *instrumentum* véhiculé par tous moyens de communication comme de n'importe quel autre mode de preuve. Il peut admettre qu'une copie soit produite contre un acte original, tout en se réservant une libre appréciation de leur force respective. En revanche, la Cour de cassation a refusé le mail un écrit est exigé.

C. Le refus d'admettre le mail comme écrit électronique au sens des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil

29 Refus par la Cour de cassation ◇ Un e-mail n'est pas un écrit électronique au sens du Code civil, selon la Cour de cassation ⁸⁹. Le courriel ou encore e-mail constitue maintenant un mode usuel de communication. Dans l'esprit de ses nombreux utilisateurs il semble pouvoir se substituer à un courrier papier. Tel n'est pas le cas selon la Cour de cassation qui a eu à connaître d'une affaire de bail d'habitation pour lequel un acte spécifique de congé est exigé ; elle a rendu son arrêt sur le fondement des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil. Dans le litige qui opposait les deux parties, la locataire se prévalait de mails qui auraient émané du bailleur. Il semble que les deux parties communiquaient au moyen du courrier électronique. Toutefois, le bailleur a dénié l'authenticité des mails.

La question posée était donc de savoir si un e-mail a une valeur d'écrit électronique dès lors que celui à qui on l'oppose dénie son authenticité. La cour d'appel avait tenté de faire évoluer le droit de la preuve en

décidant que les parties ayant utilisé les messages électroniques pour communiquer et le bailleur ne produisant pas d'autres écrits, ce dernier pouvait se voir opposer des courriels qui lui étaient imputables. Il aurait fallu selon les juges du fond que le bailleur produise d'autres documents de nature à contredire les mails.

La Cour de cassation n'a pas voulu élargir la portée des dispositions du Code civil et s'est retranchée derrière une lecture littérale des textes définissant l'écrit électronique pour refuser une telle qualification aux mails, un écrit étant exigé en matière de congé ⁹⁰.

30 *Une application stricte des textes sur l'écrit électronique* ◇ La Cour de cassation a décidé, dans son arrêt du 30 septembre 2010 ⁹¹, d'appliquer strictement les articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil au « message électronique » ou e-mail. Ces textes ainsi mis en œuvre ne pouvaient que conduire à la disqualification d'écrit électronique pour un courriel. Ni les conditions de création, ni celles de conservation d'un e-mail ne correspondent aux exigences légales de fiabilité. En outre, le courriel n'était évidemment pas signé par une signature électronique au sens de l'alinéa 2 de l'article 1316-4 ⁹².

31 *Le mail écarté à certaines conditions* ◇ La Cour de cassation a insisté dans son arrêt du 30 septembre 2010 sur le fait le bailleur déniait avoir envoyé un mail qu'il convenait d'apprécier la fiabilité de celui produit par la locataire. En effet, il ne suffit pas de prétendre qu'un mail n'est pas intrinsèquement recevable comme mode de preuve pour écarter cet écrit. Il faut, pour le défendeur à qui l'on oppose un message électronique qui ne correspond pas aux exigences des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil, soit nier s'être engagé ou contester le contenu du mail que l'on veut lui opposer. Ce point a déjà été jugé à propos des copies ou photocopies ⁹³.

On peut déduire de cette jurisprudence élaborée à propos des copies que le juge ne peut plus écarter d'emblée un écrit, *instrumentum*, quel qu'il soit ; il faut préalablement qu'une partie dénie son engagement ou l'*instrumentum* et conteste l'intégrité de cet acte pour justifier une vérification et l'imputabilité du contenu à l'auteur désigné. Cette jurisprudence est désormais transposée au mail, ce dernier peut constituer un mode de preuve tant qu'il n'est pas dénié. En outre, quand les parties sont commerçantes ; la preuve est alors totalement libre ⁹⁴. En

outre, il a été jugé, à propos d'un licenciement que la preuve d'un fait est complètement libre et que la valeur d'un courriel est laissée à l'appréciation des juges du fond sans qu'il y ait lieu d'appliquer les articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil ⁹⁵.

La jurisprudence afférente au mail montre combien la reconnaissance de l'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique est tributaire des exigences de fiabilité technique.

§ 2. L'égalité de l'écrit électronique avec l'écrit papier

- 32 **Présentation** ◇ L'affirmation de l'égalité entre l'écrit papier et l'écrit électronique suppose la réunion de conditions techniques (A). Lorsque ces conditions ne sont pas réunies les parties à l'acte peuvent avoir convenu à l'avance par convention des modes de preuve admissibles entre elles ; la jurisprudence et loi validant ces conventions sur la preuve (B). Enfin, en présence d'un conflit de preuve littérale, le juge demeurera libre d'apprécier la vraisemblance des titres qui lui sont soumis (C).

A. Les conditions de l'égalité

- 33 **Division** ◇ L'affirmation de l'égalité de l'écrit électronique avec l'écrit papier a permis de libérer la modalité de rédaction du corps du texte (1). Cette égalité se réalise au prix d'une exigence forte quant à l'imputabilité de l'écrit électronique à son auteur et une garantie d'intégrité du support (2).

1. Le corps du texte

- 34 **Toute langue et tout langage** ◇ L'article 1316 admet toute langue pour constituer un écrit. Cependant cette totale liberté doit être tempérée par les dispositions sur l'usage du français. Dans les actes privés, de nature domestique, la langue utilisée n'a pas d'importance. En revanche, tout acte officiel doit être rédigé en français depuis l'ordonnance de Moulins de février 1566.

En droit positif, une loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975 était venue imposer l'obligation d'utilisation de la langue française dans les services publics et pour le monde des affaires, dans les factures et quittances.

Cette loi a été abrogée et remplacée par la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française. L'article 2 de ce nouveau texte impose l'usage du français dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi d'un produit ou d'un service ainsi que dans les factures et les quittances. L'article premier du décret d'application (D. n° 95-240, 3 mars 1995) prévoit une sanction par une peine d'amende (contravention de quatrième classe) ⁹⁶.

Or, comme mode de preuve, la langue utilisée pour établir l'écrit n'a pas d'importance, il suffira, en tant que de besoin, de faire établir une traduction. Cette indifférence à la langue est confortée par le nouvel article 1316.

En effet, la nature de l'écriture importe guère puisque l'article 1316 du Code civil issu de la loi du 13 mars 2000 prévoit que l'écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ⁹⁷. Un langage crypté pourra donc avoir été utilisé pour établir l'écrit, ce dernier pourra néanmoins être produit sous sa forme intelligible ⁹⁸ (*ibid.*).

L'intelligibilité ne concerne que le langage ; il faut en outre que l'écrit établi soit imputable avec certitude à son auteur et qu'aucune suspicion ne puisse planer sur son intégrité.

2. L'imputabilité et l'intégrité

- 35 ***Les conditions de l'égalité entre l'écrit papier et l'écrit électronique*** ◇ L'article 1316-1 du Code civil dispose que « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». L'égalité affirmée de l'écrit électronique repose, aux termes de ce texte, sur deux exigences cumulatives. Il faut pouvoir imputer avec certitude l'acte à un contractant nettement identifié et les procédures techniques de création et de conservation de l'acte doivent garantir son intégrité
- 36 ***Identification certaine de l'auteur de l'acte*** ◇ Il est impératif que l'écrit électronique ne puisse être attribué qu'aux parties qui ont voulu et ont participé à l'acte. L'exigence se comprend encore mieux illustrée par l'exemple de la reconnaissance de dette. Un tel acte doit pouvoir être opposé avec certitude au débiteur. Il faut donc que le procédé technique

utilisé pour manifester l'engagement par voie électronique garantisse l'identité de ce débiteur. Le recours à la signature sécurisée de l'acte avec intervention d'un tiers certificateur permet d'atteindre un tel objectif ⁹⁹. Aussi ce processus doit-il garantir l'intégrité de l'acte.

37 ***Création et conservation de l'acte qui garantissent son intégrité*** ◇ Le papier n'est certes pas inaltérable ; les procédures de vérification d'écriture pour les actes sous seing privé ¹⁰⁰ et d'inscription de faux pour les actes authentiques ¹⁰¹ attestent de la nécessité de vider le contentieux sur la véracité des actes présentés au juge. Toutefois, pour que l'écrit électronique, auquel s'appliquent ces procédures de vérification d'écriture et d'inscription de faux, soit fiable, la technique utilisée doit répondre à double défi. Il doit d'abord être fiable lors de sa création. C'est-à-dire que le procédé technique ne doit pas permettre la création trop aisée d'un faux. Il faut, en outre, garantir que le contenu voulu par les parties n'a pas été altéré entre le moment de sa rédaction et celui de sa signature.

Ensuite, pour que l'écrit électronique soit crédible face au papier, le procédé de conservation ou de stockage utilisé doit permettre d'affirmer avec certitude que ce dernier n'a pas pu être altéré, qu'il est définitivement « verrouillé ».

Sécurité dans la création et intangibilité lors de la conservation constituent donc les exigences techniques nécessaires pour que l'écrit électronique soit équivalent au papier. Dès lors que l'utilisateur de ce type d'écrit ne peut répondre à de telles exigences ou s'il ne peut pas mettre en place un procédé de signature électronique sécurisé conforme à l'article 1316-4, il devra établir préalablement une convention sur la preuve avec son contractant. La validité de ces conventions a été consacrée par la loi.

B. Consécration et actualité des conventions sur la preuve

38 ***Affirmation en jurisprudence de la validité des conventions sur la preuve*** ◇ Il a été affirmé depuis longue date la validité des conventions qui déterminent par avance la force des procédés de preuve mis en œuvre par les parties ¹⁰². Toutefois, les parties ne sauraient porter atteinte par conventions à la preuve de droits indisponibles, tels que

ceux relatifs à l'état des personnes ou à la capacité. De même que les conventions ne peuvent pas porter atteinte aux procédures de vérification d'écriture ou d'inscription de faux ; ces règles touchant à l'organisation judiciaire ne sauraient être modifiées par simple convention.

Dès lors que ces limites sont observées, la validité des conventions sur la preuve est bien établie. Une telle consécration s'est notamment produite à propos des écritures électroniques grâce à la jurisprudence *Crédicas*. Dans cette affaire qui a donné lieu à un arrêt de principe, un tribunal d'instance refusait que la seule composition du code à quatre chiffres par le titulaire d'une carte de paiement puisse constituer une preuve au profit de l'établissement financier car ce dernier avait la libre et entière disposition des machines utilisées ¹⁰³. Plus nuancés, les conseillers de cour d'appel, admettaient une liberté de preuve pour des montants inférieurs à 5 000 francs (800 euros environ) dès lors que le dérèglement de la machine n'était pas invoqué ¹⁰⁴.

La Cour de cassation avait beaucoup plus simplement affirmé, au visa des articles 1134 et 1341 du Code civil, la validité de la clause du contrat de carte bancaire qui détermine les modalités de preuve de l'usage de la carte, notamment les retraits et les paiements ¹⁰⁵. En effet, « pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve son licites » ¹⁰⁶.

Cette jurisprudence est reprise par la loi.

39 ***Consécration légale et utilité des conventions sur la preuve*** ◇ L'article 1316-2 du Code civil précise « qu'à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable ». L'incise portant sur les conventions sur la preuve vient consacrer la licéité de ces conventions. Il est donc légalement possible de prévoir par stipulation contractuelle selon quel mode la preuve littérale pourra être administrée ¹⁰⁷.

Nonobstant la reconnaissance par la loi du 13 mars 2000 de l'écrit électronique comme mode de preuve, les exigences techniques qui pèsent notamment sur la création d'une signature électronique ¹⁰⁸, n'ont pas encore permis une généralisation de l'écrit électronique fiable au sens de la loi. Aussi les conventions sur la preuve conservent-elles tout leur intérêt. Elles vont continuer de permettre l'admission « d'écrits

électroniques » comme preuve sans que ces derniers répondent aux exigences des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil. Il en est ainsi, par exemple, pour les enregistrements informatiques qui constatent les opérations réalisées par cartes bancaires.

Aussi, les juges du fond ont-ils considéré comme valable une clause du contrat prévoyant un comptage électronique des « clics » conclu entre un intermédiaire sur Internet procédant à des référencement et un commerçant ¹⁰⁹. Sur le fondement de l'article 1316-2 du Code civil, le tribunal a estimé qu'il appartenait au commerçant de démontrer que le mode de comptage qu'il avait accepté en concluant le contrat n'était pas fiable ¹¹⁰.

Par ailleurs, il appartient à la partie qui se prévaut de la convention sur la preuve d'en respecter les stipulations. En effet, un opérateur téléphonique prétendait utiliser un listing informatique pour montrer qu'il avait averti que son client de la suspension, puis de la résiliation du contrat d'abonnement ¹¹¹. Or, l'exigence contractuelle d'envoi d'une lettre de mise en demeure pour procéder à la résiliation ne pouvait pas être satisfaite par la production d'un simple listing informatique qui, au surplus, ne constitue pas un écrit électronique au sens des articles 1316 et suivant du Code civil ¹¹². Il aurait fallu que l'opérateur prévoie dans sa convention sur la preuve que le listing relevant les envois de mise demeure constitue une présomption simple de la preuve de cet envoi afin de pouvoir l'opposer à l'abonné.

Bien que la jurisprudence valide les conventions sur la preuve, la Commission des clauses abusives a considéré dans une Recommandation n° 07-02 relative aux contrats de vente mobilière conclu par Internet que les clauses qui accordent une valeur probante irréfragable aux enregistrements électroniques réalisés par le professionnel et qui stipulent que le « double clic » a la même valeur qu'une signature électronique de l'article 1316-4 du Code civil créent un déséquilibre significatif et devraient être éliminées des contrats du commerce électronique ¹¹³. En outre, depuis la réforme des dispositions sur les clauses abusives par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, il est renvoyé aux dispositions réglementaires qui prévoient une liste de clauses présumées irréfragablement abusives (C. consom., art. R. 132-1) et une liste de clauses qui sont simplement présumées abusives (C. consom., art. R. 132-2) ¹¹⁴. L'article R. 132-2, 9° du Code de la consommation mentionne les clauses qui ont pour objet de « limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou

du consommateur » parmi les clauses qui sont présumées abusives, mais dont le professionnel qui les a stipulées peut démontrer le caractère équilibré.

Dorénavant pour que la clause de preuve soit équilibrée, il faut indiquer que l'enregistrement ou le procédé électronique mis en œuvre par le professionnel fait preuve entre les parties, sans restreindre la possibilité pour le consommateur de prouver par tout autre moyen. De surcroît, il nous semble que la clause indiquant que le double-clic prouve l'engagement est parfaitement valable dès lors qu'il n'est pas prétendu par le professionnel que cette modalité revient à respecter l'article 1316-4 du Code civil ¹¹⁵. De surcroît, il convient de rappeler ici que, par application de l'article 1341 du Code civil, pour une somme inférieure à 1 500 euros, la preuve par écrit n'est pas exigée. Afin d'éviter que la clause sur la preuve ne soit qualifiée d'abusives, l'essentiel consiste en ce que le professionnel ne rende pas le mode de preuve qu'il a choisi exclusif de tout autre.

C'est donc une convention sur la preuve bien rédigée et non déséquilibrée qui facilitera la solution d'éventuels conflits de preuve soumis au juge.

C. L'appréciation par le juge des conflits de preuve

40 *Liberté et principe d'égalité entre papier et électronique* ◇ L'article 1316-2 du Code civil précise : « lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support ».

Il convient d'abord de rappeler que la preuve est libre contre un commerçant et entre commerçants ¹¹⁶. Aussi un écrit électronique produit par un commerçant pourra-t-il être combattu par tous moyens. C'est ainsi qu'il a été décidé qu'une simple saisie sur support informatique d'une déclaration de créance par le représentant des créanciers suffisait à prouver que cette déclaration avait été réalisée dans les délais bien que l'écrit électronique invoqué ne réponde pas aux exigences de l'article 1316-1 du Code civil ¹¹⁷. En effet, la Cour de cassation rappelle dans cette espèce que le créancier peut apporter par tous moyens la preuve que la déclaration de créance a été effectuée dans les délais ¹¹⁸.

Le principe de liberté de la preuve contre un commerçant étant

rappelé, il faut retenir de l'article 1316-2 qu'à défaut de texte spécial qui organiserait une hiérarchie des modes de preuve ou de convention préalable entre les parties, le juge est libre de décider quel *instrumentum* lui paraît le mieux refléter la nature et l'étendue de l'engagement ¹¹⁹. Les magistrats pourront certainement se faire aider par une expertise s'ils doivent trancher une discussion sur la fiabilité d'un écrit électronique ¹²⁰. Le recours à l'expertise sera également nécessaire en cas de conflit entre deux écrits électroniques. Ils ne seront véritablement équivalents que s'ils sont signés conformément à l'article 1316-4 du Code civil ¹²¹. Si l'un deux n'est pas un écrit électronique fiable son détenteur succombera. En revanche, en présence de deux écrits électroniques qui ont été établis conformément aux exigences légales, le juge est libre de retenir celui qui paraît le plus vraisemblable.

La même liberté est reconnue en cas de conflit entre un écrit électronique et un écrit papier. Toutefois, le juge ne pourra pas exprimer sa faveur par principe pour l'écrit. En effet, il doit d'abord, aux termes de l'article 1316-2 *in fine* admettre tout titre « quel qu'en soit le support ». En outre et plus nettement encore, l'article 1316-3 interdit de faire prévaloir le papier sur l'électronique en affirmant nettement que « l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ». Le juge est donc libre de régler un conflit entre écrit papier et écrit électronique en préférant le titre le plus vraisemblable, mais il lui est interdit de privilégier par principe le papier.

Une telle solution serait d'autant plus illégitime que la signature électronique qui respecte les exigences légales bénéficiera d'une présomption de fiabilité.

§ 3. La signature électronique

41

La clé de voûte ◇ La signature dont les modalités sont définies par l'article 1316-4 du Code civil constitue la clé de voûte de la construction que constitue tout écrit en général et l'écrit électronique en particulier. Le projet de règlement européen du 4 juin 2012 sur « l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur » ¹²² maintient cette position centrale d'une signature électronique dite « qualifiée », comme seule équivalent possible à la signature manuscrite ¹²³. L'article 1316-4 Code civil comporte deux alinéas fort distincts par leur portée. Le premier

donne une définition générale de la signature qui n'avait encore jamais été établie ; cette définition générale permet d'admettre la signature électronique (A). Le second alinéa précise les exigences de fiabilité afin que soit reconnue la signature électronique (B).

A. De la signature en général à la signature électronique en particulier

- 42 **Division** ◇ Afin d'appréhender la signature, il convient de préciser sa définition et d'en déduire les fonctions qui lui sont attribuées (A). Pour que la signature sous forme électronique soit admise, l'intervention du législateur était nécessaire (B).

1. La notion de signature

- 43 **Division** ◇ La notion de signature se déduit à la fois de sa définition (a) et des fonctions qui lui sont attribuées par l'article 1316-4 du Code civil (b).

a. La définition de la signature en général

- 44 **Définition légale** ◇ L'alinéa 1^{er} de l'article 1316-4 du Code civil, introduit par la loi du 13 mars 2000, précise que « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte ».

La consécration par la loi de la signature électronique a ainsi donné au législateur l'occasion de définir la signature en général, ce qui n'avait pas été fait antérieurement.

- 45 **La signature par le passé** ◇ Il n'existait pas de définition de la signature ; cette dernière faisait quelquefois l'objet de précisions en fonction de la matière dans laquelle elle devait être donnée ¹²⁴. C'est ainsi qu'à l'article 970 du Code civil, il est indiqué qu'elle doit être manuscrite pour le testament olographe. Il avait déjà été admis que la signature peut prendre la forme d'une croix ou d'un dessin ¹²⁵ et qu'un tiers pouvait aider à la tracer ¹²⁶, l'essentiel étant la manifestation de volonté d'adhérer à

l'acte. Par ailleurs, l'absence de signature ou la présence d'une signature raturée, fait perdre à l'écrit sa force probante et le transforme en commencement de preuve par écrit lorsque l'engagement n'est pas dénié ¹²⁷.

C'est pourquoi, dans une acception commune de la signature, « il était entendu que c'était une marque manuscrite usuelle apposée sur un document et par laquelle l'individu affirmait sa présence à l'acte, exprimait son adhésion au contenu intellectuel de l'*instrumentum* écrit avec l'intention de signifier qu'il en était l'auteur » ¹²⁸.

Nonobstant l'absence de texte, il était donc établi que la signature remplissait certaines fonctions. Le texte adopté le 13 juin 2000 les conforte.

b. Les fonctions de la signature

46 *La Perfection de l'acte : écrit = corps de texte + signature* ◇ Comme l'indique l'article 1316-4 du Code civil, la signature apporte la perfection à un acte. En effet, un *instrumentum* non signé ne constitue, au mieux, qu'un commencement de preuve par écrit ¹²⁹. La signature parachève l'écrit, au sens d'acte sous seing privé ou d'acte authentique, qui se définit comme un corps de texte obligatoirement accompagné d'une signature.

Un auteur avait parfaitement analysé cette fonction, avant la réforme intervenue, en qualifiant la signature d'acte juridique en soi, mais toujours accessoire de l'acte juridique principal ¹³⁰. Le texte adopté le 13 mars 2000, qui insère l'article 1316-4 dans le Code civil après les articles donnant la définition de la preuve littérale et de l'écrit électronique, conforte cette idée que la signature est un acte en soi, accessoire indispensable du « corps » de l'acte afin que ce dernier devienne un *instrumentum* valant preuve littérale.

En outre, cette même disposition consacre la fonction identifiante de la signature.

47 *Identification du signataire* ◇ La signature « identifie celui qui l'appose » aux termes de l'article 1316-4 alinéa 1^{er} du Code civil. La signature ne livre donc pas l'identité du signataire qui peut très bien utiliser un signe autographe qui ne permet pas de lire le nom. *A fortiori*, la signature électronique ne livre-t-elle pas immédiatement le nom de

son utilisateur. Ce qui importe en revanche, c'est de pouvoir associer ce signe à un signataire déterminé ; la signature n'appartient qu'à une personne, elle établit le lien entre elle et la marque. La signature constitue donc bien un moyen d'identification et non pas une marque établissant immédiatement l'identité du signataire. Cette fonction identifiante avait été mise en lumière en précisant nettement que la signature n'est en revanche pas un moyen de prouver l'identité de l'auteur ¹³¹.

Le signataire se rend identifiable, il manifeste également par la signature son adhésion à l'acte.

48 *Adhésion au contenu de l'acte* ◇ La loi ¹³² vient encore exposer de manière limpide ce qui était sous-jacent à l'usage de la signature ; « elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte ». L'apposition de la signature signifie intrinsèquement que les engagements contenus dans l'acte sont définitivement admis.

On comprend dès lors qu'il ne suffit pas de contester le mode de preuve pour tenter de se soustraire à l'obligation d'exécution. Il faut nier s'être engagé et avoir signé l'acte, ou du moins l'avoir signé en ces termes pour pouvoir ensuite, dans un second temps, rejeter le mode de preuve utilisé par celui qui tente de faire exécuter sa créance ¹³³.

49 *Fonction « authentifiante » par signature d'un officier public* ◇ L'article 1316-4 alinéa 1^{er} du Code civil indique « quand elle [la signature] est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte ». Le Sénat ayant introduit l'acte authentique électronique, il fallait prévoir que la signature de l'officier public apposée dans ses fonctions confère à elle seule le caractère authentique à l'acte signé ¹³⁴.

Il est vrai que si l'on considère que la signature est un procédé d'identification et qu'elle constitue un acte à part entière, sa forme peut évoluer ¹³⁵ ; il n'y avait donc d'obstacle ni à la reconnaissance de la signature électronique ni à la possibilité que la signature d'un officier public soit donnée sous forme électronique.

Les articles 1317 alinéa 2 et 1316-4 alinéa 1^{er} et du Code civil, qui créent l'acte authentique électronique montrent, que la solennité essentielle dans la confection d'un acte authentique consiste en la signature par l'officier public ¹³⁶. Le législateur a ainsi attribué une

fonction « authentifiante » à la signature au sens juridique strict du terme : c'est-à-dire la forme qui confère à l'acte sa solennité.

Après avoir défini la signature et précisé ses fonctions en général, les textes introduits dans le Code civil ont également consacré la signature électronique comme équivalent à celle autographe.

2. La reconnaissance de la signature électronique

50

Une reconnaissance légale indispensable ◇ L'article 1316-4 du Code civil confère à la signature électronique la même valeur qu'une signature autographe. Ce texte définit la signature en général en son premier alinéa et précise dans le second quelles doivent être les qualités de la signature « lorsqu'elle est électronique ».

Cette reconnaissance de la signature par la loi était nécessaire car la jurisprudence n'admettait pas un tel seing sans convention sur la preuve ¹³⁷. En effet, la Cour de cassation avait décidé pour la lettre de change, titre formaliste par excellence, que la griffe ne saurait suppléer la mention de la signature prévue par l'article 110 de l'ancien Code de commerce (devenu art. L. 511-1) ¹³⁸ ; le législateur a dû intervenir en 1966 pour modifier l'art. 110 du Code de commerce et autoriser les procédés non manuscrits ¹³⁹. La Haute juridiction a, en outre, considéré que l'utilisation d'une clé informatique pour l'envoi d'un télex était insuffisante pour valoir signature d'un aval porté sur une traite ¹⁴⁰. Par ailleurs, il a été décidé fort logiquement qu'une déclaration d'appel revêtue d'une signature électronique était irrecevable, ce mode de signature n'étant pas, au moment où il a été utilisé, reconnu par la loi ¹⁴¹.

De même qu'une signature numérisée apposée sur une lettre de licenciement ne vaut pas signature au sens de l'article 1316-4 alinéa 2, mais ne prive pas pour autant le licenciement de cause réelle et sérieuse ¹⁴². On aurait toutefois pu se demander dans cette affaire si une signature numérisée donc reconnaissable comme signe ne correspond pas à une signature au sens de l'alinéa 1^{er} de ce texte.

Afin d'éviter ce type de discussion, il était sans doute nécessaire, à ce stade de l'évolution du droit, que le législateur intervienne afin de recevoir la signature électronique au même titre que la signature autographe ; à la condition qu'elle réponde à certaines exigences techniques ¹⁴³. La proposition de règlement de 2012 ¹⁴⁴, comme la directive de 1999 ¹⁴⁵ qu'il est destiné à remplacer, reconnaît en son

article 20, l'équivalence entre une signature dite « qualifiée » et une signature manuscrite. Il reste à mesurer la portée de cette reconnaissance.

51 *Recevabilité ad probationem et ad validitatem de la signature électronique et respect strict par la jurisprudence des exigences techniques* ◇ Lors de l'adoption de la loi du 13 mars 2000, l'article 1316-4 du Code civil issu de ce texte, apportant la reconnaissance de la signature électronique, ne pouvait trouver application que pour l'écrit ad probationem. Ce texte, bien que rédigé en des termes très généraux, n'avait pas vocation à s'appliquer aux actes ou titres pour lesquels l'écrit était exigé ad validitatem ou bien ceux dans lesquels la signature est exigée comme condition de validité ¹⁴⁶. Avant la loi du 21 juin 2004 relative à « la confiance dans l'économie numérique » ¹⁴⁷, la signature requise ad validitatem était nécessairement autographe.

Or, l'article 25 de la loi « confiance dans l'économie numérique » du 21 juin 2004 ¹⁴⁸ a inséré dans le Code civil un article 1108-1 relatif à l'écrit exigé comme condition de validité du contrat. Aux termes de ce texte l'écrit *ad validitatem* peut être réalisé par voie électronique dès lors qu'il est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil. L'écrit exigé *ad validitatem* peut donc être signé grâce à une signature électronique.

Toutefois, pour être admise comme équivalente à une signature papier, la jurisprudence ne s'affranchit pas des exigences techniques posées par l'article 1316-4 du Code civil et c'est donc sans surprise qu'une signature scannée n'a pas été considérée comme une signature électronique ¹⁴⁹. De la même façon qu'un « fichier de preuve » (ensemble d'éléments techniques dans un processus de contrat à distance) n'a pas été considéré comme suffisant pour remplacer la signature électronique au sens de ce même texte, dans une opération de crédit à la consommation ¹⁵⁰.

Que l'écrit électronique composé d'un corps de texte signé électroniquement soit utilisé comme condition de forme ou comme mode de preuve, la signature électronique doit être établie dans des conditions de fiabilité précisées par la loi.

B. Les conditions de fiabilité de la signature électronique

52 *Présentation* ◇ Afin de permettre à la signature électronique, nécessaire à la perfection de l'acte par voie électronique, de remplir ses fonctions d'identification et d'adhésion au contenu de l'acte ¹⁵¹, la signature électronique doit reposer sur un procédé fiable ¹⁵². C'est la condition indispensable pour que l'ensemble indissociable formé par le corps du texte et la signature électronique établisse un écrit électronique doté de la même force que l'écrit papier. Aussi des exigences techniques de fiabilité ont-elles été établies (1) afin de prévenir les éventuelles contestations de la signature électronique (2).

1. Les exigences techniques de fiabilité

53 *Division* ◇ La fiabilité résulte du recours à un processus technique (a) dans lequel il est fait appel à des « clés » (b) créées conjointement par le système informatique du signataire et celui du tiers certificateur (c). On observera que le système français de création de signature électronique fiable devra s'adapter aux exigences du futur règlement européen sur « l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur » qui prévoit la création de normes européennes de fiabilité des signatures ¹⁵³. En outre, l'article 5 du projet de texte européen oblige les États membres à une reconnaissance mutuelle par les États membres des procédés de création des signatures électroniques dans les autres États membres dès lors que ces derniers obéissent aux exigences européennes ¹⁵⁴.

a. Le processus technique de signature électronique issu des textes

54 *Une série de textes* ◇ La signature électronique est définie à l'alinéa 2 de l'article 1316-4 : « Lorsqu'elle est électronique elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État » ¹⁵⁵. La signature électronique a force probante dès lors qu'elle obéit à certains critères qui ont été précisés par le décret en Conseil d'État n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil ¹⁵⁶. Un second décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 est intervenu afin de préciser

les modalités d'évaluation et de certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information ¹⁵⁷. Un arrêté du 31 mai 2002 « relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de certification électronique et à l'accréditation des organismes chargés de l'évaluation » est venu préciser les modalités d'habilitation des prestataires de certification ¹⁵⁸.

55

Le processus de signature électronique ◇ Afin d'expliquer la notion de signature électronique sécurisée, un auteur a précisé les différentes étapes du procédé de création d'une telle signature ¹⁵⁹. Ce procédé de signature électronique repose sur la « cryptographie à clés asymétriques » ¹⁶⁰. Aux termes des éclaircissements qui avaient été apportés par deux auteurs, le cryptage asymétrique repose sur la création de « biclés : chaque transmetteur dispose ainsi d'une clé privée et d'une clé publique », les clés privées restant secrètes ¹⁶¹, ces clés étant constituées par une suite de chiffres renouvelée à l'occasion de chaque signature. Le procédé de signature qui met en œuvre ces clés se déroule en quatre étapes.

- **1^{re} étape.** L'émetteur du message crée d'abord des clés asymétriques constituées par une clé privée et une clé publique ¹⁶². Ces clés sont indépendantes, l'une ne pouvant pas être calculée à partir de l'autre ¹⁶³.

- **2^e étape.** L'émetteur qui veut créer un écrit électronique s'adresse à un tiers, appelé « tiers certificateur » ¹⁶⁴. Cet émetteur fournit au tiers certificateur son identité, sa clé publique et son procédé de « hachage » (méthode de création à partir du document initial d'une chaîne fixe de caractères appelée « empreinte »). Le tiers certificateur envoie à l'émetteur « un certificat électronique chiffré par sa clé privée qui contient :

- la clé publique de l'émetteur,
- les informations relatives à son identité,
- le procédé de « hachage » utilisé » ¹⁶⁵.

- **3^e étape.** La troisième étape consiste pour l'émetteur à envoyer un message au destinataire en y insérant :

- le certificat électronique remis par le tiers certificateur ;
- une empreinte de ce message réalisé à l'aide du procédé de « hachage » spécifié dans le certificat qui permet de garantir l'intégrité du message ;
- Enfin, il chiffre cette empreinte avec sa clé privée (cette opération

constitue à proprement parler la signature électronique)¹⁶⁶.

- **4^e étape.** La quatrième et dernière étape se déroule chez le destinataire du message. Ce dernier utilise la clé publique du tiers certificateur (diffusée sur Internet) pour déchiffrer le certificat joint au message envoyé par l'émetteur. Il utilise le procédé de « hachage » envoyé dans le certificat afin de l'appliquer au document lu et vérifier que l'empreinte obtenue est identique à celle envoyée. Il est alors certain de l'intégrité du message reçu¹⁶⁷.

Ce destinataire peut à son tour signer l'acte électroniquement en ayant recours lui aussi au tiers certificateur et l'utilisation d'une clé privée et d'une clé publique.

On retiendra pour l'essentiel de ce processus technique qu'il y a signature électronique au moment où l'empreinte du document à signer est chiffrée par la clé privée. En outre, le certificat créé par le tiers certificateur joue un rôle essentiel dans la fiabilité du système car ce document constitue une sorte de « carte d'identité » (c'est nous qui utilisons cette image) de la signature électronique, il permet au destinataire du message signé à la fois de procéder à l'identification du signataire et de mettre en œuvre le processus de signature. C'est pourquoi la fiabilité du système de signature est strictement encadrée.

b. La fiabilité du système de signature par l'usage de clés

56 *Définition de la fiabilité d'un procédé de signature électronique* ◇ Il est précisé à l'article 2 du décret du 30 mars 2001¹⁶⁸ qu'est présumé fiable le procédé de signature électronique qui « met en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié ».

L'article 2 du décret pose ainsi trois conditions pour que la présomption de fiabilité du procédé de création de la signature électronique soit acquise. Il faut disposer d'un système de création de signature électronique sécurisée, que la signature soit vérifiée et que la vérification soit possible grâce à l'utilisation d'un certificat électronique qualifié, c'est-à-dire lui-même sécurisé¹⁶⁹.

57 *Dispositifs sécurisés de signature électronique* ◇ L'article 3 du

décret du 30 mars 2001 précise les exigences requises pour qu'un dispositif puisse valablement créer une signature électronique sécurisée.

Il est d'abord nécessaire que le dispositif crée des données qui ne sont utilisables qu'une fois et dont la confidentialité est garantie ¹⁷⁰. Il s'agit donc de mettre en œuvre des moyens de cryptologie à clés asymétriques ¹⁷¹. Cela signifie que chaque signature est constituée par une suite de chiffres (clé) qui est créée pour chaque signataire. Cette clé sera changée à chaque acte de signature. Ce dispositif de création de clé ou de signature doit être protégé contre toute falsification et contre toute utilisation par des tiers ¹⁷². Ces exigences sont conformes à la directive sur la signature électronique ¹⁷³ qui préconisait une signature électronique « avancée ». Dans le projet de règlement européen du 4 juin 2012 ¹⁷⁴, une signature électronique « qualifiée » est exigée pour qu'elle soit reconnue comme équivalente à la signature manuscrite ¹⁷⁵ ; elle suppose l'intervention à l'acte d'un prestataire de certification ; le droit français semble conforme, par avance, à cette exigence.

En droit positif français, en outre, il est imposé à l'article 3, I, 2 du décret que le dispositif de signature électronique n'entraîne aucune altération de l'acte et ne doit pas faire obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de le signer.

Le procédé doit donc permettre une lecture préalable sans difficulté par celui qui va s'engager. Le processus de signature ne doit pas modifier le contenu, c'est-à-dire laisser le corps du texte intact. Des auteurs indiquent toutefois qu'il est impossible de garantir cette intégrité lorsque « le dispositif de création de signature est connecté à un système informatique multi-fonctions » ¹⁷⁶.

Le dispositif qui répond aux exigences ainsi décrites doit être certifié conforme par les autorités agissant par délégation du Premier ministre ¹⁷⁷. De surcroît, la signature ainsi créée est soumise à un dispositif de vérification.

58 *Vérification de la signature électronique* ◇ L'article 2 du décret du 30 mars 2001 précise que « la vérification de la signature électronique repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié ». Le texte impose seulement l'utilisation d'un certificat électronique qualifié établi par un tiers certificateur ¹⁷⁸. En revanche, le décret, conformément à la directive du 13 décembre 1999 ¹⁷⁹, n'impose pas un processus de vérification, mais indique que « le dispositif de

vérification de signature électronique *peut* faire, après évaluation, l'objet d'une certification ». L'utilisation d'un procédé de vérification n'est donc pas obligatoire et ce dernier peut facultativement être certifié ¹⁸⁰.

Quand les utilisateurs veulent avoir recours à un procédé de vérification de signature certifié, alors ce dernier doit répondre aux exigences mentionnées à l'article 5 du décret du 30 mars 2001 ¹⁸¹. Le procédé de vérification doit, notamment, garantir l'exactitude de la signature ¹⁸² ; le vérificateur doit pouvoir déterminer avec certitude le contenu des données signées ¹⁸³.

Si l'utilisation et la certification d'un processus de vérification de signature ne sont pas essentielles, le recours à un certificat électronique qualifié délivré par un prestataire de services de certification électronique est, en revanche, obligatoire.

59 *Certificats électroniques qualifiés délivrés par un tiers certificateur* ◇ La fiabilité de la signature électronique suppose l'utilisation d'un certificat électronique qualifié ¹⁸⁴. Ce dernier est obtenu s'il obéit à la condition cumulative d'être établi conformément aux dispositions de l'article 6, I du décret du 30 mars 2001 et s'il émane d'un prestataire de services de certification électronique (tiers certificateur) ¹⁸⁵ habilité conformément à l'article 6, II du même texte.

Le certificat électronique créé par un tiers certificateur doit obéir à un nombre important de prescriptions qui figurent au I de l'article 6 du décret du 30 mars 2001 qui dispose qu'« un certificat électronique qualifié doit comporter :

- a) Une mention indiquant que ce certificat est délivré à titre de certificat électronique qualifié ;
- b) L'identité du prestataire de services de certification électronique ainsi que l'État dans lequel il est établi ;
- c) Le nom du signataire ou un pseudonyme, celui-ci devant alors être identifié comme tel ;
- d) Le cas échéant, l'indication de la qualité du signataire en fonction de l'usage auquel le certificat électronique est destiné ;
- e) Les données de vérification de signature électronique qui correspondent aux données de création de signature électronique ;
- f) L'indication du début et de la fin de la période de validité du certificat électronique ;
- g) Le code d'identité du certificat électronique ;

h) La signature électronique sécurisée du prestataire de services de certification électronique qui délivre le certificat électronique ;

i) Le cas échéant, les conditions d'utilisation du certificat électronique, notamment le montant maximum des transactions pour lesquelles ce certificat peut être utilisé. »

Ces mentions visent ainsi à permettre d'identifier le signataire et à vérifier la signature électronique. Elles doivent également garantir la véracité et la fiabilité du certificat établi par le tiers certificateur ; notamment sa durée et la garantie attachée à l'émission du certificat.

De telles mentions répondent également aux exigences de l'article 1316-4 alinéa 2 du Code civil qui impose que la signature permette d'identifier le signataire et à celles de l'article 2 du décret qui fait reposer la fiabilité du procédé de signature électronique sur la vérification de la signature à l'aide d'un certificat électronique qualifié.

Pour établir un certificat électronique qualifié, il faut non seulement que ce document contienne certaines informations, mais encore qu'il soit établi par un tiers certificateur qualifié.

L'article 6, II du décret du 30 mars 2001 précise les exigences requises du prestataire de services de certification électronique (tiers certificateur). Ce dernier ne pourra prétendre émettre des certificats électroniques qualifiés que s'il met en œuvre une procédure qui réponde aux obligations de l'article 6 II du décret.

Pour se résumer, on doit ici encore rappeler que le certificat électronique qui accompagne la signature électronique doit répondre à la double exigence de comporter les éléments indiqués à l'article 6 I (identité du prestataire, données de vérification...) et être établi par un tiers certificateur qui respecte les exigences mentionnées à l'article 6 II.

60 *Tiers certificateur qualifié et présomption d'émission d'un certificat électronique qualifié* ◇ Afin de faciliter la mise en œuvre des exigences de l'article 6 du décret du 30 mars 2001 ¹⁸⁶ quant aux mentions obligatoires et au processus de création par le tiers certificateur du certificat, ce dernier peut demander à être qualifié par les organismes compétents. Une telle qualification, prévue par l'article 7 du même décret, accordée à un tiers certificateur crée une présomption de conformité aux exigences de l'article 6.

Afin de clarifier cet article 7, un peu sinueux, on doit comprendre que le tiers certificateur peut solliciter un organisme habilité qui vérifiera que ce prestataire insère bien dans les certificats qu'il établit les

mentions prévues à l'article 6 I du décret du 30 mars 2001 et que le processus prévu par l'article 6 II est respecté. Dès lors que le prestataire aura obtenu la qualification, il sera présumé toujours émettre des certificats électroniques qualifiés, c'est-à-dire qui obéissent à toutes les prescriptions de l'article 6.

On observera que ce processus d'habilitation est facultatif pour le tiers certificateur. Toutefois, il présente le grand mérite de créer une présomption au profit du prestataire. Dans le cadre d'une procédure de vérification de signature, ce dernier, s'il est qualifié, n'aura pas à démontrer que le certificat a été créé conformément à l'article 6. Il appartiendra à celui qui conteste la fiabilité du certificat émis par le prestataire de démontrer que les exigences de ce texte n'ont pas été respectées.

C'est pourquoi l'évaluation des systèmes de création de signatures électroniques et l'habilitation des prestataires revêtent une grande importance.

c. Le contrôle des systèmes de création de signatures électroniques et des tiers certificateurs

61 *L'évaluation et la certification des systèmes de signature*

électronique ◇ Le décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 ¹⁸⁷ vient préciser les procédures d'évaluation et de certification de « la sécurité offerte par les produits et systèmes des technologies de l'information ». Ce texte a d'abord pour objet d'organiser l'évaluation et la certification des systèmes de signature afin de disposer d'une signature sécurisée conforme aux exigences de l'article 3 du décret du 30 mars 2001. Plus largement tout procédé qui a trait à l'écrit électronique peut être évalué et certifié ; il en est ainsi des procédés d'horodatage ou d'archivage électronique.

Il reste à préciser les personnes intéressées à obtenir une telle certification. Les concepteurs de logiciels qui commercialisent des systèmes de création d'écrit et de signature électroniques sont les plus concernés afin d'offrir un système conforme aux exigences légales. Par ailleurs, une personne physique ou morale (banque, assurance par ex.) qui propose la conclusion en ligne de contrats sous forme électronique peut également être intéressée à obtenir la certification de son procédé de création de signature électronique.

Afin de procéder à une évaluation, puis à une certification des

systèmes, le décret du 18 avril 2002 organise un processus qui fait intervenir à la fois une direction ministérielle et des opérateurs privés appelés « centres d'évaluation ». L'évaluation et la certification des systèmes seront réalisées conjointement par la direction centrale de la sécurité des systèmes d'information (DCSSI, direction qui relève directement du Premier ministre) et un centre d'évaluation choisi par le prestataire qui sollicite la certification.

Afin de sécuriser la procédure, la DCSSI est chargée d'agréer les centres d'évaluation qui vont réaliser les expertises techniques. Elle instruit les demandes d'agrément déposées pour établir des centres d'évaluation des systèmes ¹⁸⁸. L'agrément des centres d'évaluation est délivré par le Premier ministre.

Puis, le commanditaire d'un système sécurisé, qui souhaite que son système soit certifié comme étant conforme aux exigences de fiabilité de l'écrit et de la signature électroniques, saisit la DCSSI. Cette demande est examinée à la fois par la DCSSI et par un des centres d'évaluation agréé choisi par le prestataire. Ce centre d'évaluation vérifie si les caractéristiques techniques du système garantissent la sécurité requise ¹⁸⁹. Lorsque le rapport établi par le centre d'évaluation choisi et par la DCSSI est favorable, la certification est délivrée par les services du Premier ministre.

62 *La qualification des tiers certificateurs* ◇ L'arrêté du 31 mai 2002 ¹⁹⁰ précise les conditions dans lesquelles les services de certifications électroniques, c'est-à-dire les tiers certificateurs, pourront être qualifiés. On rappellera que ce texte est très utile au dispositif de signature électronique. En effet, le prestataire de certification électronique ou tiers certificateur est chargé de délivrer un certificat qui établit pour les besoins d'un émetteur (personne physique ou morale) une paire de clé asymétrique – privée et publique – qui sert à cette dernière à crypter son message et à le signer ¹⁹¹.

Afin de garantir la fiabilité des services proposés par les tiers certificateurs, l'arrêté a mis en place un système à double détente. Dans un premier temps, des organismes, dénommés « centres d'accréditation », sont eux-mêmes accrédités, soit par le Comité français d'accréditation (COFRAC, association déclarée le 4 mai 1994), soit par un organisme d'accréditation européen ¹⁹².

Ces centres d'accréditation sont ensuite chargés d'accréditer les

organismes qui souhaitent procéder à l'évaluation des prestataires de services de certification électronique en vue de reconnaître leur qualification ¹⁹³.

Les organismes accrédités pour une durée de deux années renouvelables ¹⁹⁴ sont alors, dans la seconde étape prévue par l'arrêté, habilités à procéder à la qualification des prestataires de services de certification électronique ¹⁹⁵. Un tel prestataire devra saisir un ou plusieurs organismes accrédités pour obtenir la reconnaissance de la qualité de ses différents services et le sérieux de sa structure ¹⁹⁶. Une attestation de qualification est délivrée par l'organisme accrédité au prestataire, tiers certificateur, à la condition que ce dernier remplisse les conditions énoncées à l'article 6 du décret du 30 mars 2001 ¹⁹⁷.

Le prestataire ainsi qualifié devient alors le tiers certificateur qui délivre les certificats qualifiés nécessaires à la création d'une signature électronique reconnue comme juridiquement équivalente à la signature autographe apposée au pied d'un écrit papier.

Ce système fort complexe de contrôle, d'accréditation et de reconnaissance, semblable à une arborescence de programme informatique devra faire l'objet prochainement d'une nouvelle évaluation car la proposition de règlement européen du 4 juin 2012 « sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur » prévoit en ses articles 9 et suivants les nouvelles procédures de contrôle et de certification ¹⁹⁸. Toutefois, ces dispositions ne diffèrent pas fondamentalement du système français ; seules peut-être les exigences techniques qui seront édictées par les services de la Commission européenne obligeront à quelques évolutions. En outre, en droit positif français, dès lors que la signature est créée par un tiers certificateur qualifié, elle est présumée fiable aux termes de l'article 1316-4 alinéa 2 du Code civil. Afin de vérifier ce point, il convient de confronter ce mécanisme à la procédure de la vérification d'écriture qui serait applicable en cas de contestation de la signature électronique.

2. Signature électronique et procédure de vérification d'écriture

63

Droit commun de la contestation de l'engagement ◇ Il ne suffit pas de critiquer le mode de preuve pour échapper à une obligation ; il convient de nier l'obligation elle-même pour pouvoir ensuite attaquer le

mode de preuve.

En effet, l'article 1322 du Code civil indique que « l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose (...) a entre ceux qui l'ont souscrit (...) la même foi que l'acte authentique ». À l'article 1323 alinéa 1^{er}, il est ajouté que « celui auquel on oppose un acte sous seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature ». Il s'évince de ces textes, que l'écrit sous signature privée constitue une preuve aussi forte que l'acte authentique s'il est reconnu par les parties. Plus intéressant encore, il appartient à celui qui conteste la preuve littérale qui lui est opposée de dénier soit d'avoir établi l'acte, soit d'y avoir adhéré par l'apposition de sa signature. La conséquence du désaveu d'une partie de son écriture ou de sa signature est prévue à l'article 1324 du Code civil qui oblige à recourir à la procédure de la vérification d'écriture des articles 287 et suivants du Code de procédure civile ¹⁹⁹.

L'obligation de nier l'engagement avant de dénoncer le mode de preuve avait été nettement rappelée dans l'arrêt admettant la télécopie comme preuve d'une « cession Dailly » ²⁰⁰. La Cour de cassation en affirmant que « l'écrit (...) peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées » ²⁰¹, rappelait bien qu'il est inopérant de contester la force probante d'un *instrumentum* dès lors que l'engagement lui-même n'est pas dénié.

En revanche, dès lors que l'écriture ou la signature est déniée par celui auquel on oppose l'acte sous seing privé, c'est à la partie qui se prévaut de l'acte qu'il appartient d'en démontrer la sincérité ²⁰². Le juge ne peut alors pas ignorer une telle dénégation, il doit procéder à la vérification d'écriture à moins qu'il puisse statuer sans en tenir compte ²⁰³.

64

Procédure de vérification d'écriture ◇ L'article 1324 du Code civil précise que le désaveu de son écriture ou de sa signature par une partie à l'acte sous seing privé oblige à recourir à la procédure de vérification d'écriture. Cette procédure est organisée aux articles 287 et suivants du Code de procédure civile. Elle est applicable aux actes sous seing privé quand « une des parties dénie l'écriture qui lui est attribuée ou déclare ne pas reconnaître celle qui est attribuée à son auteur » ²⁰⁴.

La procédure de vérification peut être mise en œuvre à l'occasion d'un

incident de vérification en cours de procès ²⁰⁵ ou bien sur demande principale ²⁰⁶. Dans ce dernier cas, le juge est saisi directement pour statuer sur l'écriture déniée ; il doit le faire conformément à la procédure prévue aux articles 287 à 295 du Code de procédure civile. Aussi la vérification d'écriture demandée en cours d'instance ou à titre principale obéit-elle à la même procédure. Le juge procède lui-même à la vérification d'écriture ²⁰⁷. Il peut se faire assister d'un technicien ²⁰⁸, ce dernier devant respecter le principe aux termes duquel les parties ont la possibilité d'assister aux opérations d'expertise ²⁰⁹.

Le juge de la mise en état ²¹⁰ ou celui saisi en référé ²¹¹ confronté à un conflit de preuve impliquant un écrit électronique pourra faire appel à un technicien dont le degré d'investigation est nettement différencié selon la mesure prescrite. En effet, les magistrats disposent de trois procédés distincts pour obtenir des éclaircissements sur des faits impliquant des éclaircissements techniques.

Il peut être ordonné de procéder à des constatations d'un fait particulier ²¹². Cette opération peut être réalisée par un huissier de justice ou un technicien. Dans le même esprit, le magistrat peut requérir une consultation afin d'obtenir des explications sur un fait par un technicien ²¹³.

Enfin, une mesure d'expertise peut être ordonnée par le juge de sa propre initiative lorsque la constatation ou la consultation ne suffisent pas ²¹⁴ ou bien lorsqu'elle est sollicitée par les parties. Le régime de cette mesure d'instruction est précisément défini ²¹⁵ afin que le déroulement des opérations assure, notamment, le respect du principe du contradictoire. Le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien ²¹⁶.

65 *Vérification d'écriture appliquée à l'écrit électronique* ◇ En présence d'un acte sous seing privé électronique, il convient de préciser dans quelle mesure les articles 1322 et suivants du Code civil s'appliquent ²¹⁷. Ces textes ne sont certes pas écartés par les dispositions introduites par la loi du 13 mars 2000. Le juge pourra parfaitement connaître d'une dénégation d'écriture ou de signature électronique, il devra alors appliquer la procédure de vérification d'écriture. Toutefois, la présomption de fiabilité attachée à la signature électronique sécurisée confère à l'écrit électronique un statut particulier.

La présomption de fiabilité de la signature électronique établie par

l'article 1316-4 alinéa 2 du Code civil et réaffirmée par l'article 2 du décret du 30 mars 2001 ²¹⁸ ne peut qu'interférer avec la procédure de vérification d'écriture.

En effet, celui qui, aux termes de l'article 2 du décret du 30 mars 2001, détient un écrit électronique signé à l'aide d'une « signature électronique sécurisée » établie à partir d'un « dispositif sécurisé » bénéficie d'une présomption de fiabilité de son écrit électronique. Cette présomption sera instaurée dès lors que le signataire a eu recours à un tiers certificateur qualifié ²¹⁹ qui a établi un certificat électronique qualifié ²²⁰ lors de la création de l'*instrumentum* litigieux.

En revanche, si les conditions de création de l'acte sous seing privé électronique ne correspondent pas aux exigences légales, l'acte pourrait constituer qu'un commencement de preuve par écrit.

66 *Avantage de l'écrit électronique fiable sur l'écrit papier* ◇ Le détenteur d'un acte sous seing privé électronique établi conformément aux exigences légales se trouve dans une position privilégiée car il bénéficie d'une présomption qui n'existe pas au profit du détenteur d'un *instrumentum* sur support papier ²²¹. En effet, c'est le caractère caché du processus de signature électronique qui justifie la présomption et lui donne une force supérieure à la signature autographe par nature publique ²²².

La vérification que les conditions de fiabilité de la signature électronique ont été réunies suffit à établir la présomption ; il appartient alors à celui qui dénie l'écriture électronique de la renverser ²²³. C'est pourquoi une cour d'appel a pu déclarer une « signature électronique » opposable à un consommateur qui avait signé électroniquement un avenant portant à 9 000 euros son autorisation de découvrir ²²⁴. Ce dernier contestait cette opposabilité sans remettre en cause la fiabilité du procédé. Bien que cette signature ne reposait pas sur le recours à un tiers certificateur, la cour d'appel a estimé qu'elle relevait l'article 1316-4 alinéa 2 du Code civil ²²⁵. Un commentateur ²²⁶ estime en effet que le respect des dispositions du décret du 30 mars 2001 ne vise qu'à établir la présomption de fiabilité attachée à cette signature et non la validité elle-même de la signature. Si cette décision fait l'objet d'un pourvoi en cassation, il faudra observer attentivement la décision de la Haute juridiction qui pourrait marquer un assouplissement des exigences techniques.

La tâche de celui qui dénie une signature électronique risque d'être d'autant plus ardue que l'évolution technique rapide rend difficile la lecture de documents électroniques établis quelques années auparavant. La question de l'archivage de l'écrit électronique et du certificat est ainsi posée. En effet, il faudrait organiser une « migration » régulière de l'écrit et du certificat dans les nouveaux systèmes ou langages pour pouvoir, dans la durée, soumettre à expertise ces documents ²²⁷.

Nous pensons, toutefois, que la difficulté posée par la conservation dans le temps n'altère pas la présomption. En effet, le détenteur d'un écrit électronique, établi par un système certifié avec le concours d'un tiers certificateur qualifié, bénéficie définitivement de la présomption de fiabilité.

La lutte contre la désuétude technologique provoquée par le temps qui passe constitue également un défi pour la mise en œuvre de l'acte authentique par signature électronique.

SECTION 3. L'ACTE AUTHENTIQUE ÉLECTRONIQUE PAR SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

- 67 *Définition de l'acte authentique et création d'un acte authentique électronique* ◇ À l'article 1317 alinéa 1^{er} du Code civil il est précisé que « l'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ». Le caractère authentique d'un acte repose donc sur la qualité du signataire, officier public, présent à l'acte et sur le respect de certaines formes (§ 1). Or, à la faveur de la loi du 13 mars 2000, il a été ajouté un alinéa 2 à l'article 1317 qui dispose que l'acte authentique « peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ». Cette faculté ouverte par la loi devait donc être précisée par un décret. Un tel texte est intervenu pour les notaires (§ 2) et les huissiers de justice (§ 3).

§ 1. La notion d'acte authentique

- 68 *Usage de l'acte authentique* ◇ L'acte authentique ne constitue pas un mode privilégié de preuve littérale à raison des solennités requises

plus longues à mettre en œuvre que pour un acte sous seing privé. Le coût de l'intervention d'un officier public constitue également un frein à l'emploi régulier de cet écrit.

Certaines opérations requièrent cependant la rédaction d'un acte authentique. Il en est ainsi pour toute cession d'immeuble, qui, afin d'être publiée à la conservation des hypothèques et devenir ainsi opposable aux tiers, doit être dressée en la forme authentique ²²⁸. L'acte authentique peut être utilisé pour constater toute autre cession.

Si l'acte notarié représente l'archétype de l'acte authentique ; toutefois, un jugement sera considéré comme ayant la même force probante ²²⁹ ou un acte d'huissier de justice sera qualifié d'acte authentique lorsque ce dernier agit en vertu d'une délégation de la loi pour l'exécution d'un acte entrant dans ses attributions ²³⁰.

69 ***Force de l'acte authentique*** ◇ Lorsque l'acte est dressé par un notaire, il doit obéir aux solennités prévues par la loi du 25 ventôse an XI et le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires. Lorsque ces solennités n'ont pas été respectées, l'acte signé par les parties ne vaut que comme acte sous seing privé selon l'article 1318 du même code.

L'acte authentique présente l'avantage de faire foi de l'engagement jusqu'à inscription de faux ²³¹. La force probante de cet écrit est particulièrement attachée aux mentions qui relèvent de la constatation personnelle de l'officier public. Ainsi la mention selon laquelle le prix a été payé à « l'instant même » fait-elle foi jusqu'à inscription de faux ²³². En revanche, l'indication que le prix a été payé avant que l'acte ait été instrumenté et hors la comptabilité du notaire ne permet pas d'apporter la preuve que l'acheteur a versé cette somme ²³³.

70 ***Sommet dans la hiérarchie des modes de preuve littérale*** ◇ L'acte authentique faisant foi des constatations de l'officier public jusqu'à inscription de faux, il ne suffit pas pour une partie de dénier l'écrit ou sa signature. Ainsi protégé, l'acte authentique se trouve hissé au sommet de la hiérarchie des preuves littérales.

Toutefois, il ne faut pas ignorer les dispositions de l'article 1322 du Code civil qui précisent que l'acte sous seing privé reconnu par celui auquel on l'oppose a la même foi que l'acte authentique. On pourrait en déduire que l'acte sous seing privé non contesté acquiert la même force

probante que l'acte authentique.

C'est ainsi que dans un arrêt isolé rendu par une cour d'appel, il avait été décidé que les énonciations et les signatures contenues dans un acte sous seing privé non contestées, étaient équivalentes à un acte authentique ²³⁴. En outre, il s'évinçait de cet arrêt que si cet acte sous seing privé non contesté est en contradiction avec l'acte authentique, l'interprétation de la volonté des parties par le juge doit alors permettre de déterminer lequel des deux actes doit prévaloir ²³⁵. On ne saurait comprendre un tel arrêt qu'en indiquant bien que, dans l'espèce, l'existence et le contenu des deux actes n'étaient pas contestés, simplement il fallait déterminer lequel des deux traduisait la dernière intention des parties.

En revanche, il ne saurait être contesté l'existence et le contenu d'un acte authentique par la production d'un autre mode de preuve. Il nous paraît impossible de contester les constatations de l'officier public contenues dans un acte authentique en produisant une autre preuve littérale, sauf à diligenter une procédure d'inscription de faux prévue aux articles 303 et suivants du Code de procédure civile. À défaut, la règle instaurée par l'article 1319 du Code civil aux termes de laquelle « l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause » serait ruinée.

Quand bien même, le principe de liberté de preuve trouve à s'appliquer dans la matière commerciale, il n'a pas été prévu de contester les énonciations d'un acte authentique autrement que par inscription de faux. En effet dans un régime de liberté de la preuve, il est nécessaire de distinguer entre le régime de la preuve et le conflit de mode de preuve. Le régime peut parfaitement relever du principe de liberté ; néanmoins, le conflit opposant acte authentique et autre mode de preuve doit être tranché nécessairement en faveur du premier.

Cette force de l'acte authentique fondée sur la présence de l'officier public à l'acte n'allait-elle pas être altérée par l'usage de l'électronique dès lors que l'on ajoutait la possibilité de réaliser l'opération à distance hors la présence de celui-ci ?

§ 2. L'acte authentique électronique des notaires

permettant de dresser un acte authentique sur support électronique. En outre, l'article 1316-4 du Code civil indique que la signature électronique apposée par un officier public confère authenticité à l'acte. Ces deux dispositions, qui nécessitaient d'être complétées par des décrets en Conseil d'État, ont donné naissance à la possibilité pour le notaire ou tout officier public de créer des actes authentiques sans support papier.

72 *Interrogations suscitées par la loi du 13 mars 2000* ◇ Hormis la question de la conservation dans le temps d'un écrit électronique entouré de solennité, l'initiative des sénateurs de créer un acte authentique électronique était certainement intéressante notamment pour que la profession notariale bénéficie elle aussi des avantages procurés par les nouvelles technologies.

En revanche, il nous était apparu qu'il fallait être extrêmement réservé sur la possibilité d'établir un acte authentique hors la présence de l'officier public ²³⁶. En effet, il convient de rappeler que l'article 1317 alinéa 1^{er} du Code civil prévoit que l'acte authentique est celui « qui a été reçu par officier public ». La force probante de cet acte repose précisément sur la présence physique de l'officier ²³⁷ dont les constatations couchées dans l'*instrumentum* font foi jusqu'à inscription de faux. Si l'officier n'a rien constaté de visu parce que les déclarants (les clients pour le notaire) ne sont pas présents physiquement, la notion d'authenticité, qui repose sur le témoignage de l'officier public incorporé dans un écrit solennel, est privée de sens ²³⁸. Flour avait déjà rappelé que la présence du notaire lors de l'établissement de l'acte participait de l'essence même de l'acte authentique ²³⁹.

Aussi, l'écrit électronique du notaire pouvait-il rester authentique si l'acte était dressé et signé hors la présence du notaire auprès de son client ? Avant l'adoption du décret organisant l'acte authentique électronique du notaire, on pouvait se demander si un tiers certificateur qualifié ²⁴⁰ ne pouvait pas remplir les mêmes fonctions qu'un notaire qui n'aurait pas été présent aux côtés de ses clients au moment de la conclusion de l'acte. Afin d'éviter de dévaloriser le rôle du notaire, homme d'apaisement et de conseils avisés, il fallait imaginer que pour la rédaction d'un acte, les parties ne soient pas nécessairement réunies dans un même lieu, mais que chacune soit assistée d'un notaire pour conclure l'acte authentique électronique à distance.

Telle est la solution qui a été finalement retenue dans le décret.

73 *Décret du 10 août 2005 modifiant le décret du 26 novembre*

1971 ◇ Après cinq années de réflexion pendant lesquelles il a été nécessaire pour les professionnels et la Chancellerie de repenser l'essence de l'authenticité afin de ne pas la diluer dans l'écrit électronique, deux décrets ont été adoptés. Il s'agit du Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires ²⁴¹ et du décret n° 2005-972 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice ²⁴².

Nous ne nous intéresserons d'abord ²⁴³ aux actes des notaires qui ont la charge d'instrumenter à la demande des parties notamment à des fins de préconstitution de la preuve.

74 *Nouvelle rédaction du décret du 26 novembre 1971* ◇ Le décret

n° 2005-973 du 10 août 2005 ²⁴⁴ est venu lever les incertitudes soulevées par la création de l'acte authentique électronique ²⁴⁵.

Ce décret n° 2005-973 du 10 août 2005 ²⁴⁶, qui est entré en vigueur le 1^{er} février 2006 ²⁴⁷, vient refondre entièrement le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires. Le décret de 1971 ²⁴⁸ s'organise maintenant en neuf titres. Ces derniers régissent les questions de l'établissement de l'acte notarié ²⁴⁹, de l'habilitation des clercs ²⁵⁰ ou encore de la conservation ²⁵¹ et des copies des actes ²⁵². Le texte prévoit ainsi toutes les dispositions nécessaires à l'établissement, à la conservation et à la transmission d'un acte authentique papier ou électronique. Nous insisterons évidemment ici sur l'écrit électronique.

75 *Rédaction de l'acte notarié en général* ◇ Le titre III du décret de

1971, tel qu'il a été modifié par le décret du 10 août 2005, régit l'établissement de l'acte notarié. Il comprend trois chapitres relatifs aux principes communs, puis aux actes établis sur support papier et à ceux sur support électronique. Les principes comportent des prescriptions quant à l'énoncé de la date et du lieu ²⁵³, puis imposent au notaire de détenir un sceau ²⁵⁴. L'acte doit être lisible, écrit d'un seul tenant ²⁵⁵ et signé par les parties les témoins et le notaire ²⁵⁶. Viennent alors les dispositions propres à chaque type d'acte, le papier et l'électronique.

On mentionnera que, pour le papier, les nouveaux articles 11 à 15 du décret de 1971 reprennent l'essentiel des dispositions des anciens articles 7 à 9. Ces dispositions sont relatives à la qualité de l'acte ²⁵⁷.

La véritable nouveauté provient évidemment du chapitre III relatif aux actes établis sur support électronique.

76 *Rédaction des « actes établis sur support électronique »* ◇ On observe d'abord que le notariat organise sa propre « police » de l'Écrit dématérialisé car c'est le Conseil supérieur du notariat qui a procédé à l'agrément « des systèmes de traitement et de transmission de l'information » ²⁵⁸. Les notaires ne peuvent utiliser que ces systèmes agréés.

Après les procédés de création de l'écrit électronique, les modes de signature sont exposées dans le nouvel article 17 du décret de 1971.

Aux termes de ce texte, la signature électronique du notaire doit reposer sur un procédé de signature électronique sécurisée conforme au décret du 30 mars 2001 pris en application de l'article 1316-4 du Code civil ²⁵⁹. Elle doit donc consister en « un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel on l'attache » ²⁶⁰. De surcroît, on peut rappeler ici que pour être sécurisée, la signature électronique doit être propre au signataire, créée par des moyens que le signataire peut garder sous son contrôle et garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable ²⁶¹. Enfin, l'utilisation dans le processus de signature d'un procédé sécurisé ²⁶² et d'un certificat électronique qualifié établi par un tiers certificateur lui-même qualifié ²⁶³ permet au signataire de bénéficier de la présomption de fiabilité prévue par l'article 1316-4 alinéa 2 du Code civil. En outre, le clerc habilité à instrumenter en lieu et place du notaire dispose lui aussi d'un procédé de signature électronique sécurisée ²⁶⁴. En revanche, les parties et les témoins utilisent un procédé de signature qui doit rendre visible à l'écran leur signature manuscrite ²⁶⁵ ; il ne s'agit plus de signature électronique au sens de l'article 1316-4 alinéa 2.

Par ailleurs, lorsque des mentions manuscrites sont exigées dans un acte, le procédé de substitution électronique doit être conforme aux prescriptions de l'alinéa 2 de l'article 1108-1 du Code civil ²⁶⁶, c'est-à-dire que les conditions de l'apposition par voie électronique « sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même ».

On observera que la cryptographie ne remplace pas entièrement les

symboles tangibles de l'autorité publique et du consentement. En effet, les parties et les témoins doivent voir une image de leur signature manuscrite apparaître à l'écran ²⁶⁷ et l'image du sceau figure sur les actes délivrés en brevet, sur les copies exécutoires et les copies authentiques ²⁶⁸. Une dématérialisation fiable et réussie suppose encore la présence de signes tangibles.

77 *Conservation et copie de l'acte authentique électronique* ◇ Le nouveau titre IV du décret de 1971 prévoit la constitution d'un répertoire papier ou électronique de tous les actes reçus par les notaires ²⁶⁹. En outre, les actes électroniques doivent être établis dans des conditions de nature « à en préserver l'intégrité et la lisibilité » ²⁷⁰. L'acte authentique électronique est enregistré dans un minutier central accessible au seul notaire instrumentaire ou à au notaire détenteur de l'acte ; ce minutier étant établi et contrôlé par le Conseil supérieur du notariat ²⁷¹. Cette innovation répond à l'objectif de mettre fin à l'archivage par le seul notaire des actes qu'il instrumente.

Enfin, on notera que les copies authentiques peuvent être établies sur support papier ou électronique quel que soit le support initial de l'acte ²⁷² et que le notaire peut délivrer une copie sur un support électronique d'un acte papier dès lors que la numérisation se réalise « dans des conditions garantissant sa reproduction à l'identique » ²⁷³. La copie électronique authentique comporte en outre l'image du sceau et la mention de sa conformité à l'original ²⁷⁴.

78 *Réalisation pratique de l'acte authentique notarié électronique* ◇ Le 28 octobre 2008, le premier acte a été instrumenté ²⁷⁵. Il était également le premier document du minutier électronique des notaires. Cet acte a porté sur la vente entre deux particuliers d'une parcelle de terrain. Il était reçu par un notaire de l'Aisne. Il ne s'agit cependant pas d'un acte à distance. Il a simplement été entièrement instrumenté électroniquement. Toutefois, la technologie nécessaire étant en place, elle permet de tels actes à distance.

À cet égard, techniquement, c'est la « clé REAL », une sorte de clé USB sécurisée, qui garantit l'authenticité de la signature électronique du notaire. Elle est personnelle à chaque notaire et son accès est sécurisé grâce à un code PIN. Elle contient l'ensemble des éléments d'identification du notaire ainsi que sa signature numérique. Chaque

notaire en était déjà doté et l'utilise dans le cadre de l'échange avec la conservation des hypothèques ²⁷⁶

Les actes authentiques sur support électronique sont stockés dans le minutier central électronique ²⁷⁷ qui est capable de stocker des milliers d'actes authentiques sur support électronique ²⁷⁸ quotidiennement et de les conserver au moins soixante-quinze ans avant de les verser aux archives départementales. Ce minutier est installé dans les Bouches du Rhône ²⁷⁹ dans les locaux d'une société Réal.not, SSII appartenant au notariat. Ce répertoire numérique connaîtra une migration régulière vers les nouveaux langages informatiques pour l'adapter aux évolutions technologiques futures. Les échanges avec le Micen sont sécurisés et le notaire rédacteur bénéficie d'un accès exclusif.

L'acte authentique à distance suppose l'usage des mêmes techniques en y adjoignant les technologies de la communication.

79 *Acte authentique électronique à distance* ◇ La possibilité de créer un acte authentique électronique à distance est prévue par le nouvel article 20 du décret de 1971. Ce texte régit un point essentiel de l'acte authentique électronique en précisant que les parties à l'acte qui ne se trouvent pas en présence du notaire instrumentaire peuvent néanmoins livrer leur consentement ou leur déclaration par-devant un autre notaire qui participe à l'acte.

Il est ajouté à l'alinéa 3 de ce nouvel article 20 que « chacun des notaires recueille le consentement et la signature de la partie ou de la personne concourant à l'acte puis y appose sa signature ». Cette disposition manifeste avec éclat que l'authenticité de l'acte résulte de la présence physique du notaire à l'acte et ne repose pas exclusivement sur une simple signature authentifiante ²⁸⁰. Le rôle de conseil et de témoin privilégié du notaire est ainsi préservé selon les vœux de Flour qui soulignait que la présence réelle du notaire est incluse dans la notion même d'authenticité : « elle en constitue un élément substantiel. Elle en est, à la lettre, indissociable » ²⁸¹.

Il aurait été inopportun pour la profession notariale de permettre l'établissement d'un acte à distance par un unique notaire instrumentaire apposant sa signature. Les parties se seraient alors trouvées isolées, à distance, sans le secours du notaire pour un dernier conseil avant l'engagement ; la possibilité d'un contrôle de la réalité du consentement aurait disparu. Aussi, la fonction notariale aurait-elle été singulièrement

réduite à celle de « tiers certificateur ». Fort heureusement en exigeant la présence d'un notaire auprès de chaque partie, le décret préserve la fonction notariale.

Il pesait moins d'incertitudes sur l'éventuelle influence de l'usage de l'écrit électronique par la profession d'huissiers de justice.

§ 3. L'acte authentique électronique des huissiers de justice

80 *Modification du décret de 1956* ◇ Le Décret n° 56-222 du 29 février 1956 ²⁸² relatif au statut des huissiers de justice a été modifié par le décret n° 2005-972 du 10 août 2005 ²⁸³ afin de mettre en œuvre l'acte authentique dans la pratique des huissiers de justice. Ces derniers sont en effet chargés de notifier des jugements qui revêtent la nature d'actes authentiques.

81 *Rédaction de l'acte et transmission* ◇ Le système informatique permettant d'établir un acte authentique par les huissiers de justice est agréé par la chambre nationale des huissiers de justice ²⁸⁴, ce système devant garantir l'intégrité et la confidentialité de l'acte. Il est « interopérable » avec ceux des organismes auxquels les huissiers transmettent des données ²⁸⁵. Le procédé de signature électronique est conforme aux exigences de l'article 1316-4 du Code civil ²⁸⁶ et les pièces annexées sont nécessairement indissociables de l'acte auxquelles elles se rapportent ²⁸⁷. Toutefois, quand un document original a été établi sur support papier, le juge peut en exiger la production ²⁸⁸.

Il est donc nécessaire que le procédé de numérisation des actes papiers existant soit en outre doté d'un procédé qui garantisse leur lien avec un acte qui serait établi exclusivement électroniquement.

En ce qui concerne la copie de l'acte d'huissier de justice, appelée « expédition », l'article 29-6 du décret de 1956 prévoit qu'elle doit comporter sa date et être revêtue de la signature électronique sécurisée de celui qui l'établit.

82 *Conservation et répertoire* ◇ Par application du nouvel article 29-4 du décret de 1956, il a été créé un minutier central, sous le contrôle de la chambre nationale des huissiers de justice, auquel l'huissier doit envoyer

ces actes dans les quatre mois de leur établissement ; ce dernier ayant seul accès à ce minutier. Ce système a pour but d'éviter la perte de document par un officier ministériel. Ce système mis en place par une société informatique est soumis à des opérations de migration afin de l'adapter aux mutations technologiques qui n'altèrent pas la qualité d'original du document déposé ²⁸⁹.

83 ***Notification des jugements et procédure d'injonction de payer*** ◇ Quand l'huissier de justice notifie un jugement, il établit un acte authentique ²⁹⁰ qui comporte deux originaux ; celui qui est remis au destinataire et le « second original » destiné au mandant qui a investi l'huissier de la mission de délivrer l'acte.

Or le décret prévoit : « lorsqu'il est dressé sur support électronique, le second original peut être transmis par voie de communication électronique, dans des conditions garantissant sa confidentialité, l'intégrité de l'acte, l'identité de l'expéditeur et celle du destinataire ²⁹¹ ». Le second original peut donc faire l'objet d'une transmission électronique dès lors qu'elle est sécurisée.

En effet, les envois, remises et notifications des actes de procédure peuvent être réalisés par voie électronique aux termes de l'article 748-1 du Code de procédure civile. Le destinataire doit consentir expressément à cette remise par voie électronique ²⁹², à défaut l'original doit être remis matériellement, sur support papier et de la main à la main. Quand la voie électronique est utilisée, un avis électronique de réception est utilisé et l'envoi unique remplace les différents exemplaires éventuellement prévus par les textes ²⁹³. On peut imaginer qu'institutions et grandes entreprises sont intéressées par la voie électronique dès lors qu'elles disposent d'un système électronique sécurisé de réception ²⁹⁴.

En outre, par un arrêté du 24 décembre 2012 ²⁹⁵, la procédure d'injonction de payer est entièrement dématérialisée entre l'huissier de justice et le tribunal d'instance ou le juge de proximité.

84 ***Copies et expéditions*** ◇ L'article 28 du décret autorise l'huissier de justice à établir des copies papier des actes authentiques électroniques qu'il dresse ainsi que des pièces annexées. L'article 29-6 permet à l'officier ministériel de réaliser des expéditions (copies) sous toute forme (papier ou électronique) de tout acte qu'il détient, notamment un procès-verbal, quel que soit le support initial (papier ou électronique). De

même, que « l'huissier de justice qui reçoit un acte authentique sur support électronique peut en établir une expédition sur support papier aux fins de signification ou d'exécution » ²⁹⁶. Cette généralisation de l'écrit électronique dans la pratique des huissiers de justice permet d'accompagner la mise en place d'une transmission électronique étendue des actes de procédure entre les différentes professions judiciaires et les greffes.

SECTION 4. FORMES ET FORMALITÉS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

- 85 ***Multiplicité des exigences de formes et formalités*** ◇ Les exigences de forme, c'est-à-dire une forme telle que l'écrit exigé comme condition de validité de l'acte juridique, ou de formalités, comme la lettre recommandée ou le coupon détachable, se rencontrent aujourd'hui dans toutes les matières. Afin de découvrir l'étendue de ces exigences, il convient de rappeler la variété des exigences de formes et de formalités (§ 1), puis de montrer comment le législateur a su trouver des équivalents électroniques (§ 2).

§ 1. Variété des exigences de forme ou de formalités

- 86 ***Le formalisme en droit commercial*** ◇ Le droit commercial, réputé souple, pourrait apparaître imperméable à toute pénétration du formalisme. Cependant, le formalisme a été adopté pour des raisons de sécurité et d'information des tiers. Par exemple, la lettre de change et le billet à ordre doivent comporter des mentions précises sans lesquelles ils ne valent pas comme titres cambiaux ²⁹⁷. L'endossement de ces titres, qui permet leur circulation, doit être manuscrit ²⁹⁸ ; de même que l'aval donné pour garantir les engagements cambiaux ²⁹⁹. Par ailleurs, la constitution d'une société en vue de son immatriculation suppose un écrit. Ce dernier est exigé pour la conclusion du contrat de société formalisé par la signature des statuts ³⁰⁰. Toutefois, l'exigence de forme n'a pas été développée exclusivement pour assurer la fluidité de la circulation des effets de commerce ou l'immatriculation d'une société commerciale.

En droit commercial, l'exigence de forme était initialement un formalisme d'apparence, les commerçants pouvaient accorder leur confiance sur l'apparence de formes régulières : inscription régulière au registre des sociétés, droit cambiaire. Aujourd'hui, le formalisme de protection a gagné le monde des affaires afin de protéger le commerçant le plus faible. Ce formalisme de protection est inspiré des méthodes du droit de la consommation.

87 *Le formalisme aux fins d'information* ◇ Les mentions obligatoires à titre d'information ne constituent pas l'apanage exclusif du droit de la consommation. En toute matière, la protection de la partie faible passe par l'instauration d'obligations d'information formalisées.

Il en est ainsi dans la vente de fonds de commerce qui exige que l'acte de cession comporte un certain nombre d'informations, tel que le chiffre d'affaires des trois dernières années, qui permettent à l'acquéreur d'estimer la valeur du fonds ³⁰¹. Dans le même esprit, l'article 1^{er} de la loi « Doubin » du 31 décembre 1989, devenu l'article L. 330-3 du Code de commerce, relatif à l'engagement d'exclusivité en matière commerciale, impose la fourniture d'un document permettant au bénéficiaire de l'exclusivité d'être éclairé sur la valeur du réseau dans lequel il va s'insérer et l'étendue de ses engagements.

En matière de contrat de prêt, le taux effectif global doit figurer dans la convention quel que soit l'emprunteur ³⁰². De même, les mentions obligatoires prescrites par les articles L. 311-8 et suivants du Code de la consommation régissant le crédit à la consommation ont été considérées comme des règles d'ordre public ³⁰³.

Parfois, un écrit de la main du contractant est exigé comme condition de validité de l'acte. Les articles L. 113-7 et L. 113-8 du Code de la consommation ont instauré l'obligation de faire figurer des mentions manuscrites, avant la signature de l'acte de cautionnement, afin d'attirer l'attention de la caution personne physique sur son engagement comme garant de la dette d'un emprunteur pour un prêt à la consommation ou un « emprunt immobilier ». Ces mentions doivent figurer dans l'acte à peine de nullité de l'engagement. De même le contrat conclu à l'issue d'un démarchage doit-il être daté et signé de la main du client ³⁰⁴.

Les textes du droit de la consommation introduisant une solennité sont donc nombreux. Or, l'un des impératifs fixé par la directive « commerce électronique » ³⁰⁵ réside dans la neutralisation de toute

entrave à l'usage de l'écrit électronique consistant dans l'exigence d'une forme comme condition de validité du contrat ³⁰⁶. C'est pourquoi le législateur français a instauré des équivalents électroniques à ces différentes formes et formalités.

§ 2. Équivalents électroniques de toutes formes et formalités

88 *La méthode* ◇ Afin de trouver un équivalent électronique pour toutes sortes d'écrits quant à leur fonction (*ad probationem* ou *ad validitatem*) ou à leur expression (mention manuscrite, double original, lettre simple, lettre recommandée, coupon-réponse...), le législateur a tenté d'adopter les textes les plus généraux possibles. C'est ainsi qu'un texte unique régit la question de l'écrit exigé *ad validitatem* (A) et que les formalités, telle que la lettre recommandée, exigée par maintes dispositions dans les domaines les plus divers, ont trouvé une réponse unique dans le Code civil (C). Toutefois, la mention manuscrite de l'article 1326 du Code civil et l'exigence du double de l'article 1325 du même code ont fait l'objet d'une réforme au sein même du texte (B).

A. Équivalence générale pour les écrits *ad validitatem*

89 *L'exception du formalisme* ◇ Le droit français des contrats est en principe consensualiste. Le simple échange des consentements suffit pour former le contrat, par application de l'article 1108 du Code civil. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'une forme est exigée comme condition de validité du contrat. Cependant, il a été nécessaire de prévoir que l'écrit électronique pouvait, au-delà de la loi du 13 mars 2000 réformant la preuve littérale ³⁰⁷, être utilisé également *ad validitatem*.

En effet, l'écrit lorsqu'il est requis comme condition de validité peut, depuis l'adoption de la loi du 21 juin 2004, « confiance dans l'économie numérique » ³⁰⁸ prendre la forme d'un écrit électronique ³⁰⁹. L'article 25 de cette loi a créé un article 1108-1 dans le Code civil afin d'inscrire l'équivalence entre écrit papier et écrit électronique. Ce texte dispose « lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 » relatifs à la preuve par support

électronique et à la signature ³¹⁰. En vertu du même texte, il est possible pour un acte authentique requis comme condition de validité de le réaliser sous forme électronique dès lors que cet *instrumentum* est conforme aux exigences de l'article 1317 alinéa 2 du Code civil ³¹¹.

Cependant, l'équivalence papier et électronique en matière d'exigence d'écrit *ad validitatem* connaît des exceptions notables. Le nouvel article 1108-2 du Code civil écarte de l'obligation d'équivalence les actes sous seings privés relatifs au droit de la famille et des successions, de même que les actes constatant des sûretés personnelles ou réelles (cautionnement, hypothèque), sauf si ces sûretés sont souscrites par une personne pour les besoins de sa profession.

L'écrit électronique peut donc remplacer tout écrit ; toutefois, certaines formalités méritaient des textes spéciaux.

B. Équivalences pour la mention manuscrite et la formalité du double

90

Mention « manuscrite » ◇ La loi du 13 mars 2000 ³¹² a modifié l'article 1326 du Code civil. Ce texte avait été instauré afin de protéger le débiteur dans les contrats unilatéraux. Il fallait éviter que l'*instrumentum* restant aux mains du créancier et qui constate l'obligation unilatérale puisse subir une altération par ce dernier. La formalité du « bon pour » qui avait été instituée par la pratique sur le fondement de ce texte n'était guère protectrice ; aussi, la réforme du droit de la preuve opérée par la loi du 12 juillet 1980, avait-elle été l'occasion de modifier la règle. Il faut, outre la signature, la mention manuscrite de la somme ou de la quantité de l'engagement. Le texte a été modifié de nouveau, par la loi du 13 mars 2000, afin de tenir compte de la possibilité d'établir un écrit électronique comme mode de preuve. La mention de la somme ou de la quantité n'a plus à être écrite de la main du débiteur, mais « par lui-même ».

La Cour de cassation a rendu un arrêt sur le fondement de ce texte, à la date anniversaire de sa promulgation, en relevant que « si la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres, écrite par la partie même qui s'engage, n'est plus nécessairement manuscrite, elle doit alors résulter, selon la nature du support, d'un des procédés d'identification conforme aux règles qui gouvernent la signature électronique ou de tout autre procédé permettant de s'assurer que le

signataire est le scripteur de ladite mention » ³¹³. Ce chapeau permet ensuite à la Haute juridiction de censurer la cour d'appel qui avait refusé de reconnaître pleine foi à une reconnaissance de dettes qui était dactylographiée et ne comportait que la signature manuscrite du débiteur.

La décision est intéressante car elle montre qu'au-delà des exigences des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil, il est possible d'utiliser tout type d'écrits sans être enfermé dans les exigences strictes de l'écrit électronique du Code civil. Toutefois, il faudrait en l'espèce que les juges du fond soient convaincus que le débiteur a dactylographié lui-même la reconnaissance de dettes. Nous ajouterons que ce débat mérite d'être mené seulement si ce dernier dénie son engagement ; il peut alors légitimement contester le mode de preuve ³¹⁴.

Quand la mention manuscrite est exigée *ad validitatem*, l'alinéa 2 de l'article 1108-1, créé par la loi du 21 juin 2004 ³¹⁵ précise que le débiteur « peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même ».

En revanche, une autre formalité probatoire avait échappé au législateur : l'exigence du double qui a trouvé un équivalent en 2005.

91 L'exigence du « double » pour les contrats synallagmatiques ◇ L'article 1325 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». Ce texte oblige à créer autant d'originaux qu'il existe de parties à une convention synallagmatique afin d'assurer à chaque contractant une situation égale à celle des autres ³¹⁶. Un double doit ainsi être remis au porteur de carte bancaire ³¹⁷.

Une telle obligation, appelée « formalité du double », s'impose pour les seuls actes sous seing privé et non pour les lettres missives ³¹⁸. Le deuxième alinéa du même texte précise que l'exigence est satisfaite dès lors qu'un original existe pour toutes les parties ayant le même intérêt ³¹⁹. En jurisprudence, il a été retenu que le dépôt de l'original signé des parties entre les mains d'un tiers suffit à accomplir l'obligation « du double » ³²⁰. Enfin, la remise d'un exemplaire comportant la signature de l'autre partie suffit, il n'est pas nécessaire que l'original soit signé par

toutes les parties ³²¹.

92 *La sanction de l'absence de la formalité du « double »* ◇ L'existence de la convention n'est pas menacée par l'absence de double, mais l'*instrumentum* est privé de sa force probante ³²².

Cependant, la force probante de l'écrit unique est maintenue si en présence de cet écrit les parties ne déniaient ni leur engagement ni les mentions de l'écrit et se contentent d'exiger la présentation du double ³²³. Dans le même esprit, l'exécution partielle d'une convention synallagmatique pour laquelle il n'a pas été dressé un double original couvre-t-elle ce vice ³²⁴. En outre, l'*instrumentum* peut valoir commencement de preuve par écrit qui peut être complété par un autre mode de preuve ³²⁵.

Nonobstant le libéralisme de la jurisprudence, il a été nécessaire d'adapter l'exigence « du double » aux contrats sous forme électronique.

93 *L'exigence du double dans les contrats sous forme électronique* ◇ Lors de la réforme du droit de la preuve du 13 mars 2000, les dispositions de l'article 1325 du Code civil n'ont pas été adaptées afin de satisfaire à l'exigence « du double ». Il a donc été procédé à un ajout à ce texte par l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique ³²⁶. L'article 1325 du Code civil comporte aujourd'hui un alinéa 5 qui dispose que « l'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès ».

Cette disposition tient compte de la technique informatique dans laquelle la distinction entre original et copie perd de sa pertinence. En effet, un document électronique constitue un original dont il est possible de faire autant de tirages papiers qu'il est souhaité. De même qu'un document électronique enregistré sur un disque dur, par exemple, et qui ne peut plus être modifié, lorsqu'il est enregistré sur un autre support constitue toujours un original, dès lors que ce support est lui aussi inaltérable. Un document électronique constitue donc un original unique qu'il est possible d'enregistrer sur autant de supports qu'il est souhaité et

dont on peut établir autant d'exemplaires qu'il est nécessaire. C'est pourquoi le texte prévoit que l'exigence du « double » est satisfaite lorsque l'écrit électronique répond aux exigences techniques des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil ³²⁷ et qu'il est disponible sur un support pour chaque partie ou bien encore que chacune peut y accéder ; c'est-à-dire qu'un lieu de stockage unique est accessible à toutes les parties.

Cette recherche d'équivalence sous forme électronique a été menée pour toutes les formalités employées dans le commerce juridique.

C. Équivalences pour les formalités

94 *L'ordonnance du 16 juin 2005* ◇ La loi du 21 juin 2004 visant à donner « confiance dans l'économie numérique » ³²⁸ en son article 26 renvoyait à une ordonnance afin de prévoir des équivalents électroniques pour les exigences particulières d'écrit qui ne pouvaient être satisfaites par la simple déclaration d'équivalence du nouvel article 1108-1 du Code civil ³²⁹. Les dispositions de l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique ³³⁰ ont conduit à la restructuration du chapitre VII du titre III du livre III du Code civil qui traite « des contrats sous forme électronique » en le subdivisant en quatre sections ³³¹. La première section (C. civ., art. 1369-1 à 1369-3) est relative à « l'échange d'informations en cas de contrat sous forme électronique ». La section deux, comprenant les articles 1369-4 à 1369-6, intitulée « De la conclusion d'un contrat sous forme électronique » est relative aux modalités de conclusion d'un contrat par voie électronique ³³².

Les sections trois et quatre qui ont été créées concernent, quant à elles, certaines formes d'écrit utilisées pour la formation d'un contrat ou dans le cadre de relations contractuelles existantes.

95 *Information précontractuelle et contractuelle en ligne* ◇ Les articles 1369-1 à 1369-3 du Code civil autorisent le pollicitant à mettre en ligne les stipulations contractuelles ou les informations relatives aux biens ou aux services offerts ³³³.

Toutefois, lorsque les textes de droit de la consommation, en l'espèce la directive 97/7, du 20 mai 1997, sur les contrats à distance conclus par les consommateurs (hors services financiers), exigent qu'une

information soit « fournie » sur « support durable », la Cour de justice a décidé que l'insertion d'un lien hypertexte qui renvoie à l'information ne suffit pas pour satisfaire à cette obligation ³³⁴. L'équivalent électronique au papier va devenir complexe à élaborer après cette jurisprudence. Un auteur préconise d'utiliser le format « image » afin d'éviter toute altération, mais le support durable comme substitut au papier reste à trouver ³³⁵.

À l'article 1369-2 du Code civil, il est précisé que les informations qui sont demandées pour conclure un contrat ou pour son exécution peuvent être transmises par courrier électronique quand le destinataire accepte de les recevoir sous cette forme ³³⁶. Le professionnel est réputé admettre recevoir des informations par voie électronique dès lors qu'il a fait connaître son adresse électronique ³³⁷. Le texte crée une dissymétrie protectrice. L'offrant ne peut envoyer des informations ou des conditions contractuelles par voie électronique que sur autorisation du destinataire de l'offre. En revanche, la communication par un « professionnel » de son adresse électronique crée une présomption irréfragable d'acceptation par ce dernier de l'usage de l'envoi d'un message par voie électronique.

96 *Lettre simple et remise d'un écrit par voie électronique* ◇ La section trois du chapitre VII intitulé « Des contrats sous forme électronique » (C. civ., art. 1369-1 à 1369-11) s'intitule « de l'envoi ou de la remise d'un écrit par voie électronique » et instaure un régime propre aux lettres et aux remises d'écrit.

Le nouvel article 1369-7 du Code civil dispose que l'exigence d'envoi d'une lettre simple ³³⁸ est réalisée par l'émission d'un courrier électronique dès lors que la date d'expédition est établie par un procédé fiable. Il reste à définir le contenu de l'exigence de fiabilité par un décret en Conseil d'État. Cette lettre simple verra peut-être le jour lorsque le règlement européen sur « l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur » ³³⁹ sera adopté. En effet, ce texte prévoit en ses articles 32 et suivants la mise en place et la validité des procédés d'horodatage électronique. Or cette technique de datation fiable est au cœur du dispositif de la lettre simple électronique équivalente à la lettre papier. C'est donc de ce règlement européen que viendra sans doute la création de cette lettre.

Quand la remise d'un écrit est exigée, l'article 1369-9 du Code civil

instaure un équivalent qui consiste en ce que le destinataire puisse en accuser réception après avoir pu en prendre connaissance. Le même texte, en son alinéa deux, prévoit que l'exigence de lecture d'un texte est accomplie par la possibilité pour le destinataire d'en prendre connaissance puis d'en accuser réception. Une telle disposition suppose que le degré d'alphabétisation de la population est suffisant pour qu'un engagement n'ait plus besoin d'être lu au destinataire

97 ***Lettre recommandée électronique*** ◇ La lettre recommandée électronique est reconnue, à l'article 1369-8 du Code civil, comme équivalent à celle existant sur support papier quand ce courrier « est acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire ». Ces exigences, imitées de la lettre papier, visent à garantir la même efficacité à la lettre recommandée électronique. L'alinéa deux de l'article 1369-8 du Code civil prévoit ensuite une alternative pour la remise. La lettre peut être imprimée par le tiers et remise au destinataire ou bien parvenir par voie électronique au destinataire. Dans ce dernier cas, lorsque le destinataire n'est pas un professionnel, ce dernier doit avoir demandé une lettre recommandée électronique ou bien avoir accepté ce procédé antérieurement. Enfin, l'avis de réception pourra être établi notamment par voie électronique. Ce cheminement de la lettre a été suivi dans le décret d'application.

C'est après plus de cinq années de gestation que le décret mettant en œuvre le texte législatif prévoyant la lettre recommandée électronique a été adopté ³⁴⁰. Cette promulgation a été précédée d'une consultation de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ³⁴¹ et d'une injonction formulée par le Conseil d'État au Premier ministre de prendre les mesures d'application de la loi prévoyant la lettre recommandée électronique ³⁴².

L'article 1^{er} du décret oblige l'opérateur de lettre recommandée électronique, appelé tiers chargé de l'acheminement, personne physique ou personne morale, à s'identifier complètement par son nom, ses adresses physiques et électroniques, ses éventuelles immatriculations. Ensuite, l'expéditeur doit également s'identifier dans les mêmes termes et préciser le nom et les adresses postales et électroniques du destinataire et son statut professionnel.

Les articles 2 et 3 du décret réaffirment la nécessité pour l'expéditeur d'avoir obtenu l'accord préalable du destinataire non professionnel pour la réception d'une lettre recommandée électronique. Cet accord préalable doit être indiqué par l'expéditeur à l'opérateur de lettre recommandée à qui il communique également ses choix portant sur le souhait d'un avis de réception ou non, sur l'acheminement par voie électronique ou postale et le niveau de garantie en cas de perte ou détérioration.

Pour satisfaire à l'exigence d'accord du non professionnel, on peut se demander si la présence d'une clause autorisant ou même « demandant » l'usage de la lettre recommandée acheminée par voie électronique dans un contrat préalable va suffire. On songe au contrat de travail, par exemple, ou au contrat d'assurance ou, plus largement, à tout contrat qui peut être résilié par l'envoi d'une lettre recommandée. Une interprétation restrictive de la loi conduit à refuser l'efficacité d'une telle clause générale contenue dans le contrat préalablement conclu. Il faut que l'expéditeur avant chaque envoi, obtienne l'accord du destinataire non professionnel pour que la lettre entièrement électronique soit reconnue comme équivalent à une lettre traditionnelle acheminée par voie postale.

Afin de garantir l'existence de l'envoi, de la même façon que les services postaux fournissent un récépissé, l'opérateur de lettre recommandée doit, aux termes de l'article 2 du décret, renvoyer un document avec un numéro d'identification, la date et l'heure du dépôt électronique du message, et, quand l'expéditeur a opté pour l'acheminement d'une lettre imprimée papier par la voie postale, les coordonnées du prestataire de services postaux. Toujours, aux termes de ce texte, l'opérateur doit conserver pendant un an les informations et « l'empreinte » (écrit électronique archivé) de la lettre recommandée afin d'en délivrer une copie à l'expéditeur.

L'article 3 du décret traite de la question centrale de la lettre recommandée entièrement électronique, c'est-à-dire acheminée par voie électronique, qui arrive à l'adresse électronique du destinataire (boîte mail). L'opérateur chargé de l'acheminement de la lettre recommandée électronique informe le destinataire par courrier électronique qu'une lettre recommandée va lui être envoyée et qu'il peut l'accepter ou la refuser dans un délai de quinze jours. Le destinataire n'est pas informé de l'identité de l'expéditeur de la lettre. Quand le destinataire a accepté, il reçoit la lettre à son adresse électronique.

On doit souligner que ces dispositions sur l'acceptation de l'envoi auprès de l'opérateur se comprennent comme étant applicables aussi

bien au destinataire professionnel que non professionnel. Toutefois, pour que la lettre entièrement électronique atteigne le non professionnel, il faut un double accord. Il faut d'abord que l'expéditeur obtienne l'accord de ce destinataire de procéder à un envoi par lettre recommandée entièrement électronique et ensuite que le destinataire non professionnel accepte que l'opérateur envoie la lettre dans sa boîte mail.

Quand le destinataire a accepté de recevoir une lettre recommandée, l'opérateur doit conserver la preuve de l'envoi pendant un an et la tenir à disposition de l'expéditeur. Enfin, quand l'expéditeur a demandé un avis de réception, l'opérateur lui envoie un courrier électronique l'informant de l'acceptation, du refus ou de l'absence de prise de connaissance par le destinataire.

Les articles 4 et 5 du décret traitent ensuite de la lettre recommandée électronique imprimée sur papier et acheminée par voie postale traditionnelle. Cette technique suscite moins de difficultés. L'article 4 précise que l'opérateur procède à l'impression de la lettre sur papier et à la mise sous enveloppe, puis la remet aux services postaux autorisés de l'article L. 3 du Code des postes et des communications électroniques. Ces derniers, telle La Poste, sont des prestataires de services postaux ayant obtenu une autorisation délivrée par l'ARCEP. L'article 5 précise alors les modalités de remise de la lettre recommandée électronique imprimée, papier. Cette remise s'apparente à celle de la lettre recommandée traditionnelle. Elle suppose que le préposé consigne la date de la remise et le nom, le prénom et la signature de la personne qui reçoit le pli. En cas d'avis de réception, cet avis est renvoyé par le prestataire des services postaux à l'expéditeur.

En l'absence du destinataire, une information (équivalent de l'actuel avis de passage) est laissée afin que ce dernier puisse retirer le pli sous quinze jours. On le voit, la lettre recommandée électronique sous forme papier ne présente guère de particularités si ce n'est qu'elle est créée par voie électronique et qu'un opérateur distinct du service postal peut la traiter dans sa phase de mise sous pli.

Cette précision attire l'attention sur le fait que pour la lettre recommandée entièrement électronique, l'opérateur n'a pas besoin d'être autorisé et peut donc directement concurrencer les entreprises autorisées, telles que La Poste.

Par ailleurs, les procédés d'identification et d'acceptation reposent sur les échanges électroniques envoyés aux adresses mail du destinataire et de l'expéditeur. Il n'est fait aucune référence à des procédés sécurisés. La

lettre recommandée électronique n'est donc pas soumise aux exigences des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil, ce qui en fait un écrit électronique simplifié.

98 ***Caractères apparents et remise en plusieurs exemplaires*** ◇ La quatrième section du chapitre sur les contrats sous forme électronique relative à « certaines exigences de forme » est composée de deux articles. D'abord, l'article 1369-10 du Code civil précise que les exigences particulières de lisibilité ou de présentation qui figurent dans certaines dispositions ³⁴³ doivent être reprises par équivalent sous la forme électronique. L'alinéa deux du même texte prévoit que l'exigence d'un formulaire détachable ³⁴⁴ est satisfaite par la mise en place d'un procédé permettant d'exercer la rétractation par voie de formulaire à compléter et à renvoyer par voie électronique.

Ensuite, l'article 1369-11 du Code civil est également relatif à des formes particulières car il règle la question de l'exigence d'envoi en plusieurs exemplaires. L'équivalent consiste à permettre au destinataire d'imprimer l'écrit.

99 ***Conclusion générale*** ◇ La réforme en profondeur de l'écrit par l'admission de l'écrit électronique ne rencontre pas encore le succès. Certes, la qualité des textes insérés dans le Code civil leur permettrait certainement de résister à l'épreuve du temps. C'est ainsi que dans l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription ³⁴⁵, les dispositions des articles 1316-1 et 1316-4 sont reprises sans modification dans des articles 1285-1 et 1286.

Si les textes du Code sont irréprochables, il n'en va pas de même pour les décrets d'application 30 mars 2001 et du 18 avril 2002 encore moins pour l'arrêté du 31 mai 2002. Ces derniers mettent en œuvre des présomptions en cascade et des agréments en chaîne. Le pouvoir réglementaire a abusé, en voulant régir les différents stades de la procédure de signature, des termes « qualifiés » et « certifiés ». Les textes réglementaires nécessaires à la création de la signature électronique ressemblent fort à d'abscons « programmes informatiques ».

Ces dispositions ont été établies dans un souci de justifier l'égalité proclamée entre l'écrit papier et l'écrit électronique. Il fallait que ce dernier soit irréprochable dans son processus d'élaboration. Toutefois, la

recherche de sécurité qui s'est traduite par une accumulation d'exigences techniques et de procédures d'agrément des prestataires pèse sur l'essor de l'écrit électronique. En effet, pour le moment la signature électronique sécurisée n'est pas mise à disposition du grand public. Le commerce électronique ne se réalise pas à l'aide d'écrits électroniques fiables au sens des articles 1316-1 et suivants du Code civil et du décret du 30 mars 2001. Que faut-il déduire de ce constat ?

Il est possible d'abord d'attendre que les institutionnels tels que les banques et les assurances mettent en œuvre des procédés conformes à la loi ce qui abaisserait le coût de ces techniques et les populariserait. On peut ensuite imaginer que la pratique résiste et ne souhaite pas investir dans des procédés qu'elle juge, sans doute à tort, trop coûteux. Il faudrait alors revoir les exigences du décret du 30 mars 2001 pour les abaisser. La solution pourrait également venir de la jurisprudence ; les magistrats, renouvelant le coup d'audace de 1997³⁴⁶, pourraient se contenter de vérifier que les exigences des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil sont remplies en omettant, pour les actes sous seing privé, les textes d'application. Il ne semble pas ce que ces derniers soient enclins à renouveler cette liberté prise avec les textes pour assouplir les règles sur la preuve par écrit électronique. Il faudra observer l'éventuel examen par la Haute juridiction de l'arrêt de la cour d'appel de Nancy du 14 février 2013 qui admet qu'une signature électronique sans tiers certificateur relève de l'article 1316-4 alinéa 2 du Code civil³⁴⁷.

Si la voie législative devait être empruntée, il serait judicieux de suivre les recommandations de la loi type CNUDCI de 2001³⁴⁸ qui suggère de graduer le niveau d'exigence de sécurité de la signature électronique en fonction de l'importance de l'engagement. Toutefois, dans la proposition de règlement européen « sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur »³⁴⁹ il n'est pas adopté une telle démarche. Seule une signature qualifiée est admise comme équivalent à la signature manuscrite³⁵⁰. Les cachets et les horodatages électroniques font l'objet de dispositions spécifiques dans ce projet de règlement ce qui pourrait, néanmoins, permettre d'entrevoir des assouplissements dans la pratique de l'écrit électronique³⁵¹.

CHAPITRE 2

LE CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

Section 1. CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI « CONFIANCE DANS L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE » ET PRESTATAIRES DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

§ 1. **Champ d'application de la loi « confiance dans l'économie numérique »**

§ 2. **Les prestataires du commerce électronique**

Section 2. L'OFFRE

§ 1. **La publicité et le *spamming***

A. La publicité par Internet

B. Le *spamming*

§ 2. **Les obligations d'information**

A. Informations sur le produit ou le service

B. Informations sur les modalités de conclusion du contrat par voie électronique

C. Exceptions aux obligations d'information et sanction de leur violation

Section 3. L'ACCEPTATION

§ 1. **Les modalités de formation du contrat à distance**

§ 2. **Le moment de la formation du contrat conclu à distance**

Section 4. L'ERREUR MATÉRIELLE SUR LE PRIX

Section 5. LA RESPONSABILITÉ DE PLEIN DROIT PESANT SUR LE PROFESSIONNEL EXERÇANT UNE ACTIVITÉ PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

§ 1. **Le champ d'application de la responsabilité de plein droit de l'article 15 I**

§ 2. **Le régime de la responsabilité de plein droit de l'article 15**

100 *De la loi type CNUDCI à la directive « commerce électronique »*

◇ Le principe de la formation du contrat par simple échange des consentements en œuvre en droit français aurait pu permettre d'accueillir le contrat par voie électronique. Ce dernier peut se définir comme le contrat formé à distance par des procédés d'écriture, d'enregistrement et de transmission électroniques. Il n'y a pas de différence conceptuelle à la conclusion d'un contrat, sur une foire, un marché à terme ou encore par lettre et enfin par Internet. Toutefois, dans la législation contemporaine, la multiplication du recours à l'écrit et la volonté de protéger les contractants, notamment en essayant de combler l'asymétrie dans l'information, obligeait nécessairement à créer un régime particulier du contrat par voie électronique. Il était nécessaire d'adapter les règles existantes, du droit de la consommation, voire du droit des affaires, pour y incorporer le recours à Internet. En outre, le législateur s'est convaincu du besoin de prévoir un régime protecteur de l'internaute. Ce sont donc ces deux actions qui ont été privilégiées : adapter les règles existantes afin de ne pas entraver le développement du commerce par Internet et créer de nouvelles règles propres à rassurer les internautes.

C'est dans cet esprit que La CNUDCI avait proposé, dès 1996, une loi type sur le commerce électronique ³⁵². Ce modèle législatif, visant à harmoniser les législations des pays membres des Nations unies, prévoyait une parfaite équivalence entre l'écrit sous forme de message de données (écrit électronique) et tout autre écrit afin de lever toute entrave au commerce par voie électronique. Ne pouvant rester insensible à ces nouvelles opportunités économiques, dès 1998, la Commission européenne avait rendu public une proposition de directive sur le commerce électronique qu'elle avait élaborée et l'a présentée au Parlement ³⁵³. Ce dernier avait adopté plusieurs amendements qui visaient notamment la responsabilité des prestataires de service sur Internet ³⁵⁴. Ces amendements conduisaient la Commission à présenter une proposition modifiée ³⁵⁵. Le 28 février 2000 le Conseil arrêta une position commune adoptée à l'unanimité par le Parlement le 4 mai 2000 ³⁵⁶. C'est ainsi qu'a été adoptée, le 8 juin 2000, la directive n° 2000/31 « relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans

le marché intérieur » ³⁵⁷.

Les instances européennes qui ont adopté la directive « commerce électronique » ont souhaité imposer aux États membres « de veiller à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique » ³⁵⁸.

101 ***Vers un droit commun optionnel du contrat de vente en Europe ?*** ◇

La Commission européenne a lancé en 2011 une initiative de proposition de règlement visant à offrir un régime unifié de droit de la vente transfrontière qui intègre le contenu numérique ³⁵⁹. L'objectif poursuivi est de permettre aux professionnels, quel que soit leur État membre d'établissement, d'offrir aux internautes de conclure un contrat en un droit unifié, protecteur des consommateurs et des PME, qui écarte le droit de chaque État membre. Les professionnels ne devraient alors plus hésiter à proposer leurs biens ou leurs services aux consommateurs européens quel que soit leur État de résidence et ces derniers se verraient protéger par un corps de règle au moins aussi efficace que le droit européen de la consommation issu des différentes directives. Cette offre de « second régime » n'a pas encore vu le jour, en raison, notamment, des nombreux conservatismes en œuvre, qu'il s'agisse d'une partie de la doctrine ou encore d'associations de consommateurs.

À défaut de droit commun du contrat transfrontière, la directive « commerce électronique » avait toutefois posé quelques règles et fixé des objectifs aux États membre. Ces derniers ont été mis en œuvre par une loi française de transposition.

102 ***Loi « confiance dans l'économie numérique »*** ◇

La loi du 21 juin 2004 « pour la confiance dans l'économie numérique » ³⁶⁰ avait, selon ses promoteurs, pour vocation de fonder « dans la législation française à la fois l'Internet et le commerce électronique » ³⁶¹. Ce texte était moins ambitieux que le premier projet de transposition qui portait plus largement « sur la société de l'information » ³⁶².

En effet, après la tentative infructueuse du projet de loi sur « la société de l'information » ³⁶³ devenu caduc par le changement de législature, le gouvernement en avait déposé un nouveau ³⁶⁴, qui a été adopté après deux lectures par chaque assemblée et une réunion de

commission mixte paritaire ³⁶⁵. Le texte a beaucoup évolué entre les différents votes. Entre une conception minimaliste de l'intervention législative exigée par certains professionnels de l'Internet et la volonté des élus d'encadrer le contenu diffusé sur « la toile », un compromis assez équilibré a fini par être trouvé ³⁶⁶. Le Conseil constitutionnel ³⁶⁷ a invalidé une disposition concernant le point de départ de la prescription des infractions de presse et s'est livré à une réserve d'interprétation en matière de responsabilité des prestataires ³⁶⁸. Cette décision n'a donc pas modifié l'économie du régime général du contrat par voie électronique.

- 103** ***Présentation*** ◇ L'application des dispositions qui encadrent le contrat conclu par voie électronique suppose de définir exactement leur champ d'application (Section 1). Ensuite, comme pour tout contrat, l'offre (Section 2) et l'acceptation (Section 3) constituent des actes indispensables à la formation du contrat. Si la question classique des vices du consentement ne mérite pas de développements propres aux contrats par voie électronique, nous attirerons cependant l'attention sur la question de l'erreur sur le prix en raison des fréquentes erreurs matérielles d'affichage du prix (Section 4), enfin, à propos de l'exécution du contrat nous observerons les conséquences de l'instauration d'une obligation de résultat à la charge du professionnel commerçant par le réseau Internet (Section 5).

SECTION 1. CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI « CONFIANCE DANS L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE » ET PRESTATAIRES DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

- 104** ***Division*** ◇ La définition légale du commerce électronique permet de préciser le champ d'application de la loi « confiance dans l'économie numérique » (§ 1) et invite à présenter différents prestataires du commerce électronique (§ 2).

§ 1. Champ d'application de la loi « confiance dans l'économie numérique »

- 105** ***Définition large du commerce électronique*** ◇ « Le commerce

électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services » dispose l'article 14 de la loi « confiance dans l'économie numérique »³⁶⁹. Bien que dans la directive « commerce électronique »³⁷⁰, il n'ait, paradoxalement, pas été prévu de définition du commerce électronique, il était nécessaire que l'objet même des dispositions légales soit déterminé. Cette définition large du commerce électronique permet d'inclure de nombreux opérateurs dans le champ d'application de la loi.

On observe que, la « personne » visée dans la définition n'est pas nécessairement une personne morale. En outre, l'alinéa 2 de l'article 14 de la loi précise que tous services, comme les outils de recherche, d'accès à un réseau ou d'hébergement, même, non rémunérés par ceux qui les reçoivent entrent « dans les champs du commerce électronique ». Ainsi toutes les personnes physiques ou morales qui proposent un service Internet, tels que les fournisseurs d'accès, les hébergeurs ou les moteurs de recherche³⁷¹, même à titre gratuit et non professionnel, relèvent-elles des dispositions du présent texte. Les premiers bénéficiaires en sont naturellement les consommateurs, mais les internautes professionnels peuvent également se prévaloir de ces dispositions générales qui ont par principe vocation à s'appliquer à tous.

106 *Bénéficiaires du texte* ◇ Le droit de l'économie numérique tel qu'il résulte de la loi « confiance dans l'économie numérique » bénéficie de toute évidence au consommateur. Ce dernier n'est pas défini dans la loi qui a une portée générale, mais la directive « commerce électronique », le définit « toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale »³⁷². La loi « confiance dans l'économie numérique » étant un texte de transposition de la directive « commerce électronique », un consommateur devra donc être entendu comme la personne répondant à cette définition. En outre, le consommateur est désormais défini dans un article préliminaire du Code de la consommation : « au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Ce texte a été introduit par la loi « Hamon » du 17 mars 2014³⁷³.

Le professionnel est également un destinataire potentiel de la proposition de biens ou de service par Internet prévu à l'article 14 de la

loi. La directive « commerce électronique »³⁷⁴ prévoyait elle aussi³⁷⁵ que toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non utilise un service de la société de l'information, bénéficie du régime mis en place. Directive, comme loi de transposition couvrent donc le champ de tous les internautes contractants : professionnels ou non.

Cependant, quelques dispositions ponctuelles prévoient un régime différent pour les professionnels. Il s'agit de la question du *spamming*³⁷⁶ et de la faculté de déroger aux articles 1369-4 et 1369-5 du Code civil relatifs à la formation du contrat³⁷⁷. C'est pourquoi, sauf stipulation expresse prévue entre professionnels portant sur les modalités de formation du contrat, le régime établi par la loi « confiance dans l'économie numérique » englobe consommateurs et professionnels pour toute activité même non professionnelle et non lucrative. Il faut voir dans ce champ d'application très vaste la volonté d'encadrer toute activité sur Internet.

107 *Activités exclues* ◇ Malgré la volonté affichée à l'alinéa 1^{er} de l'article 14 de la loi du 21 juin 2004 d'adopter une définition du commerce électronique qui englobe tout échange Internet, il était nécessaire de tenir compte à la fois des restrictions mentionnées dans la directive « commerce électronique » et de certains droits spéciaux français. La loi indique que les activités de représentation en justice, exercée pour l'essentiel par les avocats, et celles de notaires ne peuvent pas être fournies à distance et par voie électronique³⁷⁸. En effet, il nous paraît évident que la prestation de services effectuée par ces professions libérales ne peut être entièrement dématérialisée. Cela n'empêche nullement ces derniers de communiquer avec leur client par voie électronique dès lors qu'une relation s'est déjà établie ou de faire connaître leur cabinet ou étude par un site qui respecte la dignité inhérente à leur état³⁷⁹.

Par ailleurs, ni la loi « confiance dans l'économie numérique », ni la directive « commerce électronique » n'ont vocation à régir les contrats conclus entre les professionnels de l'informatique et du multimédia avec leurs clients commerçants qui sollicitent la conception d'un site marchand du type galerie marchande ou boutique virtuelle. De telles relations paraissent relever de la figure connue du contrat d'entreprise³⁸⁰. Le commerçant a recours à une sorte d'architecte de site qui agence images, sons et contenu, comme il pourrait avoir recours à un architecte

pour concevoir l'aménagement et la décoration d'un magasin réel dans un local commercial. Le « concepteur » du site marchand ou de la galerie marchande fournit certes un service de la société de l'information, mais par accessoire ; il n'intervient pas directement sur le réseau, on ne voit donc pas que ses prestations doivent être soumises au régime du contrat par voie électronique, ni aux règles de responsabilités propres au fournisseur d'accès et aux hébergeurs.

Par ailleurs, les jeux d'argent, y compris sous forme de paris et de loteries sont également exclus³⁸¹ de la liberté d'exercice par voie Internet proclamée par l'article 14 de la loi. Bien au contraire, ces activités doivent obéir à des règles précises³⁸² que devront respecter les prestataires du commerce électronique.

§ 2. Les prestataires du commerce électronique

108 *Des éléments de définition dans la loi* ◇ L'article 14 alinéa 2 de la loi « confiance dans l'économie numérique » dispose qu'« entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent ». C'est ainsi qu'après une définition générale de l'activité économique à l'alinéa 1^{er}, le législateur français a précisé quelques-unes des activités de certains prestataires Internet. Nous retenons que le législateur mentionne les services de fourniture d'accès et d'hébergement, de même que ceux de moteurs de recherches et de liens commerciaux.

109 *Éditeurs de contenus, fournisseurs d'accès et fournisseurs d'hébergement* ◇ Tout d'abord l'article 14 de la loi « confiance dans l'économie numérique » vise les éditeurs de contenus en ce qu'ils diffusent des informations et/ou des offres publicitaires. Ces prestataires sont donc à l'origine d'un site ou d'un blog. L'activité est donc très générale.

En revanche, les activités de fourniture d'accès et d'hébergement sont définies plus précisément, dans un autre texte que l'article 14, en raison

de la création d'un régime de responsabilité des prestataires à l'article 6 de cette loi ³⁸³. Le fournisseur d'accès est une personne « dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public » ³⁸⁴. Il a donc pour mission de permettre aux utilisateurs d'Internet (internauts) d'être reliés au réseau. Les hébergeurs sont, quant à eux, désignés comme « 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 » ³⁸⁵. Leur rôle consiste donc à louer ou prêter un espace disque sur leur système à leurs clients afin que ces derniers installent un site et que les tiers puissent y accéder.

110 ***Moteurs de recherche et liens commerciaux*** ◇ L'article 14 de la loi « confiance dans l'économie numérique » mentionne les entreprises assurant une activité de moteur de recherche. Ces dernières permettent aux internautes d'obtenir une liste de références de sites lorsqu'ils entrent des mots clés afférents à leur recherche.

Ces mêmes entreprises ou des prestataires indépendants, appelés prestataires de liens commerciaux, proposent la mise en place de liens commerciaux ³⁸⁶. Ces derniers constituent un moyen de publicité par Internet qui permet à des annonceurs d'apparaître de manière distincte sur les pages de résultat quand un internaute formule une requête auprès d'un moteur de recherches. Ces régies d'annonces mettent ainsi en valeur la présence de leur client sur le réseau Internet aux fins de commercialisation de leurs produits ou services.

La mention de ces différents prestataires à l'article 14 de la loi ne constitue pas une liste exhaustive ; toute activité menée par Internet et proposée par ce moyen doit répondre aux exigences de ce texte qui portent notamment sur l'offre de contracter.

SECTION 2. L'OFFRE

111 ***Division*** ◇ Afin de tenter de rétablir l'égalité entre le professionnel proposant ses produits et ses services par Internet et l'internaute, il a été prévu par la directive « commerce électronique », puis dans la loi « confiance dans l'économie numérique », un encadrement de la

publicité et du *spamming* (§ 1) et une information renforcée (§ 2).

§ 1. La publicité et le *spamming*

- 112 **Présentation** ◇ L'offre de contracter par Internet, comme sur tout marché moderne, est souvent entouré d'incitations sous forme de publicité. Le législateur a ajouté des règles spéciales pour la publicité sur le réseau (A). En outre, il a fallu encadrer une pratique qui s'était développée avec la télécopie : l'envoi de messages non sollicités directement à l'adresse du client sans son autorisation préalable ; cette méthode a été appelée *spamming* (B).

A. La publicité par Internet

- 113 **Obligation d'identification du message comme étant publicitaire** ◇ Outre le rappel que les dispositions sur les pratiques commerciales trompeuses, prévues à l'article L. 121-1 et suivants du Code de la consommation, trouveront à s'appliquer ³⁸⁷, la loi « confiance dans l'économie numérique » a ajouté une obligation générale d'information sur le caractère publicitaire du message. En effet, afin de préserver le consentement de l'internaute, la publicité est réglementée par l'obligation de pouvoir identifier le message comme étant publicitaire et que l'auteur de cette publicité soit clairement désigné ³⁸⁸. Cette obligation est issue de la directive « commerce électronique » ³⁸⁹. Elle a été appliquée à la société Google qui a développé un nouveau moteur de recherche dénommé « *Google Shopping* » ³⁹⁰. Ce dernier a pour but de référencer et présenter les produits disponibles à la vente de façon à permettre aux internautes de les rechercher, les comparer et les acheter sur le site marchand. Les commerçants peuvent se faire indexer sur ce moteur. La cour d'appel de Paris a estimé que le référencement de ces sites constitue de la communication commerciale et qu'à ce titre, le moteur *Google shopping* doit nettement indiquer qu'il s'agit de publicité par application de l'article 20 de la loi confiance dans l'économie numérique. Cette transparence sur la nature publicitaire du message sera renforcée à propos des offres promotionnelles, rabais, jeux et concours publicitaires.

114 ***Offres promotionnelles, rabais, jeux et concours publicitaires*** ◇ L'article 6 c) et d) de la directive « commerce électronique » précise que les offres promotionnelles, primes et rabais doivent simplement faire apparaître les conditions dans lesquelles l'acheteur peut en bénéficier. Les concours et jeux promotionnels doivent également faire apparaître clairement leurs conditions de participation.

La loi « confiance dans l'économie numérique » a précisé ces exigences en insérant des articles L. 121-15-1 à L. 121-15-3 dans le Code de la consommation afin d'appliquer à l'offre par Internet toutes les dispositions sur la publicité, les rabais, les ventes promotionnelles, les jeux et concours promotionnels.

C'est ainsi que les articles L. 121-15-1 et L. 121-15-2 du Code de la consommation obligent les annonceurs qui ont recours à des primes, jeux, concours, cadeaux, ou jeux promotionnels proposés par courrier électronique à s'identifier de manière claire et non équivoque ; de la même façon, les conditions du bénéfice des offres promotionnelles et de la participation au jeu doivent être énoncées de manière parfaitement limpide. En outre, un dispositif doit être prévu pour que l'internaute puisse demander que ces publicités cessent.

On observera que l'article L. 121-15-3 du Code de la consommation précise que ces dispositions protectrices bénéficient également aux professionnels dès lors qu'ils sont visés par ces offres, publicités ou concours. La sanction de ces obligations ³⁹¹ est réalisée conformément aux dispositions sur les pratiques commerciales trompeuses ³⁹² ; c'est-à-dire que les infractions sont constatées par les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et que la sanction peut consister en une peine d'amende de 37 500 euros ou s'élever à 50 % des dépenses de publicité ³⁹³.

Cette disposition fournit une nouvelle illustration de ce que le Code de la consommation peut également s'appliquer au non consommateur. L'extension des obligations de transparence sur les offres, jeux et concours publicitaires aux professionnels ne semble pas contraire aux dispositions communautaires. En effet, le champ d'application de la directive n'est pas cantonné aux seuls consommateurs.

115 ***Cantonnement des règles sur la publicité réglementée*** ◇ Au-delà de ces textes spéciaux instaurés par les articles 20 et 21 de la loi

« confiance dans l'économie numérique », la question se pose du champ d'application des dispositions qui limitent ou encadrent certaines publicités. Cette interrogation vaut notamment pour la publicité sur le tabac ou les boissons alcooliques ³⁹⁴. Ces dispositions s'imposent aux prestataires Internet établis en France.

Pour les boissons alcoolisées, l'article L. 3323-2 du Code de la santé publique a été modifié par une loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 pour y ajouter un 9° qui autorise la publicité pour les alcools sur Internet à l'exception de tout support destiné à la jeunesse ou aux pratiques sportives ³⁹⁵. Néanmoins cette publicité doit être conforme aux exigences de l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique qui limite la communication commerciale à une simple présentation du produit. En outre, cette publicité sur Internet ne doit être « ni intrusive ni interstitielle » ³⁹⁶. Or, il a été jugé que la possibilité de télécharger sur un « smartphone » une application élaborée par une entreprise de commercialisation de boissons alcooliques pour l'un de ses produits et de la faire partager à d'autres via les réseaux sociaux constituait une publicité intrusive et donc prohibée ³⁹⁷.

Pour le tabac, la publicité est complètement interdite qu'elle qu'en soit le support ³⁹⁸. Toutefois, cette prohibition ne s'applique pas aux opérateurs établis en dehors de l'Union européenne et qui ne dirigent pas principalement leur activité vers ses États membres ³⁹⁹. En outre, les chaînes de télévision peuvent retransmettre des compétitions sportives de sport mécanique dans des pays où la publicité est autorisée ⁴⁰⁰.

Il convient de déterminer si cette législation très restrictive s'appliquerait aux sites dont les responsables sont établis dans un État membre de l'Union européenne autre que la France. La Cour de justice a admis par le passé qu'un État membre peut, sans violer la directive n° 89552 dite « télévision sans frontières », interdire la publicité pour les boissons alcoolisées, voire interdire l'apparition à l'écran de panneaux visibles lors d'une retransmission de manifestations sportives binationales pour des raisons de santé publique ⁴⁰¹.

Toutefois, aux termes de l'article 3 de la directive « commerce électronique » ⁴⁰² le prestataire établi dans un État membre ne doit se conformer qu'à la loi de cet État et aux exigences minimales imposées par les directives communautaires transposées par l'État d'établissement. Une discussion doctrinale s'est engagée sur la portée de ce texte ⁴⁰³. En outre, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est peu claire car dans un même arrêt elle réaffirme que l'article 3 de la

directive « commerce électronique » n'ajoute pas de dispositions de droit international privé et que les États membres ne peuvent pas imposer des règles aux prestataires Internet qui entraveraient la libre prestation de services ⁴⁰⁴. Il est probable, néanmoins, que pour des raisons de santé publique, la loi française qui prohibe la publicité pour le tabac serait déclarée opposable à un opérateur qui dirigerait ses activités vers la France.

B. Le *spamming*

- 116 **Définition et sanction du *spamming*** ◇ Le harcèlement par des offres répétées et non désirées est apparu avec le fax, puis l'Internet. Le *spamming* consiste en l'envoi massif de messages publicitaires dans la boîte mail du destinataire sans que ce dernier ait sollicité ou autorisé cet envoi ⁴⁰⁵.

Par le passé cette pratique avait fait l'objet d'une enquête de la Cnil qui avait ensuite saisi le parquet afin de poursuivre les personnes à l'origine de la pratique dénoncée par de nombreux internautes ⁴⁰⁶. Par ailleurs, des fournisseurs d'accès ou des éditeurs de logiciels ont pu assigner des *spammers* afin de les faire condamner à des dommages et intérêts pour violation du contrat de fourniture d'accès et usage illicite de logiciel de messagerie ⁴⁰⁷ ou encore pour obtenir en justice l'exclusion du *spammer* du réseau ⁴⁰⁸.

- 117 **Interdiction limitée** ◇ Aujourd'hui, l'article L. 34-5 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE), créé par l'article 22 de la loi « confiance dans l'économie numérique », définit cette pratique comme « la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique » ⁴⁰⁹.

Ce même texte interdit cette prospection directe à l'égard des personnes physiques qui n'ont pas donné leur consentement préalable. En revanche, ce moyen est utilisable à l'égard des personnes morales. On déduit de ces dispositions qu'une personne physique commerçante et un professionnel libéral qui n'exercent pas en société sont protégés contre le harcèlement publicitaire ; en revanche une personne morale non commerçante y reste exposée. La loi a ainsi partiellement manqué

son but car ce sont tous les professionnels qui sont le plus exposés au *spamming*.

Il est nécessaire de recueillir le consentement préalable des personnes physiques avant de tels envois. Le système de l'« *opt-in* » est ainsi consacré. La directive « commerce électronique » privilégiait le système de l'« *opt-out* »⁴¹⁰, mais la directive « Vie privée » a posé le principe de l'interdiction du *spamming*⁴¹¹. La Commission nationale de l'informatique et des libertés est chargée de veiller au respect de ces dispositions à l'égard des personnes physiques⁴¹². En outre les autorités ont aidé à la mise en place d'un site associatif « Signal Spam » et un site gouvernemental <www.internet-signallement.gouv.fr>⁴¹³. Enfin, les agents de la DGCCRF sont autorisés à constater les pratiques de *spamming* et à les poursuivre⁴¹⁴.

Néanmoins, une exception de taille est introduite y compris pour les personnes physiques, il est possible pour les prestataires ayant déjà contracté avec l'internaute de recourir à une nouvelle « prospection » de ce dernier⁴¹⁵.

Pour les personnes morales victimes de harcèlement publicitaire, il existe seulement l'obligation pour l'annonceur de mettre à disposition des « coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent »⁴¹⁶. Si cette demande n'était pas suivie d'effet, il appartiendrait alors à cette personne d'avertir la Cnil ou encore la DGCCRF. Il n'est pas certain que ces moyens soient extrêmement efficaces dès lors qu'actuellement ce sont les prestataires de courriers électroniques eux-mêmes qui diffusent les messages publicitaires dans les boîtes de leurs internautes.

§ 2. Les obligations d'information

- 118 **Présentation** ◇ Toutes les lois de protection actuelles émanant du législateur européen mettent l'accent sur l'information précontractuelle afin de supprimer les « coûts de transaction », c'est-à-dire le temps nécessaire à la recherche de l'information pour conclure un contrat dans de bonnes conditions. Le contrat conclu par voie électronique n'y échappe pas ; la directive « commerce électronique »⁴¹⁷ en son article 5 prévoit de nombreuses obligations d'information sur le professionnel et le produit ou service (A). De surcroît, il a été inséré

dans le Code civil, une obligation de communiquer les modalités techniques de conclusion du contrat par voie électronique (B). Il restera à observer les sanctions possibles de l'ensemble de ces obligations d'information (C).

A. Informations sur le produit ou le service

119 *Cumul des obligations d'informations* ◇ La loi « confiance dans l'économie numérique » est venue ajouter une source supplémentaire d'informations aux obligations existantes. Il est indiqué à l'article 19 de ce texte que l'obligation d'identification des prestataires est « sans préjudice des obligations d'information prévues par les textes législatifs ou réglementaires en vigueur ». Il faut donc que les dispositions spéciales du droit du contrat à distance s'ajoutent au droit applicable à chaque type de prestation.

120 *Identification du prestataire* ◇ L'article 19 de la loi confiance dans l'économie numérique impose une identification du prestataire qui doit décliner son identité ou sa raison sociale, son adresse et son éventuel numéro d'immatriculation aux différents registres de services. Les membres des professions réglementées doivent décliner leur titre et leur institution de rattachement, tel qu'un ordre, et mentionner la référence au corps de règles professionnelles qui les régit. Il est également instauré l'obligation pour une activité soumise à autorisation, de communiquer le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci. Ces exigences sont conformes à l'article 5 de la directive « commerce électronique »⁴¹⁸ qui oblige à fournir des informations générales permettant d'identifier le prestataire.

La Cour de justice a été saisie sur l'interprétation de ce texte par une juridiction allemande afin de déterminer si le professionnel doit absolument communiquer son numéro de téléphone sur son site⁴¹⁹. La Cour a répondu que le texte exige simplement de permettre une prise de contact rapide qui doit pouvoir se réaliser, par exemple, en mettant à disposition un formulaire de contact électronique, « sauf dans des situations où un destinataire du service, se trouvant, après la prise de contact par voie électronique avec le prestataire de services, privé d'accès au réseau électronique, demande à ce dernier l'accès à une voie de communication non électronique »⁴²⁰. Cette interprétation large et

tortueuse de l'article 5 signifie qu'il n'y a pas d'obligation de communiquer de numéro de téléphone sauf si l'internaute, après un premier contact, ne peut plus joindre le professionnel. L'internaute qui n'a donc plus de contact doit se voir communiquer un numéro de téléphone.

Toutefois en droit français, l'article 19 de la loi « confiance dans l'économie numérique » ⁴²¹ ajoute que ces informations doivent être accessibles en permanence. Elles doivent comporter en outre tous les moyens de prendre connaissance du produit ou du service.

121 *Informations essentielles sur le produit ou le service et articulation avec « la vente à distance »* ◇ L'article 19 alinéa 2 de la loi « confiance dans l'économie numérique » ⁴²² oblige à indiquer les prix et de préciser si tous les frais, notamment de livraison, sont inclus. En outre, aux termes de l'article 1369-4 alinéa 1^{er} du Code civil, le pollicitant professionnel n'aura pas à transmettre ses conditions contractuelles, mais seulement à les mettre à disposition. En effet, ce texte transpose l'article 5 de la directive 2000/31 « commerce électronique » du 8 juin 2000 ⁴²³ qui prévoit un accès direct, facile et permanent à ces informations. Toutefois, lorsque les textes de droit de la consommation, notamment la directive 97/7, du 20 mai 1997, sur les contrats à distance conclus par les consommateurs (hors services financiers), exigent qu'une information soit « fournie » sur « support durable », la Cour de justice a décidé que l'insertion d'un lien hypertexte qui renvoie à l'information ne suffit pas pour satisfaire à cette obligation ⁴²⁴.

En outre, l'article 23 de la loi « confiance dans l'économie numérique » prévoit, en substance, que les articles L. 121-17 et suivants du Code de la consommation relatifs aux contrats à distance et « hors établissement » trouveront à s'appliquer aux internautes consommateurs ⁴²⁵. Ces dispositions organisent également une information relative au prestataire, aux prix et au droit de rétractation de quatorze jours prévu par l'article L. 121-21 et suivants du même code ⁴²⁶.

122 *Durée de l'offre* ◇ Il est précisé à l'article à l'article 1369-4 alinéa 1^{er} du Code civil, dont le contenu a été créé par la loi « confiance dans l'économie numérique » ⁴²⁷ que « sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur ⁴²⁸ reste engagé par elle tant

qu'elle est accessible de son fait ». Le pollicitant qui mentionne la durée de l'offre est ainsi tenu par cette annonce. À défaut de précision de la durée, l'offrant professionnel reste tenu tant que son offre apparaît sur son site ou sur un site dont il a la maîtrise. Ainsi, par exemple, une compagnie aérienne ne sera engagée que par une offre figurant sur son site commercial. En revanche, si la compagnie retire son offre et que cette dernière continue d'apparaître sur le site d'une agence de voyage, la compagnie ne sera pas engagée. L'internaute déçu pourrait tout au plus engager la responsabilité de l'intermédiaire qui n'a pas retiré à temps l'annonce.

Cette heureuse précision sur le régime de l'offre par Internet est incorporée dans une série de textes du Code civil dévolus au contrat électronique en général, qui portent notamment sur les modalités de conclusion de ce type de convention.

B. Informations sur les modalités de conclusion du contrat par voie électronique

- 123** *Présentation* ◇ La conclusion d'un contrat par voie électronique est régie par les articles 1369-4 à 1369-6 du Code civil, l'article 25 de la « loi confiance dans l'économie numérique »⁴²⁹ ayant introduit un chapitre dans le Code civil intitulé « des contrats sous forme électronique » (1). Parmi celles-ci, il convient de consacrer des développements particuliers à la question de la langue proposée pour conclure le contrat (2).

1. Description des modalités techniques de conclusion du contrat

- 124** *Un mode d'emploi joint à l'offre* ◇ Aux termes de l'article 1369-4 alinéa 2 du Code civil, l'offre formulée par un professionnel doit mentionner les étapes pour conclure le contrat, les possibilités de correction des erreurs et les langues proposées pour sa conclusion. Ces dispositions originales par leur objet, le processus technique de conclusion du contrat, sont reprises de l'article 10 de la directive « commerce électronique »⁴³⁰. En outre, en cas d'archivage du contrat, le texte impose au professionnel de communiquer les modalités de l'archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat

archivé ⁴³¹. Techniquement encore, l'offre formulée par le professionnel doit mentionner les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend se soumettre ⁴³². En effet, il est de plus en plus fréquent que les commerçants se réfèrent à des chartes de qualité ou à des engagements de services. Il est bon que celles-ci revêtent un contenu un peu plus précis afin qu'elles entrent dans le champ contractuel ⁴³³.

De telles dispositions conjuguent ainsi la nécessité traditionnelle, issue du Code civil, de l'expression d'un consentement libre, avec les exigences contemporaines d'une information renforcée dès lors que le contractant ou la nature du contrat ou encore les modalités particulières de sa conclusion justifient un encadrement renforcé ⁴³⁴.

Par ailleurs, ce descriptif des modalités de conclusion du contrat est important ; il est lié à la « validité » de l'acceptation de l'offre qui repose sur la possibilité pour l'acceptant de pouvoir corriger ses erreurs avant d'accepter définitivement ⁴³⁵.

Parmi les moyens d'éclairer le consentement de l'internaute, le choix de la langue proposée constitue un élément important pour commercer.

2. Langue proposée pour conclure le contrat et loi de défense de la langue française

- 125 *Relativité de l'obligation d'utiliser la langue française* ◇ L'article 1369-4 alinéa 2, 3° indique que l'offre formulée par un professionnel énonce « les langues proposées pour la conclusion du contrat ». Cette disposition est reprise sans modification de l'article 10, 1, d) de la directive « commerce électronique ». Or, il nous semble que cette disposition ouvre une brèche dans l'obligation d'usage de la langue française imposée par la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ⁴³⁶. En effet, un prestataire établi en dehors de France et dans l'espace communautaire est simplement tenu de mentionner les langues, qu'il propose. L'absence de mention du Français ne lui interdit pas pour autant de conclure valablement un contrat avec un Français domicilié en France, quelle que soit la langue utilisée. Il nous semble impossible aux autorités françaises de contraindre ce prestataire, quand bien même il dirige ses activités vers la France, d'utiliser la langue française ; la directive « commerce électronique » n'imposant pas une telle obligation. Il n'y a donc que le

prestataire établi en France qui est soumis à l'usage du français dans son offre. C'est pourquoi, il convient de préciser l'étendue de cette obligation.

126 *Teneur de l'obligation d'usage du français pour les prestataires établis en France* ◇

La loi du 4 août 1994 avait repris les dispositions d'une loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975 qui était venue imposer l'obligation d'utilisation de la langue française dans les services publics et pour le monde des affaires, dans les factures et quittances.

L'article 2 de la loi du 4 août 1994 dispose que : « dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire. Les mêmes dispositions s'appliquent à toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle ». Ce texte est accompagné d'une sanction pénale qui prend la forme d'une amende de trente euros par infraction constatée prévue par de l'article 1 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995. On observera que l'infraction est constituée par chaque acte qui contrevient à la loi. C'est ainsi que cent prospectus ou cent constats de violation de la règle exposent au paiement de cent fois la somme de trente euros.

La chambre criminelle de la Cour de cassation procède à une application stricte de ces dispositions. En effet, elle a estimé que l'article 2 de la loi du 4 août 1994 trouvait à s'appliquer pour des étiquettes de vêtements qui comportaient des pictogrammes et non des mentions en Français ⁴³⁷ ; elle en a jugé de même pour une notice de progiciel rédigée en anglais qui s'adressait à l'installateur et non à l'utilisateur final ⁴³⁸. Cependant, cette jurisprudence semble en parfaite contradiction avec les exigences européennes.

127 *Portée de l'obligation de l'usage du français dans les offres à l'aune du droit communautaire* ◇

Les auteurs qui ont analysé la loi de 1994 à la lumière du droit européen estiment que le texte français constitue un obstacle au commerce au sein de l'Union ⁴³⁹ qualifié de mesure d'effet équivalent à une limitation des importations qui ne peut se justifier qu'en démontrant la nécessité de protéger la santé ou la sécurité des consommateurs ⁴⁴⁰. En effet, la loi de 1994 ne constitue

qu'une loi à portée symbolique, un droit de la langue étant impuissant à maintenir la place de la France dans le monde ⁴⁴¹. Ce texte est inconciliable avec les réglementations européennes opérant dans un espace où le français n'est qu'une langue parmi d'autres ⁴⁴². Un auteur ajoute : « ne peut-on envisager que l'allemand, l'italien, l'espagnol sont facilement compréhensible pour, respectivement, les habitants de Strasbourg, Nice et Bayonne ? » ⁴⁴³. Tel est précisément le sens des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne.

En effet, l'article 34 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (ancien art. 28, traité CEE) relatif à « l'interdiction des restrictions quantitatives entre les états membres » prévoit que « les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres » ⁴⁴⁴.

Par application de ces dispositions, la Cour de justice a déjà décidé que l'obligation légale imposée par un État membre d'utiliser exclusivement une langue déterminée constitue une mesure d'effet équivalent si elle n'offre pas la possibilité que soit utilisée une autre langue facilement compréhensible par les acheteurs ou que l'information de l'acheteur soit assurée par d'autres mesures ⁴⁴⁵.

De surcroît, dans l'arrêt *Colim* ⁴⁴⁶, il a été décidé que « les États membres peuvent adopter des mesures nationales exigeant que ces mentions soient libellées dans la langue de la région dans laquelle les produits sont vendus ou dans une autre langue aisément compréhensible pour les consommateurs de cette région, à la condition que lesdites mesures nationales soient indistinctement applicables à tous les produits nationaux et importés et soient proportionnées au but de protection des consommateurs qu'elles poursuivent ».

Afin de tenir compte de cette jurisprudence européenne, dans son instruction du 21 février 2005 ⁴⁴⁷, la DGCCRF enjoint à ses agents pour les produits pour lesquels il n'existe qu'une réglementation nationale de mettre en œuvre un principe de proportionnalité aux termes duquel « les agents ne relèveront pas d'infraction aux dispositions des textes concernés ou de l'article 2 de la loi précitée lorsque sont employés à la place des mentions dont le libellé est prévu en langue française :

- des termes ou expressions, dans une autre langue, facilement compréhensibles pour le consommateur ;
- d'autres moyens assurant l'information des consommateurs tels que, par exemple, l'usage de dessins, symboles ou pictogrammes, éventuellement accompagnés de termes ou expressions dans une autre

langue, facilement compréhensible par le consommateur ».

La DGCCRF semble donc vouloir faire preuve de plus de mesure que la Cour de cassation dans l'application de la loi du 4 août 1994 en admettant des équivalents facilement compréhensibles au seul usage du français dans l'offre des produits et des services.

Il est vrai que dans un litige qui l'opposerait à un prestataire établi dans un autre État membre, cette administration ne pourrait pas lui imposer l'application de la loi du 4 août 1994 quand bien même le marché français serait visé. Il n'y a que le désir d'attirer les clients français qui pourra contraindre les prestataires étrangers à utiliser le français dans l'offre.

C. Exceptions aux obligations d'information et sanction de leur violation

- 128** ***Division*** ◇ La loi a repris la directive « commerce électronique » pour exclure des obligations d'information certaines modalités de conclusion du contrat ou certains contractants qui peuvent s'affranchir de ces règles (1). En revanche, comme souvent, les sanctions de ces obligations n'ont pas toujours été prévues. Elles restent à mettre en œuvre par application du droit commun (2).

1. Exceptions

- 129** ***Pas d'obligation d'information pour les contrats conclus par échange de mails*** ◇ « Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1369-4 (...) pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques ». Les contrats qui ne font pas l'objet d'une offre au public et qui sont conclus par le simple échange de « mails » ne sont pas soumis à une obligation d'information portant sur les modalités de conclusion du contrat. La règle est issue de l'article 10 de la directive « commerce électronique ».

On peut en comprendre le sens quand le contrat est conclu exclusivement entre non professionnels ou bien entre professionnels. En revanche, l'exception ne nous paraît pas justifiée pour un contrat qui serait formé par courriers électroniques entre un professionnel et un non professionnel. Il est vrai que l'exception ne pourra pas jouer dans ce cas,

dès lors que la conclusion du contrat a été précédée par une offre faite au public.

- 130** *Dispositions supplétives de volonté pour les contrats conclus entre professionnels* ◇ Conformément à l'article 10 de la directive « commerce électronique » ⁴⁴⁸, dans les contrats entre professionnels, il est possible de déroger aux obligations de description du processus contractuel prévu du 1° au 5° de l'article 1369-4. L'exception ne s'appliquera que si les professionnels ont prévu, avant même l'émission de l'offre, de s'affranchir de ces règles d'information. La règle se comprend d'autant mieux qu'il est nécessaire que les professionnels conviennent d'abord qu'ils font leur affaire de la recherche d'informations, avant d'élaborer leur offre. Un tel dispositif se conçoit dans un système fermé, en présence de professionnels qui ont accepté par avance une information limitée ou bien encore dans le cadre d'un courant d'affaires existant.

Quand bien même les obligations d'information seraient maintenues, il convient pour certaines obligations d'information de construire les sanctions possibles à défaut de texte précis sur ce point.

2. Sanctions de la violation des obligations d'information

- 131** *Règles spéciales du Code de la consommation et de la loi « confiance dans l'économie numérique »* ◇ Les règles qui ont été ajoutées au Code de la consommation relatives à la publicité des offres promotionnelles suivent le régime de répression propre à ces dispositions ⁴⁴⁹. Celles de l'article 19 de la confiance dans l'économie numérique, relatives à l'identification du prestataire et aux informations sur les prix, sont sanctionnées sur le fondement des articles L. 450-1 et suivants du Code de commerce relatives aux enquêtes en matière de concurrence, de consommation et de répression des fraudes.

- 132** *Règles générales insérées dans le Code civil* ◇ Les règles insérées dans le Code civil, aux articles 1369-4 et suivants, ne connaissent pas de sanction nettement précisée. La loi ne prévoit pas de sanctions si le procédé de formation du contrat n'est pas décrit ou bien si les clauses contractuelles sont inaccessibles ⁴⁵⁰. Aussi l'absence de description du procédé ou un procédé inintelligible devrait-elle

s'interpréter contre le prestataire de services ; elle pourrait être qualifiée de violation de l'obligation précontractuelle d'information. Un nouveau dol par réticence pourrait être institué : la rétention d'information quant aux modalités de conclusion du contrat électronique.

Il a été jugé que l'absence des mentions de modalités de conclusion du contrat pour une annonce de vente de véhicules par Internet et le défaut de précisions sur le paiement et la livraison (C. civ., art. 1369-4 ; C. consom., art. L. 121-18) avaient pour conséquence la qualification de cette annonce en invitation à entrer en pourparlers et non en offre de vente ⁴⁵¹.

Par ailleurs, en cas d'erreur de manipulation le contractant pourrait essayer d'invoquer l'article 1110 du Code civil. Cependant, aux termes de ce texte, l'erreur, pour constituer une cause de nullité, doit porter sur les qualités substantielles de la prestation et non sur les modalités de conclusion du contrat. Aussi devrait-on retenir plus simplement qu'il y a absence d'émission d'un consentement du contractant pour celui qui démontre (preuve difficile) qu'il s'est trompé dans la manipulation des organes de saisie ou de commande de son ordinateur. Le défaut de consentement entraîne évidemment la nullité du contrat.

Concernant les clauses du contrat, le prestataire ne saurait se contenter de la formule rituelle aux termes de laquelle le contractant déclare avoir pris connaissance des conditions générales ; il faudra qu'il démontre que le contenu du contrat pouvait être conservé ou reproduit. En effet, on peut estimer avec la jurisprudence qu'il appartient à celui qui se prévaut de l'acceptation des conditions générales de prouver leur acceptation par l'autre contractant ⁴⁵².

Enfin, des stipulations peu claires s'interpréteront contre le prestataire soit sur le fondement de l'article 1602 du Code civil pour une vente, soit sur celui de l'article 1162 du même code pour toute autre convention. De même que le consommateur pourra se prévaloir de l'alinéa 2 de l'article L. 133-2 du Code de la consommation qui dispose qu'en cas de doute, la convention s'interprète dans le sens le plus favorable au consommateur.

Une telle discussion ne trouvera sa place que dans la mesure où le contrat aura été formé par la rencontre de l'offre et de l'acceptation.

SECTION 3. L'ACCEPTATION

- 133 ***Présentation de la question*** ◇ L'acceptation scelle le contrat. Or dans un contrat par voie électronique, des modalités techniques sont à mettre en œuvre ; ces dernières ont fait l'objet d'un encadrement juridique (§ 1). En outre, il a fallu déterminer à quel moment se forme ce contrat à distance (§ 2).

§ 1. Les modalités de formation du contrat à distance

- 134 ***Conclusion du contrat par double-clic*** ◇ L'idée du « double-clic » a été retenue par le législateur pour la conclusion du contrat par voie électronique. En effet, l'article 1369-5 du Code civil dispose que « pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation ». Le contrat n'est donc formé que par la validation, après vérification, de l'acceptation émise ⁴⁵³. Il a ainsi été jugé que le clic de fin de commande manifeste l'acceptation du contrat et des conditions générales de vente ⁴⁵⁴.

- 135 ***Exceptions pour certains contrats*** ◇ Toutefois, l'article 1369-6 alinéa 2 du Code civil indique que dans les contrats entre professionnels, il est possible de déroger aux modalités de formation du contrat prévues par l'article 1369-5 du même code ⁴⁵⁵. Cette disposition signifie que les professionnels entre eux peuvent prévoir d'autres moyens de former le contrat par voie électronique. C'est donc par un avant-contrat qu'il leur faut prévoir la manière dont ils veulent former les contrats sans appliquer les dispositions légales. À défaut de stipulations préalables et dérogatoires, ces professionnels sont soumis à l'article 1369-5 du Code civil.

Plus curieusement, ces mêmes dispositions sont écartées par l'alinéa 1^{er} de l'article 1369-6 pour les contrats formés exclusivement par courriers électroniques ⁴⁵⁶. On comprend cette exclusion pour des professionnels qui utilisent des réseaux d'échanges de données, circuits fermés dans lesquels n'entrent que les membres du réseau ; en revanche, il faut entendre strictement cette exception pour les non professionnels.

Pour ces derniers, la conclusion d'un contrat par mail échappe aux dispositions de l'article 1369-5 dès lors qu'il s'agit, par exemple d'une

vente directe de biens d'occasion entre personnes physiques n'agissant pas à des fins professionnels ; ce que l'on appelle dans le langage courant des particuliers. Toutefois, un professionnel en état d'offre au public et qui conclurait un contrat avec un non professionnel est tenu selon nous de se soumettre à la procédure prévue à l'article 1369-5 ; il ne peut pas se contenter d'un échange de courriers électroniques.

En l'absence d'offre faite au public, quand le professionnel reçoit une acceptation par mail d'un client non professionnel, il est alors tenu d'appliquer les règles du démarchage ou de la vente à distance ou encore des services financiers à distance ⁴⁵⁷ selon la nature de la transaction et les moyens par lesquels les deux parties sont entrées en contact. Autrement dit le courrier électronique d'acceptation envoyé par un consommateur à un professionnel devra être renouvelé par une acceptation plus formelle et qui obéit à un régime spécial pour être pleinement efficace.

Enfin, il ne nous semble pas que la transaction qui se réaliserait entre deux non professionnels grâce à un courtier professionnel en ligne (appelé « vente aux enchères en ligne » du type eBay) échappe aux dispositions de l'article 1369-5 du Code civil. Ce courtier doit mettre en œuvre les dispositions de ce texte car grâce à son site l'offre devient publique et il ne s'agit plus d'un simple échange de courriers électroniques entre non professionnels.

Il est vrai qu'une procédure de formation du contrat formalisée permet de mieux préciser encore le moment de la formation du contrat conclu à distance.

§ 2. Le moment de la formation du contrat conclu à distance

- 136 ***La question de la formation du contrat entre absents*** ◇ La question classique de la formation des contrats entre absents ou contrats à distance a retrouvé une certaine actualité avec l'utilisation d'Internet ⁴⁵⁸. En effet, les professionnels, comme les non-professionnels, sont confrontés à la nécessité de déterminer les règles applicables à la convention conclue, qu'il s'agisse du tribunal compétent ou de la loi du contrat. De surcroît, pour les consommateurs ou les salariés, le droit spécial de protection qui leur est applicable est confronté aux éventuelles incompatibilités des règles de forme avec un échange

dématérialisé ; il convient également de trouver des solutions au conflit possible entre le droit français et un droit étranger parfois moins favorable ⁴⁵⁹.

Afin de déterminer le moment de la formation du contrat entre absents deux théories ont été élaborées. Les auteurs préconisent, le plus souvent, de reconnaître que le contrat se forme soit au moment et au lieu de la réception de l'acceptation par l'offrant ; soit lors de l'émission de l'acceptation par le destinataire de l'offre ⁴⁶⁰ ; ces théories ne distinguent pas entre la question de la date de la formation et celle relative au lieu. Toutefois, dans une approche « dualiste » ⁴⁶¹ les questions de la date et du lieu ont été dissociées ⁴⁶². Ainsi M. Malaurie avait-il soutenu que la réception de l'acceptation était décisive pour la date de formation du contrat et que l'émission de celle-ci indiquait le lieu de formation afin de déterminer le tribunal compétent ⁴⁶³.

La jurisprudence française a adopté la théorie de l'émission de l'acceptation pour décider du moment et du lieu de formation du contrat entre absents ⁴⁶⁴ ; le lieu étant également fixé à l'endroit où l'acceptation est émise ⁴⁶⁵. Cette position a été réaffirmée à propos de la formation d'un contrat de travail ⁴⁶⁶.

Cette solution du droit français est isolée ; aussi n'a-t-elle pas été adoptée par les *Principes du droit européen du contrat* ⁴⁶⁷ ; de même qu'à l'article Comme dans la plupart des autres pays européens, il y a été décidé que c'est à la réception de l'acceptation par l'offrant que le contrat est formé (art. 2 : 205, al. 1^{er}). De même que dans la Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente ⁴⁶⁸, à l'article 35, § 1, la théorie de la réception est mise en œuvre.

La théorie de l'émission de l'acceptation est également remise en cause dans l'Avant-projet de réforme du droit des obligations, dit « Rapport Catala », du 22 septembre 2005 où, à l'article 1107, il est prévu une formation du contrat au moment de la réception de l'acceptation. De même que dans l'Avant-projet Chancellerie du 23 octobre 2013 dispose en son article 22 que « le contrat est parfait dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé conclu au lieu où l'acceptation est parvenue ».

137 ***Les enjeux du débat sur la formation du contrat entre absents*** ◇ Les arrêts sont, aujourd'hui, peu nombreux sur cette question

en raison de la faiblesse des enjeux.

En effet, la connaissance de la date de formation du contrat entre absents est utile sur quelques points, mais accessoire au regard de l'économie générale d'un contrat. En premier lieu, il faut déterminer si le pollicitant peut rétracter son offre, qui n'aurait pas été assortie d'un délai, avant l'acceptation. Ensuite, il faut préciser à quelle période celle-ci peut être frappée de caducité. Puis, il convient d'indiquer la loi applicable au contrat lorsque cette dernière viendrait à changer durant la période de formation. En outre, en matière de vente, il faut décider le moment où le transfert des risques s'opère. Enfin, quand l'acceptation s'égare, il reste à préciser si le contrat a été formé.

Dès lors que la théorie de l'émission est adoptée, on décide que l'acceptation rend l'offre irrévocable sans attendre la réception par le pollicitant ; la loi en vigueur au moment de l'acceptation sera applicable au contrat ; les risques sont transférés à l'acceptant lors de l'émission de sa réponse et le fait que l'acte d'acceptation ne parvienne pas au destinataire n'empêche pas la formation du contrat. Toutes ces difficultés ne sont certes pas négligeables, mais elles ne paraissent pas donner lieu à un abondant contentieux.

Il en va de même, *a fortiori*, pour la question de la détermination du lieu de formation du contrat. En effet, l'article 46 du Code de procédure civile indique qu'en matière contractuelle le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur ou bien celui du lieu de la livraison effective de la chose ou de l'exécution de la prestation de service. Le critère du lieu de formation du contrat conserve un rôle résiduel en matière de contrat de travail par application de l'article R. 517-1 alinéa 3 du Code du travail afin de déterminer le Conseil de Prud'hommes compétent ⁴⁶⁹.

On peut donc conclure, qu'en droit interne, la question du moment et du lieu de formation du contrat entre absents n'emporte pas de conséquence pratique considérable. En droit international, les réponses aux questions du tribunal compétent et de la loi applicable ne sont plus commandées par le lieu de la formation du contrat ⁴⁷⁰.

Cette observation doit être nuancée à l'égard du contrat formé par voie électronique pour lequel le système de l'émission de l'acceptation favorise un certain équilibre des pouvoirs respectifs des parties dans le processus de formation de l'engagement.

l'envoi de l'acceptation ◇ L'article 1369-5 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation ». La conclusion du contrat se réalise donc au moment où l'internaute confirme son acceptation et l'envoi. Le législateur français semble donc avoir repris la solution de la jurisprudence ⁴⁷¹ qui consiste à adopter la théorie de l'émission de l'acceptation.

Toutefois, l'obscur article 11 de la directive « commerce électronique » ⁴⁷² laissait penser que la théorie de l'acceptation avait plutôt la faveur des rédacteurs du texte communautaire. En effet, selon ce texte, le vendeur doit accuser réception de la commande ; il y a réception de la commande et de l'accusé de réception lorsque les parties peuvent avoir accès à ces *instrumenti*. On perçoit dans les formulations de l'article 11 de la directive une préférence donnée à la théorie de la réception en raison de l'insistance avec laquelle les termes « réception » et « reçus » sont employés. La même faveur avait été accordée à cette théorie dans Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises en son article 18 qui prévoit la formation lors de la réception de l'acceptation.

Les termes de la directive expliquent que le législateur français a cru bon d'ajouter un alinéa 2 à l'article 1369-5 indiquant que « l'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été adressée ». Cet ajout rend le moment de la formation du contrat plus incertain et pourrait donner lieu à contentieux.

Il faudrait alors exciper de l'obscurité de l'article 11 de la directive « commerce électronique » pour soutenir que la solution française est maintenue ; mais il n'est pas certain que la Cour de justice de l'Union européenne saisie sur question préjudicielle partagerait cet avis.

Toutefois, il est peu probable qu'un tel contentieux voit le jour car les enjeux, comme nous l'avons précédemment souligné, sont limités ⁴⁷³. Une autre discussion demeure : celle de la maîtrise technique, voire symbolique, de la preuve de la formation du contrat.

139 ***Moyens de preuve de la conclusion du contrat en faveur de l'acceptant*** ◇ Les échanges rapides via le réseau Internet permettent d'écarter la question de la date de formation du contrat. En effet, les

difficultés relatives à la rétractation de l'offre, sa caducité, à la loi applicable et à la répartition du risque sont négligeables dès lors que l'échange se réalise sans dysfonctionnement technique. Selon que l'on adopte la théorie de l'émission ou de la réception de l'acceptation, le moment de formation du contrat est susceptible de varier tout au plus de quelques minutes. Par ailleurs, comme on l'a souligné ⁴⁷⁴, la question du lieu de formation, ne présente plus d'intérêt, en droit interne, sauf en matière de contrat de travail.

L'enjeu pour le contrat électronique est donc différent ; il est de nature technique. Si un incident se produit dans la communication, interruption ou piratage par exemple, il est nécessaire de décider dans quelle mesure le contrat est déjà formé, nonobstant le défaut de réception du message d'acceptation. La théorie de l'émission de l'acceptation présente alors le mérite de préserver les droits de l'acceptant qui ne sera pas confronté au risque de rétractation du pollicitant ou de caducité de l'offre qui interviendrait pendant la durée de l'incident technique. En outre, la théorie de l'émission facilite la preuve de la formation du contrat et des conditions auxquelles il a été conclu. L'acceptant détiendra dans son propre système la matérialité de l'émission du message d'acceptation et l'étendue de son contenu.

Par ailleurs, dans l'hypothèse d'un piratage qui viendrait modifier les termes de l'acceptation, il est préférable de décider que le contrat est formé par l'émission de l'acceptation. En effet, si l'on faisait prévaloir la théorie de la réception de l'acceptation, l'offrant ne serait tenu que par les termes du message reçu alors même qu'il aurait été altéré en cours de route. Or, l'annulation ultérieure de la convention pour erreur n'apporterait pas la même satisfaction qu'un contrat conclu dans les termes stipulés par l'acceptant.

Il est vrai que le risque de contentieux est faible car le montant des transactions conclues par Internet justifie rarement le coût d'un procès. En outre, les enregistrements sur le disque dur d'un ordinateur ne constitueraient sans doute qu'un commencement de preuve par écrit ⁴⁷⁵. Néanmoins, la solution de la théorie de l'émission de l'acceptation retenue à l'article 1369-5 alinéa 2 du Code civil constitue un facteur d'équilibre dans les relations contractuelles quand bien même les enjeux relatifs à la détermination du lieu et du moment de la formation du contrat se sont amoindris. En effet, la combinaison des phénomènes d'adhésion et de distance conduit à concevoir le droit commun du contrat comme un corps de règles destinées soit à trancher un conflit

entre parties de force équivalente soit à protéger la partie faible. Dans cette dernière perspective, il est plus sûr de considérer que dès l'émission de l'acceptation, le contrat est formé. L'acceptant, que l'on suppose la partie faible dans un contrat d'adhésion, ne sera pas soumis à l'arbitraire de la faculté de rétractation ; il détiendra, en outre, directement le mode de preuve de son acte d'acceptation. C'est donc un choix de protection de l'acceptant qui a été opéré par le législateur français. Cette solution est néanmoins précaire.

Cette acceptation doit porter sur un élément essentiel qui est constitué par le prix de la chose. Or l'usage d'Internet a augmenté le risque d'erreur matérielle sur le prix.

SECTION 4. L'ERREUR MATÉRIELLE SUR LE PRIX

140 *Les solutions dégagées par la jurisprudence* ◇ Bien que la matière des vices du consentement ne présente pas de particularité quand le contrat est conclu par voie électronique, la vente par Internet a permis d'illustrer la question de l'erreur matérielle d'affichage du prix.

Sur la question de l'erreur matérielle d'étiquetage, il est affirmé traditionnellement que la forte distorsion entre prix réel et prix déclaré engendre une erreur obstacle, ou plus exactement une erreur sur l'objet du contrat ⁴⁷⁶. En principe, l'offre formée par le professionnel doit être précise et ferme, elle devient alors irrévocable et ce dernier ne devrait pas pouvoir invoquer une erreur d'étiquetage ⁴⁷⁷. Toutefois, l'attitude de l'acheteur qui ferait preuve d'une mauvaise foi caractérisée pourrait justifier le refus par le juge de constater la formation de la vente ⁴⁷⁸. Ainsi a-t-il été refusé de déclarer la vente parfaite au profit d'un acquéreur qui s'était présenté dans un magasin de grande distribution avec un huissier de justice afin de constater un éventuel refus de vente ; en procédant de la sorte l'acheteur avait manifesté sa parfaite connaissance de l'erreur d'étiquetage ⁴⁷⁹.

Cependant, afin de refuser de conférer un caractère exécutoire à la vente, la jurisprudence peut également avoir recours à la notion de vil prix ou de prix dérisoire qui consiste à indiquer que le prix prévu est trop minime pour pouvoir constituer une réelle contrepartie dans un contrat synallagmatique ⁴⁸⁰.

Qu'il s'agisse d'une erreur obstacle entraînant la nullité du contrat ou

d'une absence de cause pour vileté du prix, la jurisprudence souhaite alors éradiquer une lésion énorme ⁴⁸¹. Elle apprécie au cas par cas l'importance de la disproportion. Il a déjà été jugé qu'une erreur typographique entre 1 450 francs et 14 500 francs dans une petite annonce de vente de véhicule rendait le contrat nul ⁴⁸² ; de la même façon qu'un prix affiché par erreur qui ne représente que 16 % de la valeur de la chose ne saurait permettre de déclarer la vente parfaite ⁴⁸³. En revanche, il a été décidé qu'une erreur d'étiquetage d'une bague Cartier pour un montant plus de quatre fois inférieur à sa valeur ne constituait pas un prix dérisoire ⁴⁸⁴.

141 *Application des solutions au commerce électronique* ◇ En matière de commerce électronique, il a été jugé que la vente d'un bien pour un prix dix fois moindre en raison d'une erreur d'étiquetage ne pouvait être valablement conclue, nonobstant l'émission d'un récépissé d'accusé de réception de commande délivré par le serveur du vendeur ⁴⁸⁵. Il s'agissait en l'espèce d'un rétroprojecteur Sony affiché 5 290 francs sur le site de la Société Netbusiness et qui valait sur le marché dix fois plus. Le jugement mentionne que l'acheteur avait commandé cet appareil via Internet et que le vendeur lui avait fait parvenir par la même voie un accusé réception de cette commande. Cependant, le refus du vendeur de livrer la chose a été approuvé par le tribunal saisi qui a estimé qu'une erreur matérielle d'affichage rendait la vente nulle. Cette décision reprend donc la solution établie qui retient la nullité quand l'écart entre le prix réel et le prix affiché est considérable (d'un à 10 par ex.).

Cette règle est protectrice du vendeur contre l'acquéreur qui profiterait d'un effet d'aubaine.

Le commerce par Internet n'échappe pas non plus au droit commun quand il s'agit d'appliquer le droit du marché, c'est-à-dire le droit de la consommation et de la distribution.

SECTION 5. LA RESPONSABILITÉ DE PLEIN DROIT PESANT SUR LE PROFESSIONNEL EXERÇANT UNE ACTIVITÉ PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

142 *Un régime spécifique de responsabilité contractuelle* ◇ Il a été instauré au cours de la discussion parlementaire ⁴⁸⁶ de la loi « confiance

dans l'économie numérique », une obligation supplémentaire, non prévue par la directive commerce électronique ⁴⁸⁷, à la charge de toute personne qui « propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services » : une responsabilité de plein droit qui s'étend au fait des prestataires substitués. L'article 15 de la loi confiance dans l'économie numérique contient deux corps de règles distincts. L'article 15 I vise des contrats conclus par tout « acheteur », le 15 II est venu ajouter des dispositions au profit du seul consommateur ayant conclu un contrat à distance afin de garantir à ce dernier la parfaite exécution du contrat par le professionnel. On observera que cette responsabilité du vendeur du fait d'autrui introduite par le législateur français se retrouve dans la directive 2011/83, relative aux droits des consommateurs, du 25 octobre 2011 ⁴⁸⁸, qui prévoit en son article 20 le transfert des risques au consommateur lorsqu'il entre en possession de la chose vendue. La loi « Hamon » du 17 mars 2014 ⁴⁸⁹, a introduit cette disposition dans le Code de la consommation à l'article L. 138-4 ⁴⁹⁰.

De même que dans la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente ⁴⁹¹, le transfert des risques s'opère à la remise de la chose que l'acheteur soit un consommateur ou un professionnel. Le droit européen reprend donc l'idée qu'il n'y a pas lieu de faire supporter le risque de perte ou d'avarie de la chose vendue à distance sur l'acheteur ⁴⁹² ; cela ne doit pas constituer une surprise car le transfert des risques lors de la formation du contrat de vente par le simple échange des consentements est une spécificité bien française.

Le dispositif propre au contrat à distance conclu par un consommateur fait l'objet d'analyses spécifiques dans le cadre des développements consacrés aux contrats conclus par les consommateurs ⁴⁹³. Nous nous intéressons ici au droit commun, ce qui revient à examiner le cas de contractants non consommateurs ou encore de professionnels entre eux. Afin de bien comprendre le sens de la responsabilité de plein droit nous évoquerons d'abord le champ d'application du texte (§ 1), puis le régime de cette responsabilité (§ 2).

§ 1. Le champ d'application de la responsabilité de plein droit de l'article 15 I

143 *Le texte* ◇ L'article 15 I de la confiance dans l'économie numérique dispose :

« Toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure ».

Ce texte instaure une responsabilité de plein droit à l'égard des personnes qui exercent une activité de commerce électronique au profit de l'« acheteur » et ce, quel que soit l'auteur de l'inexécution : le contractant lui-même ou un autre prestataire qu'il s'est adjoint. Il convient donc de préciser les notions de personne exerçant l'activité de l'article 14 alinéa 1^{er} de la loi confiance dans l'économie numérique, d'« acheteur » et de tiers substitué.

144 *La personne physique ou morale exerçant l'activité de commerce électronique* ◇ La responsabilité de plein droit instaurée par l'article 15 I de la loi « confiance dans l'économie numérique » s'impose à toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 ; c'est-à-dire « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou services ». Ce champ d'application très large des dispositions de la loi « confiance dans l'économie numérique »⁴⁹⁴ a pour conséquence ici que tout opérateur qui réalise tout ou partie de son activité d'offres de biens ou de services par Internet doit supporter cette responsabilité de plein droit. L'idée sous-jacente au texte, quand bien même, le terme de commerçant n'est pas utilisé, c'est que la personne physique ou morale en cause a pour habitude d'offrir des biens ou services car elle développe ainsi « une activité économique »⁴⁹⁵. Le non professionnel, vendeur ou prestataire de services occasionnel ne saurait se voir imposer une telle obligation. En effet, le rapprochement des termes de la loi permet une telle analyse car les expressions « activité économique » et « proposer ou assurer à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services » oriente nécessairement vers une obligation mise à la charge du seul professionnel utilisant Internet pour exercer son activité. Cette restriction aux seuls « marchands » est confortée par l'examen des travaux parlementaires qui visaient à imposer une obligation exclusivement aux professionnels⁴⁹⁶.

Il a été soutenu que cette disposition s'imposait également à tous les prestataires du commerce électronique : hébergeurs, fournisseurs d'accès Internet, opérateurs téléphoniques, agences de publicité ⁴⁹⁷. Toutefois, il semble au contraire, qu'en visant à l'article 15 I explicitement le seul alinéa 1^{er} de l'article 14, pour imposer la responsabilité de plein droit, le législateur a cantonné cette charge au « cybercommerçant » et a exclu de cette obligation de résultat les prestataires de l'alinéa 2 ⁴⁹⁸, c'est-à-dire : les éditeurs de contenu en ligne, les prestataires de publicité en ligne, les moteurs de recherche, les fournisseurs d'accès et les hébergeurs ; ces derniers ne se voient pas imposés par la loi une responsabilité de plein droit. Par ailleurs, le bénéficiaire de cette disposition est précisé par le texte ; il s'agit de l'« acheteur ».

145 *L'acheteur* ◇ La responsabilité de plein droit du professionnel est prévue au profit de l'« acheteur » à l'article 15 I de la loi confiance dans l'économie numérique. Afin de comprendre cette restriction apparente au contrat de vente, il convient de reprendre les travaux parlementaires car c'est à l'Assemblée nationale que la disposition sur la responsabilité de plein droit a été introduite. C'est une proposition réalisée par le rapporteur à la Commission des affaires économiques qui est à l'origine du texte actuel ⁴⁹⁹. Lors des débats en séance ⁵⁰⁰, il a d'abord été nettement précisé que l'objectif poursuivi était certes de protéger les consommateurs (art. 15 II), mais que la disposition devait également exister en droit commun afin de protéger « les petites entreprises » ⁵⁰¹. Cet objectif justifie la règle édictée à l'article 15 I. C'est donc l'« acheteur » professionnel qui est visé par l'article 15 I. Il reste à préciser cette notion d'« acheteur »

Les travaux et les débats laissent à penser que le texte concerne bien le seul contrat de vente. Pour autant, le contrat d'entreprise, c'est-à-dire la prestation de services, est-elle pour autant exclue ? Faut-il lire l'article 15 I littéralement ?

Un auteur affirme fermement qu'il faut appliquer la responsabilité de plein droit exclusivement au vendeur ⁵⁰². Il se réfère à juste titre aux travaux parlementaires, tout en reconnaissant que les parlementaires ne sont pas nécessairement au fait de ce qu'il faut entendre par « vente » en droit ⁵⁰³. D'autres auteurs penchent pour une assimilation maladroite par le législateur du prestataire offrant ses services en ligne à un « vendeur » exerçant une activité du commerce électronique ⁵⁰⁴.

Il est certain que le modèle de la vente de biens en ligne a guidé le législateur ⁵⁰⁵. Toutefois, les glissements dans les travaux parlementaires du « vendeur » vers toute activité économique (renvoi à l'article 14 alinéa 1^{er}) ou vers les prestations en général sont réguliers ⁵⁰⁶. C'est pourquoi il serait possible en visant à la fois les articles 14 alinéa 1^{er} et 15 I de la loi « confiance dans l'économie numérique » de soutenir que tout prestataire, au-delà du vendeur au sens strict, qui propose ou offre ses biens ou services par Internet est soumis à la responsabilité de plein droit instaurée par ce texte. L'objectif revendiqué par le législateur consiste en ce que le « cybercommerçant » répond de toute défaillance, les siennes et celles des tiers qu'il pourrait se substituer.

146 ***La responsabilité du fait du tiers substitué*** ◇ L'article 15 I dispose que le professionnel est responsable de plein droit des obligations résultant du contrat que « ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services ». Dans le rapport parlementaire devant l'Assemblée, afin de donner confiance dans le commerce électronique, il était relevé qu'« il est nécessaire de créer une responsabilité globale du marchand en ligne sur toute la prestation, celui-ci étant institué comme interlocuteur unique du client pour l'ensemble des opérations pouvant mobiliser des sous-traitants » ⁵⁰⁷. Lors des débats à l'Assemblée nationale, il était encore précisé qu'il convenait de sécuriser la transaction pour l'acheteur notamment pour l'opération de transport ⁵⁰⁸. En effet, l'article L. 132-7 du Code de commerce dispose que sauf convention contraire la marchandise voyage aux risques et périls de celui à qui elle appartient, c'est-à-dire à l'acquéreur.

C'est donc là, un apport essentiel de l'article 15 I de la loi confiance dans l'économie numérique : rendre le professionnel qui commerce par Internet responsable de la bonne fin de l'opération, qu'il s'agisse d'une prestation sous-traitée ou de l'opération de transport. Nous allons voir que la véritable évolution concerne précisément le contrat de transport.

§ 2. Le régime de la responsabilité de plein droit de l'article 15 I

147 ***Source et apport au droit des contrats*** ◇ La responsabilité de plein

droit du fait des contractants substitués a été empruntée à l'article 23 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 sur l'organisation et la vente de voyages et de séjours qui crée une responsabilité du voyageur du fait de tous les prestataires qui exécutent le contrat ⁵⁰⁹. Cette loi avait été adoptée afin de transposer la directive 90/314/CEE du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, qui prévoit bien en son article 5 une responsabilité de l'organisateur du voyage du fait de tous les prestataires de service qui exécutent les prestations prévues. Aujourd'hui cette disposition est codifiée à l'article L. 211-16 du Code du tourisme, modifiée par l'article 1^{er} d'une loi n° 2009-888 qui a ajouté la précision que cette responsabilité du fait des prestataires substitués s'applique à tout voyageur que le « contrat ait été conclu à distance ou non » ⁵¹⁰.

La responsabilité contractuelle de plein droit mise à la charge du « cybercommerçant » lui impose ainsi une obligation de résultat qui n'est pas entièrement nouvelle dans le paysage juridique, mais qui instaure une responsabilité originale du professionnel du fait du transporteur.

148 ***Équivalence entre responsabilité de plein droit et obligation de résultat*** ◇ En responsabilité délictuelle, la responsabilité de plein droit signifie que le débiteur ne peut s'exonérer qu'en démontrant la force majeure, le fait du tiers présentant les caractéristiques de la force majeure ou la faute de la victime. En effet, l'expression de responsabilité de plein droit est empruntée au régime de la responsabilité générale du fait des choses qui ne permet au gardien de s'exonérer qu'en démontrant la force majeure (qui comprend le fait du tiers imprévisible, irrésistible et cause exclusive du dommage) ou la faute de la victime ⁵¹¹. Ce sont ses sources d'exonération qui sont reprises par l'alinéa 2 de l'article 15 I qui dispose que le professionnel qui exerce son activité économique par voie électronique « peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure ».

La question de la preuve des faits de nature à exonérer de sa responsabilité le « cybercommerçant » s'éclaire lorsque l'on rapproche la notion de responsabilité de plein droit empruntée à la responsabilité

délictuelle de la responsabilité contractuelle ici en cause. Appliquée au contrat conclu par voie électronique, la responsabilité de plein droit instauré par le législateur revient à faire peser sur le professionnel offrant ou proposant ses biens ou services par Internet une obligation de résultat ⁵¹².

En effet, en présence d'une obligation de moyens le créancier est obligé de montrer que son débiteur a commis une faute dans l'exécution du contrat pour engager la responsabilité de son contractant qui n'a pas exécuté convenablement ses obligations. En revanche, le débiteur d'une obligation de résultat est placé dans la même situation que le gardien d'une chose ⁵¹³, dès lors que le résultat prévu au contrat n'est pas atteint, il est responsable directement ⁵¹⁴. Il n'est pas nécessaire pour le créancier de l'obligation de prouver une faute, il appartient au débiteur de prouver la force majeure ou la faute du cocontractant pour s'exonérer ⁵¹⁵.

L'instauration de cette obligation de résultat à la charge du « cybercommerçant » a pu faire l'objet de critiques en soutenant son caractère exorbitant de droit commun ⁵¹⁶. Toutefois, s'agissant de prestations simples et ne présentant pas d'aléas (livraison de marchandises ou fournitures de services qui ne consistent pas en des prestations intellectuelles), la jurisprudence avait déjà imposé des obligations de résultat ⁵¹⁷. En effet, il appartient au vendeur de faire délivrer la chose convenue dans la quantité et qualité prévue et à la date précisée, sans qu'il puisse être soutenu que ce sont des obligations de moyens.

Cette responsabilité de plein droit ou obligation de résultat s'impose naturellement pour des obligations simples a été étendue au fait d'autrui.

- 149** *Une responsabilité du fait du tiers substitué* ◇ La responsabilité contractuelle du fait d'autrui n'est pas nouvelle. Comme nous l'avons déjà souligné ⁵¹⁸, elle trouve à s'illustrer par dans le contrat conclu par un voyageur avec un consommateur par application de l'article L. 211-16 du Code du tourisme, issu de l'article 23 de la loi du 13 juillet 1992 qui a servi de modèle législatif pour bâtir l'article 15 de la loi « confiance dans l'économie numérique » ⁵¹⁹. La notion s'applique également aux cliniques du fait de leurs préposés ⁵²⁰, notamment les médecins salariés ou encore pour tout employeur qui répond du fait de ses salariés qui contribuent à l'exécution du contrat sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil.

Dans des relations contractuelles plus proches de la situation régie par l'article 15 de la loi « confiance dans l'économie numérique », il était déjà établi que l'entrepreneur principal répond des fautes de son sous-traitant.

En effet, des auteurs relèvent nettement que « la sous-traitance n'est pas pour l'entrepreneur principal une cause d'exonération. Autrement dit, l'entrepreneur reste responsable vis-à-vis du maître de l'ouvrage même pour la partie du marché exécutée par le sous-traitant » ⁵²¹. Il est de jurisprudence constante qu'un entrepreneur principal est tenu pour responsable de l'inexécution du contrat ou de la mauvaise exécution du fait de son sous-traitant ⁵²². C'est ainsi qu'il a été jugé que l'entreprise informatique maître d'œuvre dans l'élaboration d'un logiciel est directement responsable à l'égard de son client bien que le sous-traitant ait été choisi par ce client, sur le conseil du maître d'œuvre ⁵²³. La responsabilité du professionnel qui exerce son activité via Internet du fait des sous-traitants ou des prestataires qu'il s'adjoint pour exécuter le contrat principal est évidemment acquise aux termes de l'article 15 I de la loi « confiance dans l'économie numérique », mais la solution aurait été identique sans texte spécial ⁵²⁴.

Le véritable apport de texte consiste vraisemblablement dans la responsabilité du « cybercommerçant » du fait du transporteur. En effet, l'article L. 132-7 du Code de commerce ⁵²⁵ fait supporter le risque de perte de la chose transportée à l'acquéreur (à défaut de convention contraire) et c'est à ce dernier qu'il appartient d'exercer un recours contre le transporteur. L'article 15 I de la loi « confiance dans l'économie numérique » déplace le risque de la livraison vers le professionnel exerçant son activité par Internet ⁵²⁶ qui doit supporter la perte ou l'avarie de la chose en cours de transport bien qu'elle ait pour origine la faute ou la négligence du transporteur. Il en a déjà été jugé ainsi à propos d'un consommateur qui a pu bénéficier des dispositions de l'article 15 II ajoutant à l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation cette même règle de responsabilité de plein droit du professionnel exerçant son activité via Internet du fait des tiers substitués ⁵²⁷. La Cour de cassation a jugé que le professionnel qui avait eu recours à La Poste pour l'acheminement de bons d'achat était responsable de la défaillance de cette dernière ⁵²⁸. Il reste à préciser les limites de l'application de ce régime.

Limites du champ d'application du régime ◇ Un auteur a soulevé la question des limites de cette responsabilité de plein droit et notamment si elle devait s'entendre de la garantie du vice de la chose, voire de son caractère défectueux ⁵²⁹.

Il ne semble pas que cette responsabilité de plein droit ou obligation de résultat pesant sur le professionnel s'étende au-delà de ce qui a été prévu par le texte ; c'est-à-dire la bonne exécution du contrat ⁵³⁰. En effet, par application de la *maxime specialia generalibus derogant*, il est possible de définir les limites du régime de responsabilité de plein droit applicable à la chose livrée.

C'est pourquoi la garantie des vices cachés des articles 1641 et suivants du Code civil ne peut que trouver à s'appliquer lorsque le défaut rend la chose impropre à sa destination. Naguère, la Cour de cassation a prohibé le concours d'action avec les vices du consentement ⁵³¹ et la non-conformité ⁵³². On ne voit pas pourquoi, aujourd'hui, elle accepterait que la responsabilité de plein droit de l'article 15 I de la loi confiance dans l'économie numérique vienne se substituer à la garantie des vices cachés.

En ce qui concerne la responsabilité du fait des produits défectueux des articles 1386-1 et suivants du Code civil, ce régime ne saurait être écarté non seulement en raison de son caractère spécial, mais encore parce que la Cour de justice de l'Union européenne s'oppose à la substitution d'un régime sans faute à ce régime d'origine communautaire. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a, par une interprétation pour le moins audacieuse de l'article 13 de la directive n° 85/374/CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, décidé qu'il n'y avait pas d'alternative possible, en dehors d'une responsabilité pour faute, à l'application de ce texte ⁵³³. Aux termes d'arrêts rendus en 2002 ⁵³⁴, l'article 13 de la directive s'il laisse la possibilité aux victimes de choisir leur régime de responsabilité, ce choix ne doit pas permettre de bénéficier de droits plus étendus que ceux conférés par la directive ⁵³⁵. Dans un arrêt ultérieur *Skov Aeg* ⁵³⁶ cette position a été précisée. En effet, la Cour y indique que la règle nationale ne peut pas être plus large que la directive dès lors qu'une responsabilité sans faute du fait des produits défectueux est mise en œuvre. En revanche, cette directive ne s'oppose pas « à une règle nationale selon laquelle le fournisseur est tenu de répondre sans restriction de la responsabilité pour faute du producteur » ⁵³⁷. Ainsi la victime d'un

produit qui présente un défaut de sécurité dispose-t-elle désormais du « choix » entre le régime restrictif de la responsabilité du fait des produits défectueux ou du régime de la responsabilité pour faute. C'est pourquoi cette dernière, quand bien même elle aurait acquis le produit par Internet, serait obligée de se fonder sur les articles 1386-1 et suivants du Code civil ou 1382 du même code, mais ne pourrait pas invoquer l'article 15 I de la loi confiance dans l'économie numérique pour obtenir réparation de son préjudice.

Si cette responsabilité de plein droit ne saurait donc absorber ni la garantie des vices cachés, ni la responsabilité du fait des produits défectueux, il faut en outre préciser de nouveau que ce texte est appelé à régir les relations entre professionnels. Il convient alors de rappeler, comme l'a fort judicieusement indiqué un auteur ⁵³⁸, qu'entre professionnels les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilités sont parfaitement valables.

En effet, il a été décidé en jurisprudence qu'en matière de responsabilité contractuelle les clauses de non-responsabilité sont valables ⁵³⁹. De même que les clauses limitatives de responsabilité ont été déclarées valables ⁵⁴⁰. Elles sont également valables en leur principe lorsqu'elles sont relatives à l'indemnisation du dommage corporel ⁵⁴¹.

Toutefois, la jurisprudence ⁵⁴² conjuguée à l'article L. 442-6, I, 2° permettent d'écarter les clauses qui ont pour effet de supprimer toute sanction de l'inexécution de l'obligation essentielle du contrat et qui créent un déséquilibre significatif entre les parties professionnelles.

Le professionnel qui exerce son activité par Internet et qui conclut un contrat avec un autre professionnel sera certes soumis à la responsabilité de plein droit de l'article 15 I de la loi confiance dans l'économie numérique, mais, ce texte n'étant pas d'ordre public, il pourra le plus souvent l'éviter en stipulant une clause limitative de responsabilité. Cette clause limitative trouvera à s'appliquer dès lors qu'elle ne laisse pas le cocontractant complètement démuné en cas d'inexécution de l'obligation essentielle du contrat.

TITRE 2

L'APPLICATION DU DROIT DU MARCHÉ

CHAPITRE 1 LES CLAUSES ABUSIVES

CHAPITRE 2 L'ENCADREMENT DES PRATIQUES COMMERCIALES

CHAPITRE 3 LA DISTRIBUTION PAR INTERNET : UNE CONCURRENCE IMPARFAITE

151 *Notion de droit du marché* ◇ La notion de droit du marché est issue du droit européen au sein duquel le droit de la consommation et le droit de la concurrence représentent des moyens de parvenir à un marché actif et fluide. Les nombreuses directives qui sont venues peu à peu constituer un droit européen de la consommation n'ont pas été adoptées exclusivement pour protéger le consommateur, mais également pour réduire les coûts de transaction grâce, notamment, à la généralisation et à l'harmonisation des obligations précontractuelles d'information ⁵⁴³ et un rapprochement du contrôle des clauses abusives. En effet, il est supposé qu'au sein du marché commun, un consommateur bien informé et bénéficiant de règles de protection hésiterait moins à contracter en dehors de son espace national. En outre, les professionnels étant tous soumis aux mêmes obligations, notamment d'information, ils sont confrontés de manière égale aux mêmes coûts ce qui évite les distorsions de concurrence. En droit interne, la notion de droit du marché avait servi en doctrine de grille d'analyse du droit du contrat au travers du prisme de la concurrence et de la consommation ⁵⁴⁴. En outre, dans un ce même esprit d'analyse conjointe, le rapprochement avait été opéré, jadis, par un auteur, entre le droit de la consommation et le droit de la distribution, dans une étude conjointe ⁵⁴⁵ qui avait le mérite de montrer les lignes de force communes entre ces deux disciplines. Cette

approche conjointe, maintenant ancienne et renouvelée par le droit européen, appliquée aux échanges par Internet nous paraît d'une particulière pertinence car c'est au travers du commerce électronique que les autorités européennes espèrent trouver un nouveau souffle pour les échanges au sein de l'Union ⁵⁴⁶. Droit de la consommation, droit de la concurrence et de la distribution viennent encadrer et accompagner l'offre de biens ou de services afin qu'elle soit sûre (donc attractive) et fluide.

Nous évoquerons plus particulièrement trois questions qui sont susceptibles d'affecter le commerce électronique. Il s'agit tout d'abord des clauses abusives qui entachent tout aussi bien les contrats des prestataires techniques, tels que ceux des fournisseurs d'accès Internet, que les contrats conclus par ce moyen (Chapitre 1). Également inspirée par le droit interne et le droit européen, la question des pratiques commerciales qui sont encadrées par la prohibition des pratiques commerciales trompeuses, inspirée par la directive sur les pratiques déloyales, et l'autorisation de la publicité comparative (Chapitre 2). Enfin, nous relaterons les quelques points sur lesquels l'Autorité de la concurrence s'est prononcée qui relèvent également de questions de distribution (Chapitre 3).

CHAPITRE 1

LES CLAUSES ABUSIVES

Section 1. LA NOTION DE CONSOMMATEUR

- § 1. **La notion de consommateur en droit interne**
- § 2. **La notion de consommateur en droit européen**
- § 3. **Les conditions de l'application des dispositions sur les clauses abusives aux personnes morales**

Section 2. LES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS DES CONSOMMATEURS

- § 1. **Champ d'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation**
- § 2. **Modalités d'éviction des clauses abusives**
 - A. Droit antérieur au 1^{er} janvier 2009
 - B. Un renforcement du rôle des listes dans le droit applicable aux contrats en cours au 1^{er} janvier 2009
- § 3. **Application aux contrats portant sur les technologies de l'information**
 - A. Les recommandations et avis de la Commission des clauses abusives sur les technologies de l'information
 - B. La jurisprudence sur les clauses abusives en matière de téléphonie et Internet

Section 3. LES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS ENTRE PROFESSIONNELS

- § 1. **Un encadrement jurisprudentiel des clauses limitatives de responsabilité entre professionnels**
- § 2. **La consécration légale de la lutte contre les clauses abusives entre professionnels**

souvent, conclu sans négociation préalable, sans même qu'une négociation soit possible. Le phénomène du contrat d'adhésion a fini par attirer l'attention du législateur. Plus précisément, il était nécessaire de tenir compte de la situation la plus fréquente dans laquelle il n'y a pas de discussion des clauses. Le législateur a décidé d'intervenir. Une loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 a été adoptée, puis codifiée en 1993 aux articles L. 132-1 et suivants du Code de la consommation. Aux termes de ces dispositions de 1978, des clauses pouvaient être déclarées comme abusives par décret en Conseil d'État pris après avis de la Commission des clauses abusives, lorsque celles-ci « apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». Les clauses ainsi désignées par décret étaient réputées non écrites ⁵⁴⁷. Il appartenait donc au seul pouvoir exécutif de déclarer une clause comme abusive. Un seul décret était intervenu après la loi du 10 janvier 1978, le 24 mars 1978, dont les dispositions avaient été codifiées aux articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation. En outre, la Commission des clauses abusives avait été créée afin de détecter les clauses abusives dans des catégories de contrats et de recommander leur suppression ; l'exécutif étant chargé d'adopter les décrets pour les supprimer ⁵⁴⁸.

En raison de l'inertie du pouvoir exécutif, les juges du fond puis la Cour de cassation s'étaient emparés du texte et avaient estimé, dans une jurisprudence contraire à la loi, que le juge saisi disposait du pouvoir de déclarer une clause comme étant abusive ⁵⁴⁹. Afin de tenir compte de la directive sur les clauses abusives ⁵⁵⁰, l'article L. 132-1 du Code de la consommation a été modifié par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995. Ce texte a changé la définition de la clause abusive. En restant muet sur la question du pouvoir du juge, le législateur a implicitement entériné la possibilité pour le magistrat saisi de déclarer une clause comme étant abusive.

La loi LME du 4 août 2008 ⁵⁵¹ a modifié profondément ce régime issu de la loi de 1995, complétée par un décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 ⁵⁵². L'article L. 132-1 du Code de la consommation issu de ces réformes prévoit que, par décret, une liste de clauses réputées irréfragablement abusives est établie ; cela implique qu'elles doivent être systématiquement déclarées non écrites par le juge. Par la même voie réglementaire, une autre liste de clauses présumées abusives est établie, mais pour lesquelles le professionnel peut apporter la démonstration

contraire, notamment en établissant que l'économie du contrat justifie la stipulation.

Il avait été prévu que le régime des clauses abusives évolue en droit européen à la faveur d'une nouvelle directive qui aurait été d'harmonisation maximum ⁵⁵³, mais les dispositions sur les clauses abusives ont été écartées en cours de discussion ⁵⁵⁴.

Toutefois, afin de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ⁵⁵⁵, la loi « Hamon » du 17 mars 2014 ⁵⁵⁶ a apporté des modifications au régime des clauses abusives.

Cette évolution constante de la matière des clauses abusives invite à préciser la définition du consommateur qui commande le champ d'application de ces dispositions (Section 1). Nonobstant, des hésitations sur cette notion, le régime des clauses abusives (Section 2) est aujourd'hui applicable pour l'essentiel au consommateur au sens strict, c'est-à-dire à la personne ayant contracté sans lien avec son activité professionnelle ⁵⁵⁷. De surcroît, l'influence du droit de la consommation sur le droit commun est tel, que l'action en suppression des clauses abusives dans les contrats a été étendue, sur d'autres fondements que l'article L. 132-1 du Code de la consommation, aux professionnels (Section 3).

SECTION 1. LA NOTION DE CONSOMMATEUR

153 *Présentation de la question* ◇ Le droit de la consommation a pour objet d'encadrer la relation du consommateur avec le professionnel ⁵⁵⁸. Cependant, bien qu'il ait été créé en France un Code de la consommation, le consommateur n'a été pas défini lors de la codification opérée à droit constant en 1993. Une conception extensive voudrait que tout contractant qui n'est pas de la spécialité de son cocontractant soit considéré comme un consommateur. En effet, le plombier qui contracte une police d'assurance de responsabilité civile professionnelle par Internet n'est pas mieux armé que le particulier qui souscrit une police dite « multirisques habitation » afin de garantir ses biens et sa responsabilité. En revanche, une conception restrictive de la notion de consommateur cantonne cette qualification aux seules personnes contractant pour des besoins non professionnels. La loi « Hamon » du 17 mars 2014 a introduit un article préliminaire dans le

Code de la consommation qui définit la notion de consommateur ⁵⁵⁹ dans les termes restrictifs du droit européen. Afin de mieux cerner cette notion on présentera les conceptions du consommateur en droit interne (§ 1) ; puis celles ayant cours en droit européen (§ 2). Il faut, de surcroît, évoquer la difficulté suscitée par l'absence de précision sur le sort réservé aux personnes morales, qui, bien qu'exclues du champ d'application par le droit européen, demeurent éligibles à ce texte selon la Cour de cassation (§ 3).

§ 1. La notion de consommateur en droit interne

154 *Hésitations* ◇ Depuis les lois sur le démarchage de 1972 ⁵⁶⁰, différents textes sont intervenus pour protéger le consommateur ; ceux-ci ont été codifiés en 1993. Chaque texte avait un champ d'application différent. La loi constitue donc une première source de définition, mais elle engendre une approche fonctionnelle de la notion de consommateur. En jurisprudence, les décisions adoptées aux fins d'application de ces différents textes ont d'abord tendu vers une conception extensive du consommateur ; actuellement une conception beaucoup plus restrictive est mise en œuvre. Enfin, la doctrine est assez partagée, mais connaît, elle aussi, une tendance à une conception restrictive de la notion.

155 *Dans le Code de 1993, des définitions fonctionnelles* ◇ Dans le Code de la consommation de 1993, élaboré à partir de textes divers sur le démarchage, le crédit ou les tromperies, il n'est pas donné de définition du consommateur. Les textes épars qui ont été rassemblés pour les besoins de la codification s'appliquaient à des destinataires différents selon les objectifs poursuivis par le législateur. Ce dernier a adopté une conception fonctionnelle de la notion de consommateur qui empêche toute définition unitaire. La disparité est demeurée une fois ces textes codifiés. La commission de refonte du droit de la consommation qui avait élaboré un projet de code avait émis une proposition de définition du consommateur. Aux termes de ces travaux, le consommateur se caractérisait comme étant toute personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non professionnel ⁵⁶¹. Cette proposition de définition n'avait pas été retenue. Toutefois, l'évolution de la jurisprudence a conduit à éviter une

application trop large des dispositions protectrices qui aurait créé une distorsion avec le droit européen.

156 *Une jurisprudence restrictive depuis 1995* ◇ Jadis, la Cour de cassation avait pu juger que le professionnel qui contracte avec un autre, de spécialité différente, afin d'obtenir un produit ou un service et qui se trouve dans le même état d'ignorance qu'un consommateur bénéficie des dispositions sur les clauses abusives ⁵⁶². Il avait été jugé que le contrat conclu par une société d'agence immobilière avec l'installateur d'un système d'alarme pour ses locaux professionnels entre dans le domaine d'application de la loi sur les clauses abusives car, relativement au contenu du contrat, cette société est dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ⁵⁶³.

Depuis 1995, la Cour de cassation a fixé un critère strict afin de déterminer à quels bénéficiaires les dispositions sur les clauses abusives doivent s'appliquer. Le contrat qui présente un rapport direct avec l'activité professionnelle ne saurait être soumis aux dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, afin de mieux écarter du bénéfice de ces dispositions les professionnels ⁵⁶⁴.

C'est ainsi qu'il a été jugé que le contrat de location de matériel téléphonique a un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par la société fabriquant des bracelets de cuir ⁵⁶⁵. De même, une personne qui conclut un acte aux fins d'exercice de sa profession future ne peut pas bénéficier des dispositions sur les clauses abusives ⁵⁶⁶.

En matière d'assurance emprunteur, la Cour de cassation a jugé qu'un professionnel qui souscrivait une assurance décès pour garantir un prêt professionnel a conclu des contrats d'assurances accessoires à des prêts professionnels, qu'ils avaient donc un rapport direct avec l'activité professionnelle et comme tels ne relevaient pas de la législation sur les clauses abusives ⁵⁶⁷.

L'acception de la notion de consommateur est assez fluctuante devant les juges du fond. Tout en utilisant le critère du lien avec l'activité, à propos des clauses abusives, certaines juridictions du fond adoptent, comme la Cour de cassation, une conception restrictive de la notion, d'autres ont continué d'appliquer à des professionnels contractant en dehors de leur spécialité les dispositions relatives aux clauses abusives. Il a ainsi été jugé à Lyon que la location d'un matériel de télésurveillance pour un magasin ne permet pas au commerçant d'invoquer

l'article L. 132-1 du Code de la consommation ⁵⁶⁸. De même que la location d'un terminal de paiement par carte et d'un lecteur de chèque par un commerçant ne lui permet pas de bénéficier de ces dispositions selon les conseillers de Rouen ⁵⁶⁹. En revanche, il a été décidé à Dijon que le contrat de location et de maintenance d'un matériel de vidéosurveillance d'une exploitation viticole permettait au contractant viticulteur d'invoquer la législation sur les clauses abusives ⁵⁷⁰.

Toutefois, au sommet de la hiérarchie judiciaire, depuis l'adoption en 1995 du critère du rapport direct avec l'activité, la Cour de cassation décide systématiquement qu'il existe un lien entre tout contrat conclu par un professionnel et son activité. Cette politique jurisprudentielle conduit à conclure que, pour la Cour de cassation, le consommateur se définit nécessairement comme un non professionnel. C'est ainsi que dans un arrêt faisant application de l'article L. 136-1 du Code de la consommation (relatif à la résiliation des contrats renouvelés par tacite reconduction), texte qui ne définit pas le consommateur, la Haute juridiction a estimé que ce dernier étant nécessairement une personne physique la disposition ne pouvait pas s'appliquer à une entreprise, même si elle est professionnelle d'une autre spécialité ⁵⁷¹.

Bien que la question du champ d'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ait été tranchée dans un sens restrictif par la Cour de cassation, la doctrine demeurerait partagée sur les personnes à protéger.

157 ***Une doctrine partagée*** ◇ En se plaçant sur le terrain de l'équilibre contractuel, on ne peut que souligner qu'il n'y a pas de différence entre un profane et un professionnel de spécialité différente ⁵⁷². Néanmoins, la plupart des auteurs préfèrent adopter une approche restrictive afin d'affermir encore le caractère protecteur de ce corps de règles ⁵⁷³. Cette position doctrinale accompagne ainsi le phénomène de réduction du champ d'application des règles protectrices des conséquences.

158 ***Une définition par la loi « Hamon » sans conséquence sur les clauses abusives*** ◇ La loi « Hamon » du 17 mars 2014 ⁵⁷⁴, a défini le consommateur en introduisant un article préliminaire dans le Code de la consommation : « Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou

libérale ». Le rapport établi sur le projet de texte ⁵⁷⁵ précise qu'il s'agit bien de donner enfin une définition unitaire du consommateur et de mettre le droit français en conformité avec le droit européen, notamment avec la directive 2011/83 du 25 octobre 2011 relative au droit des consommateurs ⁵⁷⁶. Toutefois, ce texte est sans influence sur le champ d'application des dispositions sur les clauses abusives. En effet, l'article L. 132-1 du Code de la consommation reste inchangé sur son champ d'application qui inclut les consommateurs et les « non professionnels ». Bien que les consommateurs bénéficient désormais d'une définition conforme au droit européen, la notion de non professionnel va continuer de permettre d'étendre les dispositions sur les clauses abusives au-delà du champ de la directive 93/13.

§ 2. La notion de consommateur en droit européen

159 ***Une personne physique agissant à des fins étrangères à son activité professionnelle*** ◇ Dans les directives, le consommateur est défini comme une personne physique agissant en dehors de son activité professionnelle. Ainsi la directive sur la garantie de conformité dans la vente définit-elle le consommateur comme étant « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale » ⁵⁷⁷. Il en est de même pour la directive du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ⁵⁷⁸. La Cour de justice abonde dans ce sens lorsqu'elle affirme qu'il convient d'interpréter « la qualité de consommateur d'une personne de manière restrictive » ⁵⁷⁹.

L'article 2 de la directive du 5 avril 1993 ⁵⁸⁰ sur les clauses abusives dispose que l'on « entend par consommateur toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ». Toutefois, l'article 8 de la directive 93/13 laisse les États membres libres d'adopter des dispositions plus strictes.

La Cour de justice a procédé, quant à elle, à l'interprétation de la directive sur les clauses abusives en décidant que le consommateur au sens de l'article 2, b) de ce texte ne vise bien que les personnes physiques ⁵⁸¹. Le projet de réforme des clauses abusives dans le cadre de la proposition de directive « relative aux droits des consommateurs »

reprenait la même définition restrictive ⁵⁸², mais la réforme des clauses abusives dans le cadre de cette directive a été abandonnée ⁵⁸³. Cependant, cette définition restrictive a été reprise dans la directive 2011/83 du 25 octobre 2011 relative au droit des consommateurs ⁵⁸⁴ qui dispose en son article 2 que le consommateur se définit comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

Cette directive de 2011 ne porte pas sur les clauses abusives et les dispositions de la directive 93/13 sur les clauses abusives ne sont pas d'harmonisation maximum ; elles peuvent laisser subsister des droits nationaux plus favorables. Aussi la position de la Cour de cassation qui admet encore que les personnes morales sont susceptibles de bénéficier des dispositions sur les clauses abusives nécessite-t-elle d'être précisée.

§ 3. Les conditions de l'application des dispositions sur les clauses abusives aux personnes morales

160 *Exclusion des personnes morales ayant une « activité professionnelle », notamment les sociétés commerciales* ◇ Il ressort de l'examen du droit interne ⁵⁸⁵ comme du droit européen ⁵⁸⁶ que le bénéfice des règles du droit de la consommation est assurément octroyé aux personnes physiques agissant en dehors de leur activité professionnelle. La jurisprudence de la Cour de cassation, qui refuse l'application des dispositions sur les clauses abusives dès lors que l'objet du contrat a un lien direct avec l'activité professionnelle du contractant ⁵⁸⁷, invite à exclure les professionnels du bénéfice des dispositions sur les clauses abusives. Les personnes morales qui concluent un contrat dans le cadre de leur « activité professionnelle » sont donc exclues du champ d'application de ces dispositions.

Il a été décidé, dans un arrêt non publié, qu'une société commerciale ne peut pas prétendre à l'application des dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ⁵⁸⁸. La Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel qui appliquait ces dispositions à une société commerciale au motif que la clause litigieuse instaurait un contrat de dépôt étranger à l'activité professionnelle de la demanderesse en décidant que les dispositions sur les clauses abusives « ne s'appliquent pas aux contrats

de fournitures de biens ou de services conclus entre sociétés commerciales » ⁵⁸⁹. La qualité même de société commerciale exclurait l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ; mais au-delà c'est toute personne morale pratiquant une activité professionnelle qui semble exclue du bénéfice de ce texte.

161 *Application possible aux personnes morales sans « activité professionnelle »* ◇ Certaines personnes morales, comme les associations sans but lucratif et sans activité commerciale accessoire ou encore des syndicats de copropriété, peuvent être considérées comme n'agissant pas dans un cadre professionnel. C'est ainsi qu'un syndicat de copropriété a été qualifié de consommateur et a bénéficié de l'application de l'art. L. 114-1 du Code de la consommation relatif à l'information sur les délais de livraison ⁵⁹⁰.

Les termes de l'article 2 de la directive sur les clauses abusives ⁵⁹¹ et ceux de l'arrêt de la Cour de justice qui a procédé à son interprétation ⁵⁹² indiquent nettement que ces dispositions ne bénéficient qu'aux personnes physiques. Toutefois, l'article 8 de la directive 93/13 laisse les États membres libres d'adopter des dispositions plus protectrices. Cette directive n'étant pas d'harmonisation maximum, il est possible pour la France de prévoir un champ d'application plus large.

Aussi, la Cour de cassation a-t-elle décidé que la notion de « non professionnel » utilisé par le législateur français « n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives » ⁵⁹³, bien qu'une société commerciale semble ne plus pouvoir prétendre à l'application de ce régime ⁵⁹⁴.

Les personnes morales ne sont donc pas exclues par principe du champ d'application des dispositions sur les clauses abusives. Il semble que seules celles qui sont civiles par nature et n'ont aucune activité lucrative accessoire pourraient encore prétendre à l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. On pourrait ainsi donner comme exemple, celui d'un club de bridge qui conclut un contrat de fourniture d'hébergement pour son blog et qui aurait à se plaindre d'une clause de résiliation par le fournisseur d'hébergement sans préavis ou encore celui de l'association étudiante qui conclurait un contrat de location de photocopieur ne prévoyant qu'une obligation de moyens pour la prestation de maintenance.

Il convient maintenant de préciser comment ces clauses seraient

soumises au test du régime des clauses abusives prévu dans le Code de la consommation.

SECTION 2. LES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS DES CONSOMMATEURS

162 *Évolution du régime* ◇ La loi du 10 janvier 1978 ⁵⁹⁵ modifiée à plusieurs reprises a introduit en France un dispositif administratif de lutte contre les clauses abusives, codifié en 1993. L'inertie du pouvoir exécutif a conduit le juge à s'arroger le pouvoir de déclarer une clause abusive ⁵⁹⁶. La directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives ⁵⁹⁷ a été transposée par une loi du 1^{er} février 1995 ⁵⁹⁸. La loi « LME » du 4 août 2008, complétée par le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 ⁵⁹⁹, en a modifié profondément le régime ⁶⁰⁰.

L'article L. 132-1 du Code de la consommation prévoit que, par décret une liste de clauses réputées irréfragablement abusives est établie ; cela a pour conséquence qu'elles doivent être systématiquement réputées non écrites par le juge. Par la même voie réglementaire, une autre liste de clauses présumées abusives est établie, mais pour lesquelles le professionnel peut apporter la démonstration contraire, notamment en établissant que l'économie du contrat justifie la stipulation.

163 *Entrée en vigueur du régime issu de la loi du 4 août 2008* ◇ L'article L. 132-1 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 4 août 2008 ⁶⁰¹ est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2009 ⁶⁰². Toutefois, les listes des clauses abusives n'ont été établies que par le décret du 18 mars 2009. Il nous semble qu'en raison du caractère d'ordre public de ces dispositions, elles sont impératives dès leur entrée en vigueur et s'appliquent immédiatement aux contrats en cours.

Ce nouveau régime ne bouleverse pas complètement celui qui a été en vigueur jusqu'en 2009. Il convient tout d'abord de présenter le champ d'application de ces dispositions (§ 1), avant de préciser les modalités d'éviction des clauses abusives (§ 2). Il sera alors possible de mesurer l'effet de ce dispositif sur les contrats portant sur les technologies de l'information et de la communication (§ 3).

§ 1. Champ d'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation

164 *Application au consommateur et au « non professionnel » (rappel)* ◇ Il ressort de l'article 2 de la directive sur les clauses abusives ⁶⁰³ et de l'interprétation qui en a été donnée par la Cour de justice ⁶⁰⁴ que les dispositions sur les clauses abusives ne sont applicables qu'aux personnes physiques agissant en dehors de leur activité professionnelle. La directive de 1993 sur les clauses abusives ⁶⁰⁵ n'étant pas d'harmonisation maximum, les dispositions internes plus favorables peuvent subsister. C'est pourquoi le droit interne peut s'avérer plus souple. Néanmoins, il ne subsiste comme élément de divergence entre le droit européen et le droit français que la question de la personne morale bénéficiaire.

En effet, les « non-professionnels ou consommateurs » mentionnés à l'article L. 132-1 du Code de la consommation sont perçus par la Cour de cassation comme des personnes physiques ayant conclu un contrat sans rapport avec leur activité professionnelle ⁶⁰⁶, mettant fin à une jurisprudence plus libérale ⁶⁰⁷. Pour les professionnels, la Cour de cassation considère depuis 1995 que le contrat conclu a toujours un rapport direct avec leur activité ⁶⁰⁸. La future définition du consommateur dans un article préliminaire du Code de la consommation permettra d'exclure définitivement tout professionnel du champ d'application du texte ⁶⁰⁹.

Par ailleurs, on rappellera ⁶¹⁰, que les personnes morales ne sont pas exclues par principe du champ d'application des dispositions sur les clauses abusives ; il faut qu'elles entrent dans la catégorie des « non professionnels ». Il semble que seules celles qui sont civiles par nature et n'ont aucune activité lucrative accessoire peuvent encore prétendre à l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ⁶¹¹.

La définition générale de l'article préliminaire du Code la consommation introduite par la loi « Hamon » du 17 mars 2014 ⁶¹² ne change rien au champ d'application des dispositions sur les clauses abusives. La notion de non professionnel subsiste et permet ainsi aux personnes morales « non professionnelles » ⁶¹³ de continuer de bénéficier du texte.

165 *Champs d'application ratione loci* ◇ Le champ d'application

ratione loci du texte est déterminé par, l'article L. 135-1 du Code de la consommation qui comporte une règle de résolution du conflit issue de l'article 2, 2 de la directive du 5 avril 1993 ⁶¹⁴. Cette règle prévoit que le consommateur ayant son domicile dans l'Union européenne qui a conclu un contrat avec un professionnel établi dans un État extérieur à l'Union bénéficie de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. On déduit de ce même texte, que le consommateur européen qui a conclu un contrat avec un professionnel établi au sein de l'Union européenne, relèvera de la loi applicable désignée par la règle de conflit de l'article 6 du règlement européen 593/2008 du 17 juin 2008 dit « Rome I » ⁶¹⁵.

166

Notion de clause abusive ◇ La loi de 1978 avait prévu que la clause abusive se caractérisait comme celle qui créait un avantage excessif pour le professionnel et était imposée par un abus de puissance économique. L'article L. 132-1 alinéa 1^{er} prévoit, depuis sa modification par la loi du 1^{er} février 1995, que « sont abusives, les clauses qui ont pour objet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Cette définition n'a pas été modifiée par la réforme opérée par la loi du 4 août 2008 ⁶¹⁶.

Le déséquilibre doit donc être apprécié objectivement. Au regard de la jurisprudence ⁶¹⁷ ce qui est essentiel c'est le déséquilibre créé par la clause ; cela est particulièrement vrai en présence d'un pouvoir accordé unilatéralement au professionnel ⁶¹⁸.

Contrairement à l'article 3,1 de la directive 93/13 sur les clauses abusives ⁶¹⁹, la définition française ne comporte pas de référence aux critères de l'absence de négociation individuelle et de contrariété à l'exigence de bonne foi ⁶²⁰. Une clause peut donc être regardée comme abusive bien qu'elle ait été négociée par le consommateur.

Il est précisé à l'alinéa 7 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation que l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne porte pas sur « l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert ». Les dispositions sur les clauses abusives ne peuvent donc pas servir de moyen pour remettre en cause le coût d'une prestation. Toutefois, à l'occasion de l'une des modifications du texte ⁶²¹, il a été ajouté « pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ». Il est donc désormais possible de remettre en

cause le prix d'une chose ou d'une prestation si la clause relative à la détermination du coût de celle-ci n'est pas claire ou compréhensible.

Cette définition générale joue un rôle prépondérant dans la détermination du caractère abusif de la stipulation quand la clause soumise à l'examen ne semble pas correspondre directement à une clause prévue dans une liste (« grise », « noire »...). Les voies d'éviction de ces mauvaises clauses sont assez variées, le juge n'étant pas le seul censeur.

§ 2. Modalités d'éviction des clauses abusives

- 167 ***Présentation de la question*** ◇ Les clauses abusives connaissent un régime en constante évolution et des acteurs assez divers tels que le pouvoir réglementaire, le juge et la Commission des clauses abusives. Nous présenterons brièvement le droit antérieur au 1^{er} janvier 2009 (A), pour mieux développer le droit positif (B).

A. Droit antérieur au 1^{er} janvier 2009

- 168 ***Droit applicable aux procédures en cours à cette date*** ◇ La réforme opérée par la loi du 4 août 2008, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et devenue applicable grâce à l'adoption des décrets du 18 mars 2009 ⁶²², étant protectrice des consommateurs, son caractère d'ordre public invite à l'appliquer aux contrats en cours. En revanche, ce texte ne comporte aucune disposition qui l'imposerait dans les procédures en cours lors de son entrée en vigueur. Aussi, les procédures initiées avant le 1^{er} janvier 2009 doivent-elles se poursuivre selon le droit antérieur.

- 169 ***Quelques dispositions réglementaires et un large pouvoir du juge*** ◇ L'article L. 132-1 alinéa 2 ancien prévoyait la possibilité pour le pouvoir exécutif de prendre un décret en Conseil d'État après avis de la Commission des clauses abusives. Depuis le décret du 24 mars 1978 dont étaient issus les anciens articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation, seul un autre décret avait été adopté. À l'article R. 132-1 ancien du Code de la consommation ⁶²³, étaient interdites les clauses supprimant ou réduisant le droit à réparation du non professionnel ou consommateur. À l'article R. 132-2 ancien du Code

de la consommation ⁶²⁴, étaient prohibées les clauses stipulant la possibilité pour le professionnel de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre ⁶²⁵.

L'alinéa 3 de l'article L. 132-1 ancien prévoyait en annexe à ce texte une « liste indicative et non exhaustive » de clauses qui peuvent être regardées comme abusives ⁶²⁶. Il fallait, en outre, que ces clauses mentionnées dans la liste créent un déséquilibre significatif et que le consommateur qui les invoque prouve leur caractère abusif. Bien que prévue par l'article 3,3 de la directive du 5 avril 1993 ⁶²⁷, cette liste était d'une piètre utilité. Elle ne constituait tout au plus qu'un guide pour le juge qui était saisi. La plupart des décisions rendues ont été fondées sur la définition générale du caractère abusif de l'article L. 321-1 du Code de la consommation. La création par le législateur de longues listes de clauses « noires » et « grises » facilitera peut-être la détection du caractère abusif des clauses.

B. Un renforcement du rôle des listes dans le droit applicable aux contrats en cours au 1^{er} janvier 2009

170 *Les acteurs de l'éviction des clauses abusives* ◇ La « lutte » contre les clauses abusives a toujours comporté plusieurs acteurs. En 1978, la Commission des clauses abusives s'est vue attribuer un rôle d'avis ; le pouvoir réglementaire se devait de prendre des mesures régulières d'interdiction et le juge de déclarer les clauses abusives dans les contrats. Ces positions n'ont pas été profondément remises en cause, mais elles ont évolué avec le temps.

1. L'action administrative

171 *La Commission des clauses abusives* ◇ Les articles L. 534-1 et suivants et R. 534-1 et suivants du Code de la consommation régissent le fonctionnement de la Commission des clauses abusives ⁶²⁸.

172 *Les recommandations de la Commission des clauses abusives* ◇ Celle-ci est chargée d'examiner les modèles de convention habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs afin de détecter la présence de clauses

abusives ⁶²⁹. La Commission est saisie par le ministre chargé de la consommation ou par les associations agréées de défense des consommateurs ou encore par les professionnels intéressés ; elle peut également se saisir d'office ⁶³⁰. La Commission recommande la suppression ou la modification des clauses qui lui paraissent présenter un caractère abusif ⁶³¹. Ces recommandations sont de deux types, soit elles sont générales, comme par exemple celle qui concerne l'équilibre des obligations en cas d'inexécution du contrat ⁶³² ; soit elles concernent un secteur d'activité particulier comme Internet et la téléphonie ⁶³³.

Les recommandations de la Commission des clauses abusives ne s'imposent pas au juge. Elles n'engendrent pas de règles dont la méconnaissance ouvre la voie à la cassation ⁶³⁴.

173 *Les avis de la Commission des clauses abusives* ◇ L'article R. 534-4 du Code de la consommation indique que la Commission des clauses abusives peut être saisie pour avis en cours d'instance. Cette disposition a été introduite en 1993 ⁶³⁵. Le juge décide de l'opportunité de la saisine de la Commission, qui doit rendre son avis dans les trois mois. En matière de fourniture d'accès à Internet la Commission avait ainsi adopté un avis ⁶³⁶. Aux termes de l'article R. 534-4, pendant cette période le juge saisi sursoit à statuer sauf pour prononcer des mesures urgentes ou conservatoires ; l'avis rendu ne lie pas le juge.

174 *DGCCRF* ◇ L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut demander au juge judiciaire ou administratif d'ordonner sous astreinte la suppression d'une clause, aux termes de l'article L. 141-1, VI du Code de la consommation. Le projet de loi relatif à la consommation du 2 mai 2013 prévoit que cette injonction peut faire l'objet d'une publicité ⁶³⁷.

2. Le rôle du juge

175 *Un rôle amplifié par les actions en cessation des associations de consommateurs* ◇ La suppression des clauses abusives a lieu dans chaque contrat soumis au juge par un consommateur qui s'estime désavantagé par une clause. Cette procédure utile pour un plaideur est peu efficace pour combattre le phénomène des clauses abusives. Aussi

l'action en cessation a-t-elle été créée.

176 *a) La suppression par le juge des clauses abusives dans le contrat objet du litige* ◇ Depuis la décision de la Cour de cassation de 1991 ⁶³⁸ consacrant le pouvoir du juge, *contra legem* à cette époque, de déclarer une clause abusive sans le support d'un décret, la possibilité est donc offerte à toute juridiction saisie de décider du caractère abusif d'une clause sur le fondement de la définition générale donnée à l'article L. 132-1 alinéa 1^{er} du Code de la consommation. Ainsi la Haute juridiction a-t-elle décidé qu'une clause ne saurait échapper à la qualification d'abusives du seul fait qu'elle est usuelle ⁶³⁹.

177 *La nouvelle obligation pour le juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause* ◇ La Cour de cassation exerce son contrôle sur le caractère abusif d'une clause qui constitue une question de droit ⁶⁴⁰. Elle avait décidé que ce moyen ne saurait toutefois être soulevé pour la première fois en cassation car mélangé de fait et de droit ⁶⁴¹. Cette compétence du juge pour apprécier du caractère abusif d'une clause a été confortée par la Cour de justice de l'Union européenne qui a estimé que le juge national peut apprécier d'office le caractère abusif d'une clause d'un contrat qui lui est soumis ⁶⁴².

Cette jurisprudence européenne a elle-même évolué car la Cour de justice considère désormais que le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause, dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet ⁶⁴³. Il a été partiellement tenu compte de cette jurisprudence en droit français, car la loi du 3 janvier 2008 ⁶⁴⁴ « pour le développement de la concurrence au service des consommateurs » a instauré un article L. 141-4 dans le Code de la consommation qui permet au juge de se saisir d'office dès lors que toute disposition contenue dans ce code est en cause ; les clauses abusives n'en sont pas exclues. Aux termes de cette disposition générale, le juge peut certainement prononcer le caractère abusif d'une clause sans obliger les parties à s'expliquer dans un débat contradictoire ⁶⁴⁵. Cette disposition a été complétée par un second alinéa qui dispose que le juge « écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat. » ⁶⁴⁶ Aussi le droit français est-il encore appelé à évoluer ; il nous semble que le caractère abusif d'une clause devrait pouvoir être évoqué pour la

première fois en cassation ; le juge étant tenu désormais de relever d'office le caractère abusif d'une clause aux termes de la jurisprudence européenne. Dès lors que le juge du fond a manqué à cette obligation sa décision doit être censurée ; il restera à décider pour la Cour de cassation si elle déclare elle-même la clause comme étant abusive ou bien si elle renvoie au juge du fond. Une bonne administration de la justice commande que la Haute juridiction tranche elle-même la question car elle est également tenue de relever d'office le caractère abusif d'une clause.

178 *Définition générale et listes* ◇ Actuellement, il appartient au consommateur de démontrer le déséquilibre significatif créé par la clause conformément à l'article L. 132-1, al. 1^{er} du Code de la consommation. Il est aidé par les listes de clauses présumées abusives des articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation ⁶⁴⁷. La clause sera réputée non écrite ⁶⁴⁸ et le contrat restera applicable dans ses autres dispositions s'il peut subsister sans ladite clause ⁶⁴⁹. En effet, le consommateur pourra préférer conserver le bénéfice du contrat en écartant la clause trop désavantageuse. La nullité complète du contrat oblige le consommateur à la restitution des prestations effectuées. L'inconvénient de cette procédure réside dans le maintien de la clause abusive dans tous les autres contrats conclus par le même professionnel. L'éviction dans un contrat est sans effet sur les autres en raison de l'effet relatif de la chose jugée ⁶⁵⁰ ; ce qui a été jugé dans une affaire ne valant qu'entre les parties à l'instance, un autre consommateur ne peut pas se prévaloir de la décision. C'est pour tenter de remédier à cet effet relatif de la décision rendue que l'action en cessation a été créée.

179 *b) La suppression erga omnes des clauses abusives pour un type de contrat grâce à l'action en cessation* ◇ Nous venons d'observer que le consommateur en désaccord avec un professionnel peut ponctuellement dans le contrat qu'il a conclu soulever le caractère abusif d'une clause qui lui est trop défavorable afin que l'application de celle-ci soit écartée ⁶⁵¹. L'article L. 421-6 alinéa 2 du Code de la consommation permet aux associations de consommateurs agréées de demander la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat type ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur. Cette procédure présente l'avantage de faire éliminer la clause dans tous

les contrats proposés par le professionnel. L'association de consommateur peut agir seule contre le professionnel ou le syndicat professionnel qui propose des contrats types à ses adhérents. Elle peut également agir en intervention aux côtés d'un consommateur qui a intenté une action principale en suppression d'une clause ⁶⁵².

180 *Action en cessation applicable aux contrats antérieurement*

conclus ◇ La Cour de cassation avait décidé que l'action en cessation était sans objet dès lors qu'il était établi que le professionnel avait cessé de proposer à ses clients le contrat contenant la clause litigieuse ⁶⁵³. Cette jurisprudence privait pour partie l'action en cessation d'intérêt car elle laissait les consommateurs ayant déjà conclu le contrat prisonniers des clauses abusives. En outre, la solution était juridiquement contestable. Les associations conservaient un intérêt à agir dès lors que les clauses abusives subsistaient dans les contrats conclus et restaient opposables aux consommateurs. L'action en cessation ayant pour objet de supprimer les clauses abusives dans les contrats existants était privée d'une partie de son effet utile dès lors que les professionnels pouvaient retirer en cours d'instance le contrat offert au consommateur pour le remplacer par un autre ce qui obligeait l'association à reprendre toute la procédure. Cette conception restrictive de l'action en cessation était en contradiction avec la position de la Cour de justice de l'Union européenne qui veut conférer la plus grande efficacité possible à cette procédure en décidant que l'action peut être utilisée afin d'interdire des clauses qui n'auraient pas été utilisées dans des contrats déterminés ⁶⁵⁴.

La Cour de cassation avait adopté une position sur une question voisine qui laissait espérer un revirement sur la question des contrats conclus mais qui ne sont plus proposés aux consommateurs. Dans une affaire où les contrats type de location saisonnière étaient rédigés par un professionnel mais ces contrats étaient ensuite conclus par des non professionnels avec des consommateurs, la Haute juridiction a décidé que « l'action préventive en suppression de clauses abusives ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs a vocation à s'appliquer aux modèles types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée » ⁶⁵⁵.

Grâce à l'intervention du législateur, il est désormais certain que l'action en cessation peut porter sur les contrats conclus et qui ne sont plus proposés au professionnel. Ces dispositions ont été adoptées dans la

loi « Hamon » du 17 mars 2014 ⁶⁵⁶ qui prévoit que tant dans le cadre de l'action en cessation diligentée par l'association de consommateur (C. consom. art. L. 421-6) que dans celui où l'association vient se greffer sur l'instance introduite par un consommateur (C. consom., art. L. 421-2), cette dernière peut demander au juge de déclarer certaines clauses comme étant abusives bien que le contrat ne soit plus proposé par le professionnel. En outre, le juge peut ordonner que le professionnel porte la décision à la connaissance des consommateurs concernés ⁶⁵⁷. Cela constitue une mesure accessoire tout à fait efficace.

181 ***Action de groupe : un moyen de réparer les conséquences pécuniaires de la présence de clauses abusives*** ◇ L'action de groupe est introduite par l'article 1^{er} de la loi « Hamon » qui crée un nouveau chapitre dans le Code de la consommation entièrement dévolu à cette procédure, comprenant les articles L. 423-1 à 26 ⁶⁵⁸. Deux actions sont instaurées, une ordinaire et une simplifiée ; elles visent toutes deux à indemniser un groupe de consommateurs pour les dommages qu'ils ont subi du fait d'une pratique contractuelle d'un professionnel ou d'un manquement par ce dernier à une obligation légale ou encore à une pratique anticoncurrentielle.

L'article L. 423-1 du Code de la consommation prévoit que c'est une association représentative au niveau national et agréée qui peut introduire l'action afin d'obtenir réparation de préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique du fait du manquement du professionnel. On observera que le choix par le législateur de conférer un droit d'action aux seules associations nationales agréées pourra susciter des difficultés si une autre association européenne souhaite introduire une action dès lors que le même professionnel a causé le même préjudice et pour les mêmes causes à d'autres consommateurs européens.

Le choix a été fait pour le moment de ne prendre en charge que les dommages matériels subis par les consommateurs, mais il est affirmé régulièrement que dans le cadre d'une loi « santé » la question de l'action de groupe pour un préjudice corporel serait envisagée ⁶⁵⁹.

Outre le prolongement d'une pratique anticoncurrentielle, on peut imaginer que l'action de groupe puisse être engagée à la suite d'une action en cessation en matière de clauses abusives. Dès lors qu'un opérateur aura introduit des clauses qui créent un déséquilibre

significatif dans un contrat offert aux consommateurs et que l'application de cette clause a créé un préjudice à un ensemble de consommateurs ; il sera alors possible de voir ces derniers compensés pour la perte qu'ils ont subie.

La procédure même de l'action de groupe est envisagée aux articles L. 423-3 à L. 423-9 du Code de la consommation. Le juge saisi par l'association de consommateurs statue sur la responsabilité du professionnel et définit les règles de rattachement des consommateurs au groupe ; il détermine la nature du préjudice. Il peut ordonner des mesures d'instruction et fixe les mesures de publicité dans une période allant de deux à six mois pour que les consommateurs qui se prétendent victimes de la pratique se manifestent. Le juge peut, soit ordonner l'indemnisation directe par le professionnel, soit par l'intermédiaire de l'association. Aux termes de l'article L. 423-6 du Code de la consommation, les sommes versées à l'association aux fins d'indemnisation sont virées à la Caisse des dépôts et consignation. Enfin, l'association pourra s'adjoindre les compétences d'un membre d'une profession réglementée, sur autorisation judiciaire, afin de l'aider dans la réception des demandes et afin de représenter les consommateurs ⁶⁶⁰.

Il a été instauré, à l'article L. 423-10, une action de groupe simplifiée. Lorsque l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée, le juge, après avoir statué sur la responsabilité du professionnel, peut condamner ce dernier à les indemniser directement et individuellement, dans un délai et selon des modalités qu'il fixe. Quand cette décision est devenue définitive, les consommateurs concernés font l'objet d'une information individuelle aux frais du professionnel. Ces derniers peuvent alors accepter d'être indemnisés dans les termes de la décision. Si le professionnel n'exécute pas la décision, le juge peut statuer directement ou bien les consommateurs concernés par cette procédure simplifiée peuvent être représentés par une association de consommateurs.

La présence d'une association de consommateur pour introduire l'action simplifiée ne paraît pas indispensable ; celle-ci pourrait n'intervenir qu'en cas de difficulté d'exécution de la décision rendue. Toutefois, le texte ne semble pas interdire non plus l'introduction d'une action simplifiée par une association.

Enfin, dans le cadre de l'action de groupe ordinaire une médiation est

possible entre le professionnel et l'association, aux termes des articles L. 423-15 et 16. L'accord qui interviendrait doit être homologué par le juge qui vérifie que l'intérêt des consommateurs a été préservé et ordonne les mesures de publicité appropriée afin que les consommateurs concernés adhèrent à cet accord.

Quand une pratique anticoncurrentielle est à l'origine de la demande des consommateurs, seule la procédure normale est applicable ⁶⁶¹. Cette action est introduite sur le fondement d'une décision prononcée à l'encontre du professionnel par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes, qui constate les manquements et qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements ⁶⁶². Dans ces cas, les manquements du professionnel sont réputés établis de manière irréfragable ⁶⁶³. L'action de groupe doit alors être engagée dans les cinq ans de la décision condamnant la pratique anticoncurrentielle ⁶⁶⁴.

- 182** ***Des mesures accessoires*** ◇ L'association de consommateur, outre le retrait de la clause litigieuse du modèle de contrat, peut obtenir dans le cadre de l'action en cessation, des dommages-intérêts au titre de la réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif des consommateurs ⁶⁶⁵. Elle peut également faire condamner à la publication du « jugement rendu » en vertu de l'article L. 421-9 du Code de la consommation. Cette mesure est particulièrement efficace et dissuasive quand la décision doit être affichée sur la page d'accueil du site du professionnel. Il est ajouté un alinéa deux à l'article L. 132-2 du Code de la consommation dans le projet de loi consommation du 2 mai 2013 ⁶⁶⁶, aux termes duquel la présence d'une clause qui entre dans la liste des clauses irréfragablement abusives de l'article R. 132-1 du Code de la consommation peut entraîner la condamnation au paiement d'une amende civile d'un montant de 3 000 euros pour une personne physique professionnelle et de 15 000 euros pour une personne morale.

3. Les listes des clauses abusives

- 183** ***Deux listes*** ◇ La réforme opérée par la loi du 4 août 2008 a supprimé la « liste grise » instaurée par la directive européenne 93/13 ⁶⁶⁷ assez inefficace. Désormais, deux listes ont été établies par décrets ⁶⁶⁸. La première, de l'article R. 132-1 du Code de la consommation, répertorie

des clauses considérées comme étant directement abusives ; elles sont nécessairement écartées. La seconde liste précise les clauses qui sont présumées simplement abusives ; le professionnel peut démontrer qu'elles ne le sont pas.

184 *Les clauses « présumées irréfragablement abusives »* ◇ L'article R. 132-1 du Code de la consommation précise les clauses irréfragablement abusives. Sont interdites les clauses qui seraient stipulées hors document contractuel accessible ; celles qui permettraient de violer les engagements pris par les préposés ou mandataires, de modifier unilatéralement les prestations et de laisser l'appréciation de la conformité au professionnel. Par ailleurs, en matière de responsabilité contractuelle, le professionnel ne peut pas supprimer la faculté pour le consommateur d'invoquer l'exception d'inexécution ; il ne peut pas prévoir des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité quant à la prestation à fournir ou qui interdiraient la résolution ou résiliation. En cas d'inexécution, les clauses ne peuvent comporter ni faculté de résiliation unilatérale au seul profit du professionnel, ni autoriser la conservation de sommes par ce dernier ou de pénalités à titre de sanctions pour rupture du contrat. Enfin, il est interdit de stipuler des clauses qui érigent en seul mode de preuve possible celle préconstituée par le professionnel.

185 *Les clauses faisant l'objet d'une « présomption simple » de leur caractère abusif* ◇ L'article R. 132-2 du Code de la consommation prévoit une liste de clauses présumées abusives pour lesquelles le professionnel pourra apporter la preuve de ce qu'elles ne créent pas un déséquilibre significatif.

Le professionnel s'expose à ce que les clauses stipulant une condition purement potestative à leur profit soient réputées non écrites, de même que celles prévoyant des pénalités sans réciprocité ou encore une clause pénale excessive à l'égard du consommateur. Sont encore présumées abusives la clause de résiliation par le professionnel sans préavis raisonnable ou la cession de contrat sans accord du consommateur, si cela doit entraîner la diminution de ses droits, de même que la modification unilatérale des obligations par le professionnel. Une date seulement indicative d'exécution du contrat ou une clause déséquilibrée dans les conditions de la résiliation par le consommateur sont présumées

abusives et la limitation des moyens de preuve que ce dernier pourrait mettre en œuvre. Enfin, tenter d'imposer un arbitrage ou une médiation expose le professionnel à voir reconnaître sa clause non écrite s'il ne démontre pas l'absence de déséquilibre qu'elle entraîne.

186 *Les nuances et exceptions apportées à ces listes* ◇ Afin de nuancer la déclaration du caractère abusif des clauses figurant aux articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation, notamment ceux conclus par les établissements financiers, l'article R. 132-2-1 du même code introduit des exceptions aux dispositions qui précèdent. Ces dispositions instaurent des limites non négligeables aux listes de clauses présumées abusives permettant un aménagement de la résiliation et de la modification du contrat pour ceux qui sont soumis aux fluctuations du marché, notamment de devises. La modification des taux est également possible pour les établissements financiers à la condition de procéder à une information préalable. Ces derniers peuvent encore procéder à une résiliation sans préavis quand l'évolution des comptes de leurs clients le justifie.

Ce sont les IV et le V de l'article R. 132-2-1 du Code de la consommation qui sont susceptibles de concerner le plus directement les contrats portant sur les technologies de l'information et de la communication. En effet, le IV de ce texte permet de maintenir la faculté pour le professionnel de modifier le prix du service en cours de contrat à durée indéterminée, mais en offrant une faculté de résiliation. Le V permet les évolutions techniques en cours de contrat dès lors que le prix n'est pas affecté et que les caractéristiques techniques qui ont servi de base à l'engagement étaient bien stipulées dans le contrat initial. On peut ainsi affirmer qu'une clause qui prévoit la possibilité de modifier le débit dans le cadre d'un contrat de fourniture d'accès Internet en changeant la technologie pour gagner en rapidité ou en taille est valable, à la condition que le prix ne soit pas altéré et que le contrat par lequel le consommateur s'est engagé précise dès l'origine le débit minimum garanti.

§ 3. Application aux contrats portant sur les technologies de l'information

187 ***Des applications particulières*** ◇ Après avoir évoqué le processus d'éviction des clauses abusives en général, il convient de préciser dans quels cas ces dispositions ont été appliquées aux contrats portant sur les technologies de l'information et de la communication. Les recommandations et avis de la Commission des clauses abusives seront d'abord évoqués (A) ; puis la jurisprudence (B).

A. Les recommandations et avis de la Commission des clauses abusives sur les technologies de l'information

188 ***Les recommandations*** ◇ En matière de contrats portant sur les technologies de l'information et de la communication, on observera que la première recommandation a porté sur la téléphonie. Il s'agit de la recommandation n° 99-02 relative aux contrats de radiotéléphones portables ⁶⁶⁹. Ce texte énumère un grand nombre de clauses dont la Commission recommande la suppression, comme la possibilité pour le professionnel de suspendre le service, même pour un manquement mineur ; de considérer que l'absence de contestation d'une facture, après l'écoulement d'un délai déterminé suivant son envoi, vaut acceptation de nouvelles conditions du contrat ; permettre au professionnel de modifier unilatéralement les données pratiques de l'abonnement ; imposer le prélèvement automatique sur compte bancaire comme unique moyen de paiement et interdire la résiliation du contrat par l'abonné, en cas d'interruption du service pour force majeure au-delà d'une durée raisonnable.

On trouve ensuite, la recommandation n° 03-01 relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet ⁶⁷⁰ qui préconise la suppression des clauses qui permettent de donner la primauté à des conditions générales en ligne sur les conditions générales imprimées, alors même que ces conditions en ligne n'auraient pas été acceptées par le consommateur ; d'obliger le consommateur, sous la menace de sanctions contractuelles, à respecter un code de conduite ou des règles de comportement développées par la communauté des utilisateurs du réseau Internet, sans qu'il ait accepté le contenu de ces règles ; d'exonérer le professionnel de toute responsabilité ou de la limiter excessivement en cas de manquement à ses obligations contractuelles ; de permettre au professionnel, en cours d'exécution du contrat, de modifier unilatéralement, sans accord explicite de l'abonné, le service promis ou

encore de restreindre à la résiliation du contrat les droits de l'abonné insatisfait du service ou contestant la facturation.

La recommandation n° 07-01 est relative à un type de contrat plus récent qui offre la possibilité de souscrire à des services groupés d'Internet, de téléphone et de télévision dit « triple play »⁶⁷¹. La Commission recommande pour ce type de contrat que les clauses suivantes soient supprimées : celles qui permettent au professionnel de se dispenser de son obligation d'information et de conseil relativement à la compatibilité et à l'installation des équipements permettant l'accès du consommateur aux services à lui proposés ; d'exonérer le professionnel de sa responsabilité dans tous les cas d'impossibilité d'accès du consommateur aux services proposés ; de modifier unilatéralement les conditions techniques et financières de la fourniture du service au consommateur sans prévoir la possibilité pour ce dernier de résilier le contrat sans pénalité ; de limiter à une simple obligation de moyens l'obligation de fourniture d'accès du professionnel ; de soumettre le droit à réparation du consommateur au caractère prolongé du manquement du professionnel à ses obligations ou de limiter cette réparation à un montant dérisoire et enfin d'imposer au consommateur des modalités de résiliation du contrat plus contraignantes que celles incombant au professionnel.

La même année la Commission s'est intéressée aux contrats de vente par Internet et a adopté une autre recommandation relative à ces conventions⁶⁷² en recommandant la suppression des clauses qui permettent : de conférer au professionnel le droit de modifier unilatéralement le prix, au professionnel de se dégager d'un contrat définitivement conclu sans que la même faculté ne soit offerte au consommateur ; de faire croire que l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation prévu à l'article L 121-20 du Code de la consommation est subordonné à d'autres conditions que celles prévues par la loi, de faire croire que le professionnel est en droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre ou encore de faire croire au consommateur qu'il ne peut rechercher la responsabilité du professionnel en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse, partielle ou tardive de ses obligations ou de celles des prestataires auxquels il a recouru.

Enfin, la Commission s'est intéressée aux contrats de fourniture de voyages proposés sur Internet⁶⁷³ ; la matière présentant la particularité de prévoir une responsabilité de plein droit du voyageur pour les voyages à

forfait (transport et prestations hôtelières et ou de loisir) du fait des prestataires substitués⁶⁷⁴. Aussi les clauses qui visent à restreindre cette responsabilité de plein droit devraient-elles être écartées de ces contrats. La Commission recommande donc de supprimer les clauses qui permettent de rendre inopposables au professionnel les informations et documents publicitaires portés à la connaissance du consommateur, dès lors que leur contenu est de nature à déterminer son consentement.

- 189** *Les avis* ◇ La Commission des clauses abusives a d'abord été saisie pour avis par un tribunal d'instance pour un contrat d'abonnement à la télévision par câble et d'un contrat d'abonnement à Internet⁶⁷⁵. Dans cette affaire, transmise pour avis c'est d'abord le manque de clarté dans la rédaction d'une clause qui indiquait que le contrat est accepté sans réserve (une sorte de clause d'indivisibilité) qui a permis de la déclarer abusive. Une autre clause du contrat qui visait à exonérer le prestataire de responsabilité contractuelle en cas d'interruption du service fait également partie des clauses légalement prohibées à l'époque de l'avis car elle relevait de l'article R. 132-1 du Code de la consommation qui interdisait au professionnel de supprimer ou de réduire le droit à réparation du consommateur. Elle est également condamnée par la recommandation 03-01, en son 7° et prohibée par le nouvel article R. 132-1 du Code de la consommation en son 6°. De même que la clause qui limitait le montant de la réparation due au consommateur pour manquement à ses obligations contractuelles ne pouvait qu'être que condamnée sur les mêmes fondements. En revanche, la stipulation sur la dispense de mise en demeure avait trouvé grâce auprès de la Commission. En effet, l'article 1139 du Code civil précise nettement que le débiteur est constitué en demeure soit par une sommation, soit « par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure ». Cette disposition de droit commun n'est contredite par aucun texte spécial ; la Commission ajoutait simplement que le consommateur doit être en mesure de connaître précisément l'échéance et la somme due. Enfin, le fait de ne pas avoir reproduit exactement le texte interdisant le *spamming* (C. consom., art. L. 121-20-5, reprenant CPCE, art. L. 34-5)⁶⁷⁶ n'était pas condamnable dès lors que le système de « l'*opt-in* » était prévu par le contrat. L'essentiel était préservé car, aux termes de la stipulation examinée, le consommateur devait bien donner son accord

préalable pour recevoir par mail des offres non sollicitées.

Dans un avis du 21 juin 2007 ⁶⁷⁷, rendu sur demande d'un juge de proximité, il a été décidé par la Commission que l'engagement du consommateur sur 24 mois n'est pas abusif, dès lors qu'il comporte une compensation tarifaire et qu'il permet une résiliation pour motif légitime ; cet avis avait été suivi par le juge de proximité ⁶⁷⁸. En revanche, dans un avis de 2008 ⁶⁷⁹, la Commission a estimé que la clause de l'assurance-vol de portable qui exclut le vol sans effraction n'est pas suffisamment claire et ne correspond donc pas aux exigences relatives aux exclusions de garantie en matière d'assurance. Un avis de la Commission n'est évidemment pas nécessaire au juge pour prendre une décision.

B. La jurisprudence sur les clauses abusives en matière de téléphonie et Internet

190

Les juges du fond ◇ Une série de jugements rendus par les tribunaux de grande instance de Paris et Nanterre ont fait l'objet d'une analyse afin d'établir une synthèse des clauses déclarées abusives dans les contrats d'abonnement au téléphone ou à l'accès Internet ⁶⁸⁰. Il s'évince de cette étude que la facturation de frais d'impayés, la fixation d'un délai pour contester les factures, le prélèvement automatique imposé comme seul moyen de paiement, la limitation ou l'exonération de responsabilité et la clause de résiliation suivant laquelle tout mois commencé est dû constituent des clauses abusives ⁶⁸¹. De même que la modification unilatérale du numéro de téléphone ou la suspension de l'accès aux services pour tout manquement du client ont été déclarées abusives ⁶⁸².

Cette analyse de jurisprudence rejoint d'autres décisions qui ont été commentées par les auteurs ou répertoriées par la Commission des clauses abusives. C'est ainsi qu'ont été déclarées abusives par les juges du fond, les clauses suivantes :

- autorisant la modification unilatérale du contrat ⁶⁸³ ;
- autorisant la modification par l'opérateur du numéro de téléphone ⁶⁸⁴ ;
- réservant le droit unilatéral de modifier les modalités de facturation ⁶⁸⁵ ;
- prévoyant une faculté de révision unilatérale du prix ⁶⁸⁶ ;
- violant les dispositions sur la faculté de rétractation en l'organisant

autrement que dans les textes sur les contrats à distance ⁶⁸⁷ ;

- supprimant la responsabilité en cas d'interruption temporaire ⁶⁸⁸ ;
- supprimant ou limitant fortement toute responsabilité du professionnel ⁶⁸⁹ ;
- qualifiant d'obligation de moyens les obligations de l'opérateur ⁶⁹⁰ ;
- autorisant l'opérateur à suspendre ou résilier en cas d'« abus » ou usage non conforme à celui d'un « bon père de famille » par le consommateur, sans préciser l'abus ou l'usage non conforme ⁶⁹¹ ,
- définissant la force majeure au profit du professionnel ⁶⁹² ,
- permettant la transmission des données personnelles de l'abonné à des tiers, sans son accord exprès préalable pour tout type d'exploitation ⁶⁹³ ;
- transférant les droits d'auteur au professionnel ⁶⁹⁴ ,
- exonérant le professionnel de toute responsabilité pour les propos tenus sur son forum de discussion ⁶⁹⁵ ,
- empêchant la résiliation par le consommateur pour cause légitime ⁶⁹⁶ ;
- imposant une « expertise » pour constater un vice caché ⁶⁹⁷ ,
- imposant des pénalités en cas de retard de paiement, sans en préciser très nettement le montant ou le point de départ pour les intérêts moratoires ⁶⁹⁸ ;
- imposant le prélèvement automatique sur le compte (courant ou postal) du client, dès lors que seul ce mode de paiement est possible ⁶⁹⁹ ,
- stipulant un délai de livraison moyen sans précision ⁷⁰⁰
- imposant l'application de la loi luxembourgeoise ⁷⁰¹ .

La Cour de cassation elle-même est venue conforter les décisions des juges du fond. Dans une décision de 2007 ⁷⁰² , relative à la fourniture d'accès Internet, elle a déclaré abusive la clause qui permet au professionnel de modifier unilatéralement les caractéristiques du service à rendre. La clause exonératoire de responsabilité est également condamnée, la Cour ajoutant que l'obligation essentielle « d'assurer effectivement l'accès au service promis » constitue une « obligation de résultat ». En revanche, la clause de résiliation est valable dès lors qu'elle organise bien une réciprocité des facultés de mettre fin au contrat. On doit en déduire que c'est véritablement l'unilatéralisme qui est à proscrire dans les clauses stipulées dans les contrats proposés aux consommateurs. Un pouvoir ne saurait être accordé au seul professionnel ou bien sans contrepartie dans le contrat.

Sur un autre point, la Cour de cassation a admis dans le cadre d'une

action en cessation que l'association de consommateurs se voit octroyer des dommages-intérêts lorsqu'elle a agi contre un fournisseur d'accès qui a trop souvent dispensé à des consommateurs des services de mauvaise qualité ⁷⁰³.

La même lutte contre les clauses abusives peut être menée dans les relations entre professionnels.

SECTION 3. LES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS ENTRE PROFESSIONNELS

191 *Évolution de l'appréhension des clauses abusives entre professionnels* ◇ Traditionnellement, il était considéré que seuls les consommateurs méritent une protection contre les clauses qui créent un déséquilibre significatif. Toutefois, les contrats d'adhésion se sont multipliés entre professionnels qui ne disposent pas nécessairement de la même force de négociation. De surcroît, les professionnels qui concluent des contrats de masse sont le plus souvent de spécialités différentes. Le plombier n'est pas en mesure de discuter son contrat d'assurance ; la PME n'est pas en mesure de négocier le contenu de son contrat de fourniture d'accès Internet. La jurisprudence qui avait un temps étendu le bénéfice des dispositions sur les clauses abusives aux professionnels de spécialité différente ⁷⁰⁴ a rapidement été remplacée par une compréhension plus stricte de la notion de professionnel ⁷⁰⁵. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle eu recours au droit commun des contrats, plus précisément à la notion de cause, pour écarter des clauses qui créent déséquilibre significatif. Cette jurisprudence, dite *Chronopost* ⁷⁰⁶, a connu des vicissitudes en raison de la difficulté pour la Cour de cassation de trouver un juste équilibre entre les clauses excessivement désavantageuses et l'utilité des clauses limitatives dans les contrats entre professionnels. La position de la Cour de cassation s'est plus récemment stabilisée dans une affaire *Faurecia* ⁷⁰⁷ de contrat informatique. Le législateur est ensuite intervenu afin d'instaurer une prohibition légale des clauses abusives entre professionnels ⁷⁰⁸. Nous évoquerons pour quelle raison toute offre de contrat par Internet dirigée vers des professionnels ne doit pas comporter des clauses limitatives de responsabilité déséquilibrées au sens de la jurisprudence (§ 1), puis, comment la sanction légale des clauses abusives entre professionnels est

organisée (§ 2).

§ 1. Un encadrement jurisprudentiel des clauses limitatives de responsabilité entre professionnels

192 *La jurisprudence Chronopost* ♦ Il avait été admis en jurisprudence, qu'en matière de responsabilité contractuelle les clauses de non-responsabilité sont valables ⁷⁰⁹ ; de même que les clauses limitatives de responsabilité ont été déclarées parfaitement licites ⁷¹⁰. Toutefois, il n'est pas possible dans un contrat de supprimer une responsabilité délictuelle qui naît d'un dommage causé à un tiers au contrat, responsabilité prévue aux articles 1382 et 1383 du Code civil, car cette dernière est d'ordre public ⁷¹¹.

Les clauses aménageant les conséquences de la responsabilité contractuelle ne sont valables qu'en présence d'une faute simple. Les auteurs de faute lourde ou de faute intentionnelle qualifiée de dol dans l'exécution du contrat ne sauraient être exonérés de responsabilité ou voir les conséquences de leurs actes limitées par une stipulation. En effet, l'inexécution délibérée oblige aux termes de l'article 1150 du Code civil à une réparation intégrale du préjudice ⁷¹².

La première jurisprudence *Chronopost* ⁷¹³ tendait à priver d'effet les clauses limitatives qui contreviennent à l'obligation essentielle prévue par le contrat. L'application de telles clauses aurait conduit à priver le contrat de cause ⁷¹⁴. Cette solution a été remise en cause par la jurisprudence postérieure en matière de transport. La Cour de cassation ⁷¹⁵ a jugé en effet que la nullité de la clause limitative n'empêchait pas le jeu du plafond légal de garantie due par le transporteur et prévu par le contrat-type de messagerie établi par décret ⁷¹⁶. Lorsque la société *Chronopost* se présente comme transporteur, elle bénéficie, sauf faute lourde, d'une limitation légale de garantie qui fait échec à la théorie de l'absence de cause de la clause limitative ⁷¹⁷. En revanche, quand cette même société n'est plus qu'un intermédiaire de transport (commissionnaire), elle ne bénéficie plus de la limitation légale de garantie ; le droit commun établi par l'arrêt de 1996 s'applique de nouveau et la clause contractuelle limitant la garantie est réputée non écrite quand le professionnel manque à une obligation essentielle née du contrat ⁷¹⁸.

Cette jurisprudence qui fait prévaloir l'obligation essentielle sur la

clause limitative de garantie en décidant que ces clauses sont dépourvues de cause lorsqu'elles contreviennent au but principal du contrat a trouvé à s'appliquer dans d'autres circonstances.

193 ***La jurisprudence Faurecia dans une affaire de contrat informatique*** ◇ Il avait d'abord été jugé qu'une entreprise informatique

qui n'a jamais pu livrer le logiciel promis ne pouvait pas s'exonérer de sa responsabilité par une clause limitative, cette dernière ayant manqué « à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation »⁷¹⁹. Dans ce premier arrêt *Faurecia*, une conception assez objective de la clause limitative avait été reprise de la première jurisprudence *Chronopost*. Il suffisait que la clause constitue un obstacle à l'obligation d'exécuter l'obligation essentielle pour qu'elle soit écartée.

Cette conception objective a été combattue en doctrine. En effet, certains auteurs⁷²⁰ ont voulu voir dans l'arrêt *Chronopost* de 2006⁷²¹, une inflexion de la jurisprudence qui aurait décidé que le manquement à une obligation essentielle ne suffirait plus pour éliminer la clause, il faudrait également prouver subjectivement des circonstances qui montrent une faute lourde dans l'exécution. Cette faute lourde ne consisterait pas uniquement dans le fait de contrevenir à l'obligation essentielle prévue par le contrat.

Cette doctrine semble avoir, pour partie, influencé la Cour de cassation qui a eu à connaître de nouveau de l'affaire *Faurecia*⁷²². En effet, car la cour de renvoi, Paris, saisie après le premier arrêt de cassation avait résisté et fait, de nouveau, application de la clause limitative de responsabilité⁷²³. Or, dans le second arrêt *Faurecia*, la Haute juridiction rejette le pourvoi et adopte le raisonnement de la cour d'appel de Paris⁷²⁴.

Dans le second arrêt *Faurecia*, la Cour de cassation commence par rappeler « que seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur »⁷²⁵. Puis, elle reprend le raisonnement de la cour d'appel de Paris qui a constaté que le prix consenti par la société *Oracle* à la Société *Faurecia* pour développer le logiciel avait été négocié fortement à la baisse et que *Faurecia* bénéficiait d'une clause qui lui aurait permis d'obtenir une amélioration continue du logiciel dans le temps⁷²⁶. La Cour de cassation a déduit de la présence de ces contreparties que la « clause

limitative de réparation ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle de la société Oracle » ⁷²⁷. La Haute juridiction ajoute, en réponse au troisième moyen, que la faute lourde invoquée par le créancier « ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur » ⁷²⁸. Cette nouvelle jurisprudence *Faurecia* a apporté des précisions relatives au régime des clauses limitatives de responsabilité entre professionnels sur deux points. La clause limitative de responsabilité qui contrevient à une obligation essentielle est réputée non écrite quand le contrat considéré dans son ensemble n'apporte aucune contrepartie à cette limitation ⁷²⁹. La faute lourde qui permet d'écarter l'application d'une clause limitative n'est pas établie par le seul manquement à une obligation essentielle ; elle se déduit de la gravité du comportement du débiteur.

Il convient maintenant de rappeler dans quelles conditions la faute lourde permet d'écarter le jeu d'une clause limitative de responsabilité.

194 *La faute lourde moyen traditionnel d'écarter une clause limitative* ◇ L'article 1150 du Code civil limite les dommages et intérêts qui peuvent être alloués à ce qui était prévisible au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, cette limitation ne s'applique pas en cas de dol dans l'exécution du contrat. La jurisprudence applique ces dispositions aux clauses limitatives de responsabilité. Elle a, en outre, procédé à l'assimilation de la faute lourde au dol ⁷³⁰. En effet, il est rare de pouvoir démontrer que l'inexécution est intentionnelle ; aussi est-il plus facile d'établir une faute lourde.

La faute lourde a été définie par les auteurs comme révélant un comportement anormalement déficient ; c'est « l'ampleur de l'écart constaté entre la conduite suivie par le défendeur et celle à laquelle il aurait dû se conformer qui révèle son existence » ⁷³¹. Classiquement en jurisprudence la faute lourde se définit comme étant d'une extrême gravité confinant au dol et démontrant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée ⁷³².

S'il a semblé possible pendant une certaine période de déduire la faute lourde du manquement à une obligation essentielle ⁷³³, la dernière jurisprudence *Faurecia* ⁷³⁴, montre qu'il appartient à la partie au contrat qui veut faire échec à une clause limitative de responsabilité de démontrer « l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission

contractuelle qu'il a acceptée ».

La jurisprudence la plus abondante sur la faute lourde a été développée en matière de transport car la faute lourde du transporteur permet d'écarter la limitation légale de responsabilité de ce dernier. Or, cette jurisprudence, même avec les honneurs de la publication au bulletin des arrêts de la Cour de cassation, est extrêmement factuelle.

C'est ainsi, par exemple, que la Société Chanel ne parvient pas à démontrer la faute lourde du transporteur qui achemine ses marchandises, bien que ce dernier aurait dû savoir que des produits de luxe méritent des précautions particulières ⁷³⁵. En revanche, engage sa responsabilité une société de transport qui ne respecte pas les instructions claires sur l'heure de livraison et laisse le camion stationné devant l'entreprise, la marchandise étant alors volée ⁷³⁶. De même que la distribution d'un pli à une autre adresse constitue pour le transporteur une faute lourde ⁷³⁷.

Dans un autre domaine d'activité, il a été jugé par des juges du fond que constituait une faute lourde le dysfonctionnement d'un système d'alarme du fait du matériel de communication qui ne permettait pas de donner l'alerte à l'entreprise de télésurveillance ⁷³⁸. En revanche, EDF ne commet pas de faute lourde du fait de coupure inopinée de courant, le contrat prévoyant expressément ce risque ⁷³⁹.

Nonobstant la difficulté à cerner la faute lourde, certains auteurs déduisent de la jurisprudence sur les clauses limitatives que « la faute lourde est donc aujourd'hui l'instrument le plus efficace dont dispose le créancier pour tenter de faire échec aux clauses restrictives de responsabilité qui lui sont opposables » ⁷⁴⁰. Tel est sans doute le point d'aboutissement des jurisprudences *Chronopost* et *Faurecia*. Toutefois, l'adoption d'un texte par le législateur pour lutter contre les clauses abusives entre professionnels ouvre d'autres perspectives tant pour les clauses limitatives de responsabilité, que pour toute clause d'un contrat qui paraît déséquilibrée.

§ 2. La consécration légale de la lutte contre les clauses abusives entre professionnels

195 *L'insertion d'une disposition spécifique dans le Code de commerce* ◇ La loi LME du 4 août 2008 a, par son article 93, modifié

l'article L. 442-6, I, du Code de commerce en créant au 2° la disposition suivante ⁷⁴¹ : « 1. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) 2. De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; (...) ». Ce texte crée au profit du juge la possibilité d'un contrôle de proportionnalité des clauses incluses dans les contrats conclus entre professionnels qui se rapproche considérablement de celui prévu en droit de la consommation pour les clauses abusives ⁷⁴².

Le législateur n'a pas donné de précisions sur l'application de ce texte dans le temps afin de déterminer s'il a vocation à régir des contrats en cours ou exclusivement ceux conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. En matière contractuelle, la loi nouvelle ne s'applique pas aux contrats en cours sauf lorsque la disposition est d'ordre public. En l'espèce, on peut aisément considérer que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est d'ordre public et s'applique aux contrats en cours, quand bien même le législateur ne l'a pas expressément indiqué. En effet, si l'action en responsabilité est attribuée aux parties au contrat, une forme d'action en cessation est conférée au ministre en charge de l'Économie ce qui confère un caractère d'ordre public au texte.

En outre, un auteur se demandait si les clauses entre professionnels doivent s'apprécier comme celles conclues avec un consommateur ou bien s'il fallait, en plus du déséquilibre significatif, constater une dépendance ? ⁷⁴³ On pouvait encore ajouter la question de l'appréciation du déséquilibre : s'agit-il d'un déséquilibre économique et ce dernier doit-il s'apprécier au regard de l'ensemble du contrat ? Le Conseil constitutionnel saisi sur une question prioritaire de constitutionnalité a commencé à apporter des réponses.

196 *Affirmation par le Conseil constitutionnel de l'identité de régime avec celui applicable aux consommateurs* ◇ Dans une affaire *Darty*, une question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée ⁷⁴⁴. Il était demandé au juge constitutionnel de déterminer si la disposition de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui interdit les clauses abusives entre professionnels et pour lesquelles le ministre en charge de l'Économie peut mener une action en suppression et en

condamnation par une amende civile est conforme à l'article 8 de la Constitution et au principe de légalité des délits et des peines en ce qu'elle instaure une sanction sans que le texte ne soit suffisamment précis. Il a été répondu par le Conseil constitutionnel ⁷⁴⁵ que « le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du Code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire » ⁷⁴⁶. Le texte sur les clauses abusives est donc conforme à la constitution. Les motifs de cette conformité sont intéressants au plus haut point car ils fournissent mode de raisonnement quand il est nécessaire d'analyser une clause insérée dans un contrat entre professionnels. Il convient de raisonner, selon le Conseil constitutionnel par analogie avec le droit existant pour les consommateurs et la jurisprudence illustrant l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Les clauses entre professionnels ne doivent pas créer de déséquilibre significatif ; ce dernier s'appréciant sur l'ensemble du contrat. Une clause dure intrinsèquement (par ex., une clause limitative de responsabilité) peut se justifier si elle connaît une contrepartie par ailleurs, par exemple sur le prix payé. Les juges du fond ont développé ces analyses.

197 *Contrat d'adhésion et déséquilibre apprécié sur l'ensemble du contrat selon les juges du fond* ◇ Un premier jugement de tribunal de commerce rendu sur saisine du ministre de l'Économie avait commencé à apporter quelques précisions. Le tribunal de commerce de Lille ⁷⁴⁷ avait été saisi à propos des nouvelles conditions imposées par Castorama à ses fournisseurs en 2009 ; ce distributeur « a modifié les modalités de paiements des acomptes de remises différées en imposant des acomptes mensuels payables en fin de mois (...) cette pratique a été généralisée à la grande majorité de ses fournisseurs, qu'elle traduit une stratégie délibérée visant à améliorer sa propre trésorerie et à reprendre une partie des améliorations obtenues par les fournisseurs avec la LME » ⁷⁴⁸.

Pour considérer que ces conditions contractuelles violent

l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce à décidé à propos des « pratiques » de Castorama « qu'elles ne sont pas réciproques ; qu'elles sont sans contreparties et nettement défavorables aux fournisseurs ; que leur ampleur est caractérisée ; qu'elles s'appuient sur un rapport de dépendance lié à la puissance d'achat du distributeur ; qu'elles sont abusives ; que le déséquilibre ainsi provoqué en défaveur des fournisseurs est significatif ».

Les juges du fond ont donc apprécié le contrat dans son ensemble pour déterminer s'il existait une contrepartie à la clause et ont tenu compte de l'effet des pratiques sur la dépendance des fournisseurs par rapport au distributeur ⁷⁴⁹.

Le tribunal de commerce de Lille a ensuite connu d'une deuxième affaire à propos de clauses déferées par le ministre à son contrôle ⁷⁵⁰. Il a déclaré abusive la clause qui permettait de faire varier les prix en fonction du cours des matières premières quasiment au seul profit du distributeur ; de même que celle qui autorisait à imposer des pénalités pour non-respect de « services dus » par les fournisseurs ⁷⁵¹. Le tribunal a choisi de se référer aux travaux de la commission d'examen des pratiques commerciales pour motiver son jugement et a condamné le distributeur à une amende civile d'un million d'euros ⁷⁵².

De la même façon le tribunal de commerce de Bobigny qui avait transmis la question prioritaire de constitutionnalité ayant donné lieu à la décision validant le texte, a ensuite jugé l'affaire *Darty* au fond ⁷⁵³. Il a été relevé par les juges consulaires que le distributeur n'avait pas laissé de choix aux fournisseurs sur le contenu des clauses et que ces dernières devaient s'apprécier selon l'économie générale du contrat pour déterminer si elles créaient un déséquilibre au détriment de l'une des parties professionnelles.

198 ***Conclusion sur les clauses abusives*** ◇ Quel que soit le client visé par le professionnel offrant ses produits ou ses services par Internet, il ne doit pas unilatéralement imposer des conditions qui sont déséquilibrées, sans contrepartie. Cet unilatéralisme est condamné par la jurisprudence du droit de la consommation fondée sur l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Il l'est tout autant dans celle qui va se construire sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. La référence à la commission d'examen des pratiques commerciales qui a pu être faite dans la jurisprudence naissante des juges du fond ne change

rien. Bien que la relation commerciale se noue entre professionnels l'unilatéralisme et l'absence de contrepartie constitue et constituera le critère du déséquilibre. Nous estimons, en outre, que ce texte qui instaure une « responsabilité » de l'auteur de la clause ne se limite pas à une action en cessation diligentée par le ministre. Cette action est à la disposition de chaque contractant professionnel pour faire déclarer inopposable des clauses qui ont été stipulées dans son contrat ; à ce stade de la jurisprudence il ne nous semble pas nécessaire de distinguer à cet égard entre un contrat type et un contrat entièrement négocié ; la loi ne distingue pas. Il sera en revanche nécessaire d'évaluer la portée de la clause grâce à l'examen de l'ensemble du contrat pour vérifier l'existence ou l'absence de contrepartie pour ce qui apparaît *prima facie* comme un déséquilibre. Les rédacteurs de contrat devront veiller notamment à ce que les clauses de responsabilité et les clauses pénales asymétriques trouvent bien une contrepartie par un avantage (le prix ?) conféré à la partie lésée ailleurs dans le contrat. Le préambule peut particulièrement aider à montrer que l'ensemble du contrat est équilibré, quand bien même certaines clauses prises isolément apparaissent comme créant un déséquilibre. La même démarche de vérification et de prudence s'impose aux professionnels dans leurs méthodes de commercialisation sur Internet afin qu'ils ne tombent sous le coup des pratiques commerciales trompeuses.

CHAPITRE 2

L'ENCADREMENT DES PRATIQUES COMMERCIALES

Section 1. L'AUTORISATION DES VENTES LIÉES ET DES VENTES AVEC PRIMES

Section 2. PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

§ 1. **Éléments constitutifs des pratiques commerciales déloyales**

- A. Une définition générale de la pratique commerciale déloyale
- B. Les pratiques commerciales trompeuses

§ 2. **Les pratiques agressives**

Section 3. LA COMPARAISON DES PRIX DES PRODUITS ET DES SERVICES FACILITÉE PAR INTERNET

§ 1. **Faux comparateur de prix**

§ 2. **La publicité comparative facilitée par les technologies mises en œuvre par Internet**

199 *Pratiques commerciales et publicité comparative sous l'influence du droit européen* ◇ Après les clauses abusives ⁷⁵⁴ qui se sont étendues des consommateurs aux relations entre professionnels, le droit du marché trouve encore à s'illustrer par la question des pratiques commerciales. Ces dernières, aux termes de la directive du 11 mai 2005 ⁷⁵⁵ relative aux pratiques commerciales déloyales ne doivent être ni trompeuses, ni agressives. L'attitude des professionnels à l'égard des consommateurs et les relations entre commerçants étaient jusqu'à l'adoption de cette directive régies par les dispositions sur la publicité trompeuse et la jurisprudence sur la concurrence déloyale. En effet, la lutte contre les tromperies a, d'abord, été organisée par des dispositions nationales conçues pour protéger les consommateurs contre les

éventuelles manipulations sur les produits et les possibles mensonges des annonceurs publicitaires. Cette lutte s'est transformée en modalité de régulation du marché par des normes européennes afin de le rendre plus fluide ⁷⁵⁶. Les professionnels doivent avoir de bonnes pratiques non seulement afin de ne pas causer de dommages aux consommateurs, mais encore pour ne pas fausser la concurrence. Ces impératifs trouvent particulièrement à s'appliquer à Internet, lieu de commerce où la rapidité des échanges et des communications peut favoriser les campagnes trompeuses ou des modalités d'offre déloyales. Par ailleurs, Internet permet de croiser rapidement des données et d'en stocker un grand nombre. Les sites comparateurs se sont développés et la publicité comparative peut prendre un essor inconnu jusqu'à présent en France, grâce aux nombreuses références qui peuvent être stockées à moindre coût grâce aux technologies développées pour Internet.

Nous évoquerons d'abord l'évolution des pratiques commerciales avec l'autorisation des ventes liées et des ventes avec primes par le droit européen (Section 1), puis la nouvelle appréhension des pratiques commerciales déloyales (Section 2). Nous pourrions alors nous concentrer sur la question de la comparaison des prix des produits et des services qui est facilitée par l'existence d'Internet (Section 3).

SECTION 1. L'AUTORISATION DES VENTES LIÉES ET DES VENTES AVEC PRIMES

200 *De la prohibition à l'autorisation nuancée des ventes liées* ◇ L'article L. 122-1 du Code de la consommation prohibait la vente liée en disposant qu'« il est interdit (...) de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit ». Or par application de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que ce type de vente ne constitue pas une pratique déloyale ⁷⁵⁷. La Cour de cassation s'est rangée à cette opinion à propos des retransmissions de matchs de football exclusivement réservée aux clients d'un opérateur téléphonique ⁷⁵⁸.

Le texte du Code de la consommation a ensuite été modifié ⁷⁵⁹ pour

préciser que la vente liée est interdite si elle constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 du même code. De manière plus positive, la vente liée est autorisée dès lors qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale ; c'est-à-dire « contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service » ⁷⁶⁰. La vente d'ordinateurs avec logiciels pré-installés a, notamment, fourni la matière à l'évolution jurisprudentielle sur la question.

201 *La vente d'ordinateurs avec logiciels pré-installés* ◇ Certaines sociétés de vente d'ordinateurs offrent leur matériel avec des logiciels pré-installés. Il a été soutenu que le fait pour le consommateur de ne pas pouvoir dissocier l'ordinateur du logiciel et l'absence d'indication du coût du logiciel (plus exactement de la licence de logiciel) constituait une vente liée. La cour d'appel de Versailles avait effectivement décidé que cette pratique constituait une vente liée prohibée ⁷⁶¹. Comme nous l'avons déjà évoqué ⁷⁶², la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que la prohibition de ventes liées est contraire à la directive sur les pratiques commerciales déloyales ⁷⁶³. La Cour de cassation a d'abord considéré que l'article L. 122-1 du Code de la consommation qui prohibait les ventes liées devait s'interpréter à la lumière de la directive du 11 mai 2005 ⁷⁶⁴.

Ensuite, saisie du pourvoi sur l'arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles, la Haute juridiction a plus nettement affirmé que la prohibition par la loi française, antérieure à la modification intervenue en 2011, des ventes liées devait se lire à la lumière de la directive et qu'il fallait donc déterminer si cette pratique était de nature à altérer « de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle atteint » ⁷⁶⁵. Une cour d'appel pourrait donc décider que la vente d'un ordinateur avec un logiciel pré-installé constitue une pratique déloyale, à la condition qu'elle établisse que ce type de vente altère le comportement du consommateur.

Mieux encore la Cour de cassation a précisé que le caractère déloyal de la pratique devait s'apprécier au regard d'un consommateur moyen et qu'il ne devait pas être tenu compte du fait qu'en l'espèce le requérant était gérant d'une société informatique ⁷⁶⁶.

202 *L'encadrement des ventes avec primes* ◇ La « vente avec primes », consiste en une offre de vente ou de services assortie d'un bien ou d'un service autre que celui offert. En droit européen, cette pratique ne figure pas dans la liste noire des pratiques interdites établie par la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 et la vente avec prime est licite aux termes de la jurisprudence de la Cour de justice ⁷⁶⁷.

L'article L. 121-35 alinéa 1^{er} du Code de la consommation qui prohibait la vente avec primes a été modifié par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, pour l'admettre par une formulation négative assez complexe. Prohibée en France, avant cette réforme de 2011, elle est devenue licite dès lors qu'elle ne revêt pas un caractère déloyal.

SECTION 2. PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

203 *De la tromperie aux pratiques commerciales déloyales* ◇ La protection contre les tromperies avait commencé à se mettre en place avec les dispositions pénales sur l'escroquerie et celles sur les fraudes de la loi du 1^{er} août 1905 ⁷⁶⁸. Beaucoup plus tard, il avait été adopté une loi du 2 juillet 1963 condamnant pénalement la publicité mensongère ⁷⁶⁹. Peu efficace, elle fut remplacée par l'article 44, de la loi du 27 décembre 1973, dite « Loi Royer » qui sanctionnait plus largement la publicité trompeuse ⁷⁷⁰. Dans l'espace européen, une première directive communautaire, qui constituait un minimum de protection des consommateurs, a d'abord été adoptée en 1984 ⁷⁷¹. Le droit interne n'a pas été modifié par cette directive qui n'était pas plus protectrice ; l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973 a été intégré dans le Code de la consommation aux articles L. 121-1 à L. 121-7.

En revanche, la directive du 11 mai 2005 ⁷⁷² relative aux pratiques commerciales déloyales a nécessité une transposition et une réforme du droit français en ce qu'elle instaure des règles qui visent à réprimer « l'escroquerie des consommateurs » afin d'éviter les distorsions de concurrence ⁷⁷³. Cette directive a fait l'objet d'une transposition par une loi du 3 janvier 2008 qui a modifié profondément les dispositions sur la publicité trompeuse en la faisant accéder au statut de règles plus générales sur les pratiques commerciales trompeuses ⁷⁷⁴. Une loi du 4 août 2008 est venue poursuivre cette transposition en ajoutant et modifiant quelques points ⁷⁷⁵. La directive étant d'harmonisation

maximum et la Commission ayant mis en demeure la France, le 25 juin 2009, de mettre son droit en conformité avec ce texte, il a été nécessaire pour le législateur français d'intervenir de nouveau par une loi du 17 mai 2011 afin de modifier les dispositions françaises ⁷⁷⁶. Nous relaterons d'abord les éléments constitutifs des pratiques commerciales déloyales (§ 1), pour ensuite observer les agressives (§ 2).

§ 1. Éléments constitutifs des pratiques commerciales déloyales

- 204** *Pratiques commerciales déloyales : les trompeuses ou les agressives* ◇ Avec l'entrée en application de la directive 2005/29 du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales ⁷⁷⁷, quand bien même l'action en concurrence déloyale entre professionnels subsiste, la question à la fois de la protection des consommateurs contre les pratiques trompeuses et des actions entre professionnels est renouvelée par le caractère d'harmonisation maximum du texte européen. Ce dernier définit en son article 5 la pratique déloyale comme celle qui est « contraire aux exigences de la diligence professionnelle » et qui « altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ». Il est ensuite distingué dans cette directive entre les pratiques trompeuses (art. 6 et 7) et agressives (art. 8 et 9). Les dispositions transposées dans le Code de la consommation suivent ce cheminement ; une définition générale de la pratique commerciale déloyale (A) ; puis des dispositions spécifiques aux pratiques trompeuses (B).

A. Une définition générale de la pratique commerciale déloyale

- 205** *Notion de pratique commerciale* ◇ L'article L. 120-1 alinéa 1^{er} du Code de la consommation dispose que « les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et

raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service. » Pour que le texte s'applique, il est donc nécessaire qu'il y ait activité commerciale. Cette dernière ne se manifeste pas exclusivement sous forme de publicité ; toute méthode de commercialisation est soumise à l'exigence de loyauté.

Il faut ensuite caractériser le caractère déloyal de la pratique pour obtenir une condamnation. À cette fin, il est nécessaire de démontrer que la pratique est à la fois contraire aux exigences déontologiques de la profession exercée ⁷⁷⁸ et de nature à influencer sur le consommateur moyen, c'est-à-dire normalement informé et attentif. L'alinéa de 2 de ce texte ajoute que, quand cette pratique commerciale vise une catégorie de consommateurs particulièrement vulnérable, à raison de leur âge notamment, c'est la capacité moyenne de discernement du groupe qui doit être appréciée.

Dans cette approche *behavioriste* des comportements contractuels, empruntée à l'analyse économique du droit, il faut comprendre que c'est l'enfant moyen ou la personne du 4^e âge « très moyenne » qu'il faudrait envisager. Cette terminologie est extrêmement regrettable car elle rappelle le droit des incapacités ⁷⁷⁹ ; or les contractants ne sont pas, par essence même, des incapables bien qu'ils subissent une asymétrie dans l'information. C'est ainsi que dans une affaire de logiciels pré-installés, il a été jugé que le caractère déloyal d'une pratique s'apprécie à l'égard du consommateur moyen et non des qualités de l'auteur de la demande ⁷⁸⁰.

Afin d'échapper à l'approche psychologique de la définition générale de la pratique commerciale déloyale, le plus simple est de se référer aux cas particuliers de pratiques commerciales trompeuses et de pratiques agressives. En effet, l'interdiction générale des pratiques commerciales déloyales n'a vocation à s'appliquer qu'aux situations qui échapperaient aux listes spéciales des articles L. 121-1-1 (pratiques commerciales trompeuses) et L. 122-11-1 (pratiques commerciales agressives) du Code de la consommation. Ces dispositions générales ont été adoptées pour appréhender toute pratique commerciale déloyale et non pour servir seulement de support aux listes de pratiques trompeuses ou de pratiques agressives ⁷⁸¹. Aussi, le demandeur à une action en pratique commerciale déloyale et le juge saisi n'auront recours aux qualifications générales de l'article L. 121-1 du Code de la consommation qu'en l'absence d'une qualification plus précise qui entrerait dans une des listes ⁷⁸².

206 *L'action en concurrence déloyale fondée sur la pratique déloyale* ◇ L'adoption des nouveaux textes sur les pratiques commerciales déloyales, en transposition de la directive de 2005, modifie les modalités de l'action en concurrence déloyale entre professionnels. Désormais, un professionnel peut intenter une action en concurrence déloyale contre un autre en se fondant à la fois sur l'article 1382 du Code civil, fondement traditionnel de l'action en concurrence déloyale, et les dispositions du Code de la consommation relatives aux pratiques commerciales déloyales. Comme cela avait déjà été jugé pour la publicité trompeuse ⁷⁸³, une pratique commerciale déloyale dirigée vers des consommateurs est nécessairement constitutive d'un acte de concurrence déloyale entre commerçants ou professionnels. En effet, l'une des sources de pratiques commerciales déloyales se trouve dans la pratique commerciale trompeuse.

B. Les pratiques commerciales trompeuses

207 *Prohibition de certaines pratiques* ◇ L'article L. 121-1 du Code de la consommation constituait le fondement juridique de l'interdiction de la publicité trompeuse. Il prohibe dorénavant, par transposition de la directive du 11 mai 2005 ⁷⁸⁴, les pratiques commerciales trompeuses. Il s'agit tout d'abord, par le I de l'article L. 121-1, d'interdire la pratique trompeuse par confusion avec un nom commercial, par exemple, ou une enseigne ⁷⁸⁵. Sont également prohibées, toujours dans le I de l'article L. 121-1, les pratiques trompeuses par allégations ; le texte est alors plus précis. La pratique est trompeuse « lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur » et porte sur un élément substantiel dont le texte établit une liste dans laquelle figurent notamment : l'existence ou la disponibilité du bien ou du service, ses caractéristiques essentielles, le prix, le service après vente, l'identité ou les qualités du professionnel ⁷⁸⁶. Elle l'est encore lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable ⁷⁸⁷. Ensuite, dans le II de l'article L. 121-1, ont été considérées comme trompeuses par le législateur, toutes les pratiques qui visent à dissimuler une information essentielle telle que les caractéristiques principales du bien ou du service, l'adresse ou l'identité du professionnel, le prix ou les frais, l'existence d'un droit de rétractation ⁷⁸⁸.

L'article L. 121-1, I du Code de la consommation s'applique aux pratiques qui visent les professionnels. Aussi, quand bien même le site Internet serait-il destiné à une clientèle de professionnels, toutes les dispositions sur les tromperies par confusion, allégations ou présentations fausses trouveront-elles à s'appliquer.

208 *Liste de pratiques réputées trompeuses en toutes circonstances* ◇ En annexe de la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales ⁷⁸⁹, figure une liste de pratiques trompeuses qui sont réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste est reprise à l'article L. 121-1-1 du Code de la consommation qui précise que cette liste s'applique également aux pratiques qui visent les professionnels. Sur les vingt-deux occurrences que comporte cette liste, on en relèvera quelques-unes. Les toutes premières visées sont celles qui consistent pour un professionnel à se revendiquer d'un code de conduite, d'un certificat, d'un label ou d'un agrément sans aucun droit ni titre à le faire ⁷⁹⁰. On peut ensuite signaler des exemples classiques de tromperies qui consistent à proposer un produit ou un service à certains prix pour ensuite refuser de le fournir et offrir un produit ou un service différent ⁷⁹¹, ou encore, prétendre que le produit ou le service ne sont disponibles que dans une quantité ou une durée limitée ⁷⁹². Est trompeuse la pratique qui consiste à laisser croire à un reportage ou à une information objective publiée dans un média, quand le professionnel a en réalité financé lui-même ce reportage ⁷⁹³. Sont également trompeuses les pratiques visant à créer une confusion avec le produit ou le service d'un concurrent ⁷⁹⁴, à laisser croire que le produit peut guérir une maladie ⁷⁹⁵ ou encore qu'il est gratuit tout en prévoyant un coût supérieur à la simple mise à disposition ⁷⁹⁶.

209 *Lutte contre les pratiques trompeuses* ◇ Les agents de la concurrence et de la répression des fraudes, notamment, peuvent dresser un procès-verbal de constat d'une telle pratique qui est ensuite transmis au procureur de la République afin d'initier les poursuites ⁷⁹⁷. En cours d'instruction, il peut être enjoint la cessation de ces pratiques ⁷⁹⁸.

La sanction pénale est de 37 500 euros d'amende ou un an d'emprisonnement ⁷⁹⁹ ou bien encore de la condamnation au paiement de 50 % des dépenses de publicité ⁸⁰⁰. Les personnes morales peuvent être tenues pour pénalement responsables ⁸⁰¹. La sanction peut faire l'objet de

publication⁸⁰² ; on peut songer notamment à l'obtenir sur le site même du professionnel.

Enfin, une précision habituelle du droit pénal international consiste à indiquer que « le délit est constitué dès lors que la pratique commerciale est mise en œuvre ou qu'elle produit ses effets en France »⁸⁰³. Un professionnel établi en dehors du territoire national mais qui dirige ses activités vers des clients français pourrait donc être poursuivi. En outre, un autre professionnel pourrait agir en concurrence déloyale contre son concurrent qui met en œuvre une pratique commerciale trompeuse.

210 ***Pratiques trompeuses par Internet*** ◇ Il avait été jugé avant la réforme, que le fait de mentir sur les délais de livraison sur un site qui prétendait livrer les produits avant Noël constituait une publicité trompeuse⁸⁰⁴. De la même façon que baptiser un site avec le nom de domaine <le comptoir du pharmacien> sans être inscrit à l'ordre est trompeur⁸⁰⁵. Les informations fausses sont le plus souvent constitutives de pratiques trompeuses. Il en est ainsi pour le fait de donner des informations fausses sur les caractéristiques d'un nouvel abonnement téléphonique⁸⁰⁶. En matière de prestation touristique, le voyageur qui diffuse ses offres par Internet ne doit pas mentir sur la nature des prestations⁸⁰⁷ de même que l'organisatrice de week-ends de célibataires⁸⁰⁸.

§ 2. Les pratiques agressives

211 ***Définition*** ◇ À l'article L. 120-1 du Code de la consommation et par transposition de la directive du 11 mai 2005⁸⁰⁹, le législateur a donné une définition générale des pratiques commerciales déloyales⁸¹⁰, puis a condamné les pratiques trompeuses et les pratiques agressives. Une pratique commerciale est agressive, aux termes de l'article L. 122-11, I du Code de la consommation :

« Lorsque du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale, et compte tenu des circonstances qui l'entourent :

1° Elle altère ou est de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur ;

2° Elle vicie ou est de nature à vicier le consentement d'un consommateur ;

3° Elle entrave l'exercice des droits contractuels d'un consommateur. ».

Il importe donc que la pratique qui consiste en une insistance anormale ait des conséquences sur le consommateur : soit sur sa liberté de choix, soit sur son consentement, soit sur la vie du contrat qu'il a conclu. En effet, les conséquences possibles de la pratique constituent des critères alternatifs et non-cumulatifs de l'existence d'une pratique agressive ⁸¹¹.

En outre, il est précisé à l'article L. 122-11, II que pour « déterminer si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée », sont pris en considération des éléments comme le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, le recours à la menace physique ou verbale, l'exploitation du malheur du consommateur, toute menace telle que celle de mettre fin au contrat ou d'action légalement impossible ⁸¹².

212 *Liste* ◇ Par transposition de l'annexe I de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales ⁸¹³, il est prévu à l'article L. 122-11-1 du Code de la consommation, une liste de sept pratiques réputées agressives. On relèvera parmi celles-ci, le fait de harceler le consommateur à son domicile ⁸¹⁴ ou par un moyen de communication ⁸¹⁵, ou encore de laisser croire au gain illusoire d'un prix ⁸¹⁶. Est agressive encore, la pratique pour un assureur qui consiste à « obliger un consommateur qui souhaite demander une indemnité au titre d'une police d'assurance à produire des documents qui ne peuvent raisonnablement être considérés comme pertinents pour établir la validité de la demande ou s'abstenir systématiquement de répondre à des correspondances pertinentes, dans le but de dissuader ce consommateur d'exercer ses droits contractuels » ⁸¹⁷.

213 *Sanction* ◇ La mise en œuvre d'une pratique agressive « est punie d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 150 000 euros au plus » ⁸¹⁸. Les personnes physiques peuvent se voir frapper d'une interdiction d'exercice de cinq ans ⁸¹⁹ et les personnes morales sont passibles des peines de l'article 131-39 du Code pénal, c'est-à-dire, notamment, la dissolution ou l'interdiction d'exercice pour une durée de cinq ans ⁸²⁰. Le contrat qui serait conclu est nul ⁸²¹.

Par ailleurs, un concurrent qui souffrirait de ces pratiques agressives pourrait agir en concurrence déloyale contre l'auteur de ces pratiques ⁸²².

SECTION 3. LA COMPARAISON DES PRIX DES PRODUITS ET DES SERVICES FACILITÉE PAR INTERNET

- 214 ***Technologie au service de la comparaison*** ◇ La grande capacité de stockage des serveurs, la possibilité pour des robots de visiter des sites et de collecter des données, l'existence de logiciels de base de données et la technique des liens hypertextes permettent de mettre en œuvre des comparaisons de prix et de services sur Internet. Toutefois, la tentation est grande pour les comparateurs de rendre leur activité payante et de constituer des bases de référencement et non de comparaison objective. Ces mêmes techniques permettent, par ailleurs, à des acteurs qui veulent développer la publicité comparative par niveau de prix de mener à bien leur projet. Nous évoquerons successivement la pratique des faux comparateurs qui ont trompé les consommateurs en se présentant comme des comparateurs objectifs (§ 1), puis la publicité comparative, qui, elle, est facilitée par les technologies mises en œuvre par Internet (§ 2).

§ 1. Faux comparateur de prix

- 215 ***Évolution de la jurisprudence pour condamner per se la pratique des faux comparateurs*** ◇ La Cour de cassation, en sa chambre commerciale, a pris position sur la question des sites comparateurs de prix qui fonctionnent en réalité comme des intermédiaires ou des régies publicitaires en référençant des commerçants contre une rémunération versée par eux ⁸²³. Les internautes sont trompés car ils pensent pouvoir se fier à une comparaison objective et ne choisissent en réalité que parmi les commerçants qui ont accepté de payer pour leur référencement.

Dans un premier arrêt du 29 novembre 2011 relatif au site Kelkoo ⁸²⁴, la Cour de cassation avait censuré la cour d'appel qui avait condamné ce dernier à s'identifier comme site publicitaire, à mettre à jour ses prix en temps réel, en indiquant les frais exposés par les clients. Les juges du fond avaient estimé qu'en omettant de se présenter comme site publicitaire et de donner ces informations, la société qui exploite le site se rendait coupable de pratiques commerciales trompeuses aux termes

de l'article L. 121-1 du Code de la consommation ce qui constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 du même code. La Cour de cassation avait censuré cette décision en estimant que les juges du fond devaient « vérifier si ces omissions étaient susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur ». Un auteur s'interrogeait sur l'efficacité de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales, s'il faut, au cas par cas, examiner l'impact de la pratique sur les consommateurs dès lors qu'elle ne figure pas dans la liste des pratiques trompeuses interdites à l'article L. 121-1-1 du Code de la consommation ⁸²⁵. Il est vrai aussi que cette décision de 2011 confortait l'idée que la définition générale de la pratique commerciale déloyale de l'article L. 120-1 du Code de la consommation permet d'en condamner une quand bien même elle n'entre pas dans une liste ou même la catégorie des trompeuses ou des agressives ⁸²⁶.

Pressentant que la recherche demandée aux juges du fond dans l'arrêt de 2011 était sans doute injustifiée ; dans un arrêt du 4 décembre 2012, la même chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé que le fait pour une société de se présenter comme un comparateur de prix en hiérarchisant les résultats sans expliquer qu'il s'agissait d'un site de référencement payant pour les commerçants qui veulent être bien classés, est constitutif d'une pratique commerciale déloyale et trompeuse ⁸²⁷.

À l'inverse de l'arrêt de 2011 dans la décision de 2012, la Cour de cassation estime que les juges du fond ont parfaitement appliqué les articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de la consommation car « l'absence d'identification claire du référencement prioritaire est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur qui est orienté d'abord vers les produits et offres des e-marchands “payants” et ne dispose pas ainsi de critères objectifs de choix ». La Haute juridiction a précisé que la cour d'appel « a pu déduire, sans avoir à faire d'autre recherche, l'existence d'une pratique commerciale déloyale et trompeuse ».

L'intervention du législateur vient conforter cette dernière jurisprudence en imposant plus de transparence aux prestataires se présentant comme des comparateurs. En effet, l'article 147 de la loi « Hamon » du 17 mars 2014 ⁸²⁸ crée un article L. 111-5 dans le Code de la consommation qui dispose « Toute personne dont l'activité consiste en la fourniture d'informations en ligne permettant la comparaison des prix

et des caractéristiques de biens et de services proposés par des professionnels est tenue d'apporter une information loyale, claire et transparente y compris sur ce qui relève de la publicité au sens de l'article 20 de la même loi, dont les modalités et le contenu sont fixés par décret ».

On ajoutera qu'un faux comparateur met en place en réalité une publicité comparative qui ne respecte pas les règles applicables à ce type de communication commerciale et à ce titre est également trompeuse.

§ 2. La publicité comparative facilitée par les technologies mises en œuvre par Internet

216 *Notion de publicité comparative* ◇ La publicité comparative sur Internet doit obéir aux règles posées à l'article L. 121-8 du Code de la consommation qui dispose qu'une publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant un concurrent n'est pas trompeuse si elle « porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif » et si elle « compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie ». Cette définition négative de la publicité comparative correspond bien à la suspicion dont fait l'objet cette pratique, peu répandue en France. Il faut remplir certaines conditions pour être certain que l'auteur du message ne tente pas de tirer profit de la notoriété de son concurrent ou de le dénigrer. En revanche, le droit européen est favorable à ce type de publicité qui est supposé stimuler la concurrence.

217 *Évolution des règles applicables* ◇ Les règles pour encadrer la publicité comparative ne sont apparues en France qu'à la faveur de la loi du 18 janvier 1992 ⁸²⁹. Ce texte était extrêmement restrictif et n'avait pas permis un véritable développement de ce mode de publicité. Une directive de 1984 ⁸³⁰ modifiée en 1997 ⁸³¹ et 2005 ⁸³² relative à la publicité trompeuse et comparative a déterminé le contenu de la matière ; ces dispositions communautaires ont été codifiées par une directive du 12 décembre 2006 qui ne les modifie pas, mais opère une remise en ordre. Comme nous l'avons indiqué en préambule, en droit français l'article L. 121-8 du Code de la consommation, précise les conditions de

la mise en œuvre d'une publicité comparative ⁸³³ et l'article L. 121-9 mentionne les cas dans lesquels une telle publicité est interdite. C'est ainsi que la publicité doit être véridique, c'est-à-dire « ne doit pas être trompeuse ou ne doit pas induire en erreur » ⁸³⁴ ; elle doit porter « sur des biens ou des services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif » ⁸³⁵ ; « elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services » ⁸³⁶. Parmi les conditions négatives énoncées à l'article L. 121-9 du même code, on relèvera notamment qu'elle ne doit pas conduire au dénigrement des marques, produits ou services du concurrent ⁸³⁷ et ne doit pas susciter de confusion dans l'esprit des consommateurs ⁸³⁸. Cela signifie que l'auteur de la publicité doit vanter les mérites de ses produits et services sans déprécier ceux de son concurrent et ne doit pas tenter de profiter de la notoriété de son concurrent ⁸³⁹.

218 *Application à Internet* ◇ Le site Rue du commerce, à ses débuts, a été considéré comme pratiquant valablement de la publicité comparative à l'égard de Darty et la Fnac, car les prix des produits avaient été comparés avec ceux figurant sur le site Internet de ces deux enseignes ⁸⁴⁰.

Si la publicité comparative par Internet doit bien répondre aux mêmes exigences que celle pratiquée sur tout autre support, l'intérêt de cet outil est de rendre possible un mode complexe de publicité comparative celui de la comparaison par niveau de prix ou par courbe de prix.

219 *Publicité comparative des prix et des niveaux de prix* ◇ Pour la publicité fondée sur la comparaison des prix, il faut distinguer la comparaison de produits ou services pris isolément et la comparaison de niveaux généraux de prix entre enseignes commerciales. Si la première situation permet plus facilement de respecter les conditions de licéité de la publicité comparative, il est cependant intéressant pour les consommateurs de pouvoir disposer des informations sur un niveau général de prix par enseigne. C'est ainsi, que des sites Internet de comparaison de prix ont été mis en place ou que, comme dans des affaires *Leclerc* ⁸⁴¹, une des enseignes tente de se distinguer des autres en communiquant sur son plus faible niveau de prix.

220 *Conditions de la loyauté des publicités comparatives par*

niveau de prix dans la jurisprudence de la Cour de justice ◇ La Cour de justice des Communautés européennes, favorable à la publicité comparative, avait précisé différents points à la faveur de saisines sur question préjudicielle. C'est ainsi que dans l'arrêt *Pippig Augenoptik GmbH & Co.*⁸⁴², la Cour de justice a décidé qu'il appartient au juge « de vérifier si, dans des circonstances particulières, caractérisées par l'importance de la marque dans le choix de l'acheteur et par l'importante différence, en termes de notoriété, entre les marques respectives des produits comparés, l'omission de la marque la plus renommée est susceptible de s'avérer trompeuse ». En outre, dans le même arrêt, il a été précisé que le nombre de comparaison avec le concurrent et le fait que « l'écart de prix entre les produits comparés est supérieur à l'écart de prix moyen » ne sont pas de nature à jeter le discrédit sur ce dernier, c'est-à-dire constituer un dénigrement. Enfin, toujours dans le même arrêt, il était affirmé par la Cour que les dispositions de la directive doivent être interprétées dans le sens le plus favorable à la publicité comparative, cette dernière étant supposée fournir des informations aux consommateurs et favoriser la concurrence.

Dans un arrêt postérieur, *Lidl Belgium GmbH & Co KG*⁸⁴³, la Cour précise encore que la comparaison peut porter sur des assortiments de produits comparables ou des paires de produits. Afin de favoriser les comparaisons par niveau de prix, il est également indiqué qu'il n'est pas nécessaire dans la publicité de préciser le contenu de l'échantillon, il suffit que le consommateur soit informé sur la manière dont il peut trouver le détail de cet échantillon. En revanche, l'annonceur ne doit pas simplement se référer à un niveau général d'économies pour se prétendre le moins cher ; il doit préciser quels concurrents ont fait l'objet de la comparaison et pour quel échantillon.

221 ***Conditions de la loyauté des publicités comparatives par niveau de prix dans la jurisprudence de la Cour de cassation*** ◇ La Cour de cassation a également dû se prononcer sur la question d'une comparaison de prix entre un supermarché Lidl et un supermarché Leclerc⁸⁴⁴ ; ce dernier étant à l'initiative de la communication commerciale. La comparaison portait sur un certain nombre de produits génériques de consommation courante. La Cour de cassation a repris l'argumentation de la cour d'appel qui avait déclaré la publicité illicite car n'obéissant pas aux exigences de la publicité

comparative et partant trompeuse. Tout d'abord, il avait été relevé que les produits n'étaient pas comparables car l'échantillon choisi ne permettait pas d'identifier le fabricant de chaque produit. En outre, et c'est certainement le manquement le plus grave, la Cour a relevé que la méthodologie employée n'était pas objective car Leclerc avait d'abord choisi les produits pour lesquels il se savait compétitif et les a ensuite fait comparer avec ceux de Lidl. La position de la Cour de cassation s'était ainsi montrée plus restrictive que la Cour de justice car elle exigeait une identification précise de chaque produit constituant l'échantillon, là où la juridiction européenne se contente de produits semblables.

Cette approche restrictive et les exigences méthodologiques ont été parfaitement entendues par Leclerc qui a obtenu une décision favorable cette fois dans une affaire qui l'a opposée à l'enseigne Carrefour⁸⁴⁵. En effet, tout d'abord les enquêteurs choisis par Leclerc étaient indépendants, l'un d'entre eux étant même un prestataire de services de Carrefour. Ensuite, ce sont eux qui ont défini la méthode statistique reposant sur des quotas et qui ont réalisé intégralement l'enquête. Enfin, les erreurs relevées étaient minimales par rapport aux 383 magasins relevant de 8 enseignes différentes pour 670 000 relevés de prix. Carrefour a tenté de soulever la discordance entre les prix relevés et des tickets de caisse que cette société produisait, mais sans succès⁸⁴⁶.

Aussi le choix des produits constituant le panel ne semble plus poser de difficultés dès lors que le nombre de produits choisis est très important. Contrairement à l'affaire opposant Leclerc à Lidl⁸⁴⁷, dans le jugement du tribunal de commerce relatif à la demande de Carrefour il a été insisté sur la liberté de l'annonceur de « choisir les paramètres qui lui sont favorables dès lors qu'il ne s'est appuyé que sur des renseignements exacts et vérifiables »⁸⁴⁸.

222 *Importance d'Internet pour réaliser une publicité comparative par niveau de prix licite* ◇ En opérant une synthèse des exigences de la Cour de justice avec celles de la Cour de cassation éclairées par l'espèce Leclerc contre Carrefour⁸⁴⁹, il est possible de souligner qu'une publicité comparative par niveau de prix ou courbe de prix est possible, dès lors que les relevés de prix sont établis sur une courte période par des organismes indépendants de l'annonceur ; que la méthodologie a été élaborée par ces organismes indépendants de

l'annonceur en ayant recours à un très large panel. Il est en outre nécessaire que le consommateur puisse accéder à la liste des produits très nettement identifiés et la comparaison de leur prix produit par produit et enseigne par enseigne ; qu'il ait la possibilité de poser des questions sur la méthode. Enfin, le slogan publicitaire doit permettre au consommateur de comprendre que la comparaison repose sur la méthode des échantillons.

Cette série d'exigences n'autorise la publicité comparative de niveaux de prix qu'à un annonceur très puissant économiquement qui peut dépenser des sommes importantes pour l'enquête préalable. Mieux encore, il apparaît que cette publicité comparative par niveau de prix ou par courbe de prix n'est réalisable qu'avec l'appui d'Internet car il est nécessaire pour l'annonceur de dédier un site au recueil de l'échantillon afin que les consommateurs puissent le consulter et poser des questions.

CHAPITRE 3

LA DISTRIBUTION PAR INTERNET : UNE CONCURRENCE IMPARFAITE

Section 1. DISTRIBUTION SÉLECTIVE ET FRANCHISE

§ 1. **Distribution sélective et Internet**

- A. Les sources des règles de concurrence applicables au commerce électronique
- B. Distributeurs agréés et vente par Internet
- C. Distributeurs exclusivement Internet : les « pure players »

§ 2. **Franchise et Internet**

Section 2. LA DISTRIBUTION DE MÉDICAMENTS

Section 3. LA PUBLICITÉ PAR MOTEUR DE RECHERCHE

223

Autorité de la concurrence ◇ Le Conseil puis l'Autorité de la concurrence s'intéressent à la distribution par Internet depuis longue date⁸⁵⁰. En effet, il était évident que ce canal de distribution allait devenir un mode important de distribution des produits. Les questions sont multiples quand on croise le droit de la concurrence avec la distribution par Internet. La première consiste à déterminer dans quelle mesure la vente dans un réseau de distribution sélective ou de franchisés peut se combiner avec l'offre Internet (Section 1). Ensuite, il convient de s'intéresser à un produit particulier : le médicament ; produit dont la distribution a fait l'objet d'une directive et d'une de transposition non conforme (Section 2). Enfin, nous observerons les mesures que l'Autorité de la concurrence préconise en matière de publicité par moteur de recherche (Section 3).

SECTION 1. DISTRIBUTION SÉLECTIVE ET FRANCHISE

224 ***Modes de distribution*** ◇ Certains fabricants afin de donner une image « haut de gamme » à leurs produits choisissent leurs distributeurs. Ils leur imposent des formes de présentation, des quantités, voire définissent des secteurs de chalandise, en garantissant au distributeur choisi une absence de délivrance d'un autre agrément dans cette zone ⁸⁵¹. La question se pose alors de savoir si le distributeur agréé peut ensuite revendre les produits par Internet (§ 1). Un autre mode de distribution consiste à offrir à un commerçant un concept « clé en main » ; le produit à distribuer, son mode de présentation et d'offre, la communication commerciale étant organisée par le fournisseur ; on aura reconnu le contrat de franchise ; il convient d'observer les conditions de sa coexistence avec la distribution par Internet (§ 2).

§ 1. Distribution sélective et Internet

225 ***Présentation*** ◇ Pour appréhender cette question de la distribution sélective et d'Internet, il est tout d'abord nécessaire de présenter les sources du droit de la concurrence appliqué à la vente par Internet (A). Nous précisons ensuite le statut de deux types de distributeurs bien distincts. Il y a tout d'abord les distributeurs agréés qui veulent commercialiser les produits pour lesquels ils ont été choisis par le fournisseur également par Internet (B). Il existe ensuite de « nouveaux entrants » qui ne disposent pas de lieu de vente physique et qui commercialisent les produits par Internet, ils sont appelés « *pure player* » (C).

A. Les sources des règles de concurrence applicables au commerce électronique

226 ***Du droit dur et du droit mou*** ◇ Des décisions de condamnation, des règlements européens, mais aussi des lignes directrices et des engagements consentis par des acteurs économiques devant le Conseil de la concurrence constituent le *corpus* de normes applicables au commerce électronique (1). En outre, l'Autorité de la concurrence a adopté un avis général « relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique » ⁸⁵² (2).

1. Normes applicables au commerce électronique

227 *Évolution* ◇ Parmi les sources on trouve la jurisprudence assez naturellement, mais également plusieurs variantes de règles relevant de la « *soft law* » (droit plus ou moins mou ou dur, mais en matière de concurrence, à prendre au sérieux) ont été adoptées : avis de l'Autorité de la Concurrence ⁸⁵³, engagements ⁸⁵⁴, lignes directrices de la Commission européenne ⁸⁵⁵.

Tout d'abord en 2006, le Conseil de la Concurrence a accepté des engagements d'un fournisseur de montres de luxe ⁸⁵⁶, puis ceux de fabricants de matériel hi-fi ⁸⁵⁷. Immédiatement après, des engagements ont été pris par des distributeurs de produits parapharmaceutiques ⁸⁵⁸. Toutefois, un fournisseur de matériel hi-fi a résisté et a refusé de prendre un quelconque engagement pour permettre la vente par Internet ; attitude qui lui a valu une condamnation ultérieure par l'Autorité de la concurrence ⁸⁵⁹. Il a en été de même pour un fabricant de cosmétiques, qui a ainsi fourni la matière à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne ⁸⁶⁰ suivi d'une décision de la cour d'appel de Paris ⁸⁶¹. Nous exposerons le contenu de ces décisions et de ces normes dans les développements ci-dessous relatifs à la distribution sélective ⁸⁶². Au préalable, nous devons nous intéresser à l'avis de l'Autorité de la concurrence relatif au fonctionnement du commerce électronique ⁸⁶³ qui livre un instantané du droit de la concurrence applicable à ce secteur économique.

2. Avis de l'Autorité de la concurrence relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique

228 *Acteurs du marché – click & mortar/pure players* ◇ L'Autorité s'est auto-saisie du « fonctionnement concurrentiel du commerce électronique » ⁸⁶⁴ en centrant son analyse sur les produits « électrodomestiques », les parfums et cosmétiques de luxe et les cosmétiques vendus sur « conseil pharmaceutique » qui avaient fait l'objet des décisions de 2006 et 2007. Elle distingue les opérateurs qui réalisent l'essentiel de leurs ventes par Internet (« *pure players* »), dont nous évoquerons la situation plus loin, des opérateurs traditionnels qui ont développé une activité de vente en ligne (« *click & mortar* ») ⁸⁶⁵. Pour le moment, les « *pure players* » connaissent beaucoup plus

d'activité que les sites de « *click & mortar* », mais cela pourrait changer dès lors que les grandes enseignes de distribution commercent également en ligne ⁸⁶⁶. Les secteurs choisis pour rendre l'avis sont exposés très différemment au commerce par Internet. Les produits « électrodomestiques » sont commercialisés à 15 % par ce canal, en revanche, les parfums et cosmétiques de luxe ne sont diffusés significativement que par deux grandes enseignes de parfumerie et les cosmétiques de « parapharmacie » ne le sont quasiment pas ⁸⁶⁷.

229 ***Pression sur les prix et animation par les places de marché et les comparateurs*** ◇

Les prix constatés par l'Autorité de la concurrence paraissent plus faibles sur Internet, nonobstant les frais de livraison ⁸⁶⁸, essentiellement pour les produits « électrodomestiques » et dans une moindre mesure pour les cosmétiques de parapharmacie et la parfumerie de luxe ⁸⁶⁹. En effet, les coûts de distribution sont plus faibles (logistique, coûts de marketing, moyens de paiement) ⁸⁷⁰ et la gamme de produits proposés serait plus étendue ⁸⁷¹.

En outre, l'Autorité estime dans son analyse que les « places de marché » (eBay, PriceMinister...) ⁸⁷² et les comparateurs de prix (Shopzilla, Leguide.com, Kelkoo) ⁸⁷³ peuvent permettre de renforcer la concurrence ⁸⁷⁴. Il nous semble toutefois que l'Autorité pourrait être un peu plus dure à l'égard des faux comparateurs ⁸⁷⁵ qui se présentent comme donnant aux consommateurs une information objective, bien qu'elle réalise en réalité une forme de publicité dissimulée au profit des commerçants qui leur verse une rémunération ⁸⁷⁶. Le législateur est intervenu en imposant plus de transparence aux prestataires se présentant comme des comparateurs. En effet, l'article 147 de la loi « Hamon » du 17 mars 2014 ⁸⁷⁷ crée un article L. 111-5 dans le Code de la consommation qui dispose « Toute personne dont l'activité consiste en la fourniture d'informations en ligne permettant la comparaison des prix et des caractéristiques de biens et de services proposés par des professionnels est tenue d'apporter une information loyale, claire et transparente (...) ».

230 ***Marchés imparfaitement substituables et limites au développement du commerce électronique*** ◇

L'Autorité de la concurrence considère que la vente en des lieux physiques et par Internet sont encore imparfaitement substituables ⁸⁷⁸. En l'état actuel de

ce marché elle a relevé deux obstacles au développement du commerce en ligne : le fait pour certains fabricants de différencier les produits offerts en ligne de ceux vendus dans les commerces physiques et la trop grande rigueur des critères d'agrément dans les réseaux de distribution sélective ⁸⁷⁹.

231 ***Une première limite, différenciation des gammes de produits et de prix***

◇ L'Autorité a constaté une pratique qui consiste à différencier les produits offerts selon qu'ils sont commercialisés dans le réseau de magasins physiques ou par Internet. Une autre différence est parfois opérée selon que le distributeur est « *pure player* » ou « *click & mortar* » avec une préférence donnée à ce dernier. Ainsi, lors du lancement d'un produit ou en situation de rupture de stock, les « *pure players* » semblent-ils défavorisés ⁸⁸⁰.

Enfin, l'Autorité constate la mise en place de conditions tarifaires différenciées entre les distributeurs ⁸⁸¹. Ces différences peuvent s'expliquer par des remises quantitatives ou qualitatives, mais aussi par une réduction consentie en cas de présentation physique des produits. Certains fabricants appliquent des grilles de prix différentes selon que le commerçant écoule plus ou moins de marchandise en ligne ⁸⁸². Il a été constaté que pour les distributeurs « *click & mortar* », en principe la grille tarifaire est uniforme ; toutefois, il arrive aux fabricants de distinguer pour un même distributeur selon la destination du produit : magasin dur ou canal Internet ⁸⁸³. Ces tarifs différenciés inciteraient à la vente dans les lieux physiques.

L'Autorité rappelle qu'au regard du droit de la concurrence, les fabricants ont le droit de choisir leurs partenaires commerciaux et sont libres d'établir des conditions générales de vente différenciées selon les catégories d'acheteurs ⁸⁸⁴. En outre, la différenciation tarifaire, notamment quand elle repose sur l'importance du volume écoulé incite les distributeurs à stimuler leurs ventes ⁸⁸⁵.

L'Autorité rappelle que cette différenciation ne doit pas consister en l'obtention d'avantages commerciaux injustifiés, ni en l'insertion de clauses introduisant un déséquilibre significatif par application de l'article L. 442-6 du Code de commerce ; la sanction de tels agissements sur le fondement de ce texte ne lui appartient pas ⁸⁸⁶. En revanche, si ces différenciations tarifaires étaient accompagnées d'abus de position dominante ou d'ententes anticoncurrentielle, l'Autorité entreprendrait de

les sanctionner ⁸⁸⁷.

Quant à la différenciation des produits, l'Autorité relève rappelle la liberté contractuelle du fournisseur ⁸⁸⁸. Toutefois, la première limite à cette liberté se trouve dans un refus de fourniture constitutif d'un abus de position dominante. Ce dernier est caractérisé quand le refus a pour objet, pour l'entreprise dominante, d'évincer une concurrence sur le marché aval ⁸⁸⁹. En outre, ce refus de fourniture sera également sanctionné quand il est constitutif d'une entente anticoncurrentielle. Cette dernière est avérée quand il y a accord de volonté des opérateurs pour refuser d'approvisionner un ou plusieurs distributeurs tiers. Bien que le marché Internet semble suffisamment éclaté pour éviter *a priori* une telle pratique, l'Autorité se réserve la possibilité d'intervenir si à un moment donné de l'année, un ou opérateurs par leur refus, tentaient d'étendre leur pouvoir de marché ⁸⁹⁰. Elle met en garde contre des pratiques qui viseraient à évincer les « *pure players* » au profit des opérateurs traditionnels qui utilisent également Internet (les « *click & mortars* ») ⁸⁹¹. Elle alerte également sur l'application du « double prix » ⁸⁹² pratiqué par des producteurs avec pour objectif de limiter le développement de la vente par Internet chez leur distributeur agréé « *click & mortar* » ⁸⁹³. Dans les deux cas, les pratiques si elles s'avéraient constitutives d'un frein au développement du marché Internet, fausseraient la concurrence et seraient poursuivies ⁸⁹⁴.

232 ***Une seconde limite, les conditions d'agrément dans les réseaux de distribution sélective*** ◇ L'Autorité constate l'accroissement de la pratique des réseaux de distribution sélective, notamment dans des secteurs, où ce mode de distribution n'était guère pratiqué, tel que celui des produits « électrodomestiques » ⁸⁹⁵. Les fabricants expliquent l'importance croissante de la distribution sélective par leur volonté de commercialiser ainsi leurs produits « haut de gamme » qui doivent être essayés en magasin et pour lesquels le consommateur doit bénéficier de conseils ⁸⁹⁶.

L'Autorité rappelle que les fabricants sont libres d'organiser leur mode de vente et de choisir la distribution sélective ⁸⁹⁷. Toutefois, elle rappelle que si en droit européen les réseaux de distributions sélectives sont licites ⁸⁹⁸, c'est à la condition que ce mode de distribution n'ait pas « pour seul effet de protéger les formes de commerce existantes de la concurrence de nouveaux opérateurs » ⁸⁹⁹. En outre, l'Autorité énonce le

« principe de l'interdiction d'interdire la vente sur Internet », sauf exemption individuelle, qui a été adopté par la Cour de justice ⁹⁰⁰ et qui est repris comme « doctrine » de l'Autorité ⁹⁰¹.

Enfin, dans l'avis, il est développé longuement la question de l'exigence par les fabricants d'un magasin physique pour agréer un commerçant dans son réseau. L'institution qui a succédé au Conseil rappelle que ce dernier avait admis cette exigence de lieu de vente en « dur » pour valider le refus opposé à un « *pure player* » de l'intégrer dans un réseau de vente de montres de luxe, en raison précisément de l'absence de boutique physique ⁹⁰².

Toutefois, dans l'avis de 2012, que nous développons ici, l'Autorité nuance cette position antérieure et précise que cette exigence ne s'applique plus si elle est injustifiée et si elle restreint la concurrence ⁹⁰³. Nous reviendrons sur ce point à propos des « *pure players* » ⁹⁰⁴. Pour la présentation des grandes lignes de cet avis, il convient maintenant de reprendre les conclusions générales adoptées par l'Autorité.

233 ***En conclusion : un marché en évolution et sous surveillance de l'Autorité*** ◇ En conclusion de son avis ⁹⁰⁵, l'Autorité souligne que le développement du commerce par Internet dépend de la place prise par des distributeurs « *pure players* » car les grandes enseignes semblent pratiquer des prix identiques pour les produits vendus en ligne à ceux affichés dans leurs magasins physiques ⁹⁰⁶. Toutefois, ces grandes enseignes peuvent souhaiter dans certains secteurs utiliser Internet pour prendre des parts de marché en baissant les prix ⁹⁰⁷. L'Autorité estime que les places de marché (comme eBay, PriceMinister...) et les comparateurs peuvent les y aider ⁹⁰⁸.

L'Autorité alerte sur le fait que les fabricants qui détiennent individuellement ou cumulativement un pouvoir de marché et qui imposeraient des conditions d'agrément disproportionnées se verraient en infraction avec les règles de concurrence dès lors qu'elles viseraient à freiner le développement d'un marché ou en exclure un canal de développement ⁹⁰⁹ ; cette conclusion s'impose particulièrement dans les relations entre fabricants et « *pure players* » ⁹¹⁰.

Il reste à observer plus précisément la situation des distributeurs déjà agréés et qui veulent vendre par Internet les produits objets de l'agrément ; modèle économique à distinguer de celui des « *pure players* » qui n'ont pas de boutique physique.

B. Distributeurs agréés et vente par Internet

234 *Une interdiction initiale par certains fabricants de revente par Internet* ◇ La première question soulevée a été celle de la possibilité pour des revendeurs agréés de revendre par Internet. Ces derniers ont été choisis par le fournisseur pour proposer les produits dans leur magasin physique et ils ont été sélectionnés pour cela. Toutefois, les contrats de distribution sélective interdisaient parfois expressément la revente par Internet ou bien, *de facto*, les fournisseurs ont empêché leur revendeur d'utiliser un tel canal ⁹¹¹. Des réponses de « droit négocié », de condamnation et sous forme d'avis ont été données à ces pratiques.

235 *Décisions sur engagements et de condamnation en faveur d'une commercialisation par Internet (le cas des produits hi-fi)* ◇ Dès que les premières affaires ont été portées devant le Conseil de la concurrence, cette institution a été favorable à ce que les distributeurs agréés puissent revendre les produits par Internet. C'est ainsi que des fabricants de matériel hi-fi ont pris l'engagement de modifier leur contrat de distribution sélective pour autoriser la revente par Internet en supprimant les clauses d'interdiction et les entraves à ce mode de commercialisation ⁹¹². L'un d'entre eux avait commencé par refuser de le faire pour des produits très « haut de gamme », puis finalement l'a admis à la condition que le client vienne écouter dans un magasin physique le son émis par ce matériel et bénéficie de conseils d'installation ⁹¹³.

En revanche, un fabricant a refusé la procédure d'engagement proposée par le Conseil de la concurrence et s'est vu condamné par l'Autorité qui s'y est substituée ⁹¹⁴. Il a été jugé que l'interdiction faite par ce fabricant à ses revendeurs agréés de proposer ses produits par Internet constitue une pratique anticoncurrentielle en violation de l'article 101, § 1 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et l'article L. 420-1 du Code de commerce, la préservation de l'image de marque du fabricant « ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence » ⁹¹⁵. En outre, il a été décidé que le fabricant ne peut pas prétendre à l'application du règlement européen d'exemption ⁹¹⁶ par catégorie qui porte sur les accords verticaux car une restriction caractérisée de concurrence était établie. C'est pourquoi la société a été condamnée au paiement de 900 000 euros d'amende, plus

exactement la maison mère, et à modifier ses contrats de distribution ou à diffuser une circulaire aux fins d'autorisation des distributeurs agréés de vendre par Internet ⁹¹⁷. Cette condamnation a également été fondée sur la décision de la Cour de justice rendue en matière de produits cosmétiques ⁹¹⁸.

236 ***Décisions sur engagements et de condamnation en faveur d'une commercialisation par Internet (le cas des produits cosmétiques)***

◇ Par autosaisine, le Conseil de la concurrence avait examiné les pratique de dix sociétés de cosmétiques quant à leur refus que leurs distributeurs agréés revendent leurs produits via Internet ⁹¹⁹. Ces sociétés se sont engagées à admettre que leurs distributeurs agréés vendent par Internet et ont dû tempérer leurs exigences en matière de conseil et de présentation des produits. Il a fallu que les fabricants se contentent d'une page dédiée à leurs produits au sein de la boutique virtuelle de leurs distributeurs et non de la création d'un site spécifique ⁹²⁰. Ils ont pu imposer une hotline ou une messagerie électronique pour du conseil, mais sans conditions trop draconiennes d'horaires pour les distributeurs ⁹²¹. En outre, toute réduction quantitative a été supprimée car il n'est pas avéré que le risque de revente hors réseau serait plus grand par Internet qu'avec les boutiques physiques ⁹²².

Enfin, les clauses interdisant l'utilisation par les revendeurs agréés de la marque du fournisseur comme mot-clé aux fins de référencement par les moteurs de recherche ont été levées ⁹²³. Il est vrai qu'une telle clause était nulle au regard de la jurisprudence de la Cour de justice ⁹²⁴.

Un fabricant a résisté à cette procédure en refusant de prendre tout engagement et a continué d'interdire à ses revendeurs agréés de vendre par Internet ; il a été condamné à 15 000 euros d'amende par le Conseil et reçu injonction de modifier ses contrats ⁹²⁵. La cour d'appel de Paris, saisie pour connaître de cette affaire, a posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne sur l'application de l'article 81, § 1 du Traité (devenu 101 § 1 du TFUE) à une interdiction générale et absolue de vente en ligne ⁹²⁶.

La Haute juridiction européenne a considéré que l'interdiction de vendre par Internet réduit la possibilité d'un distributeur de revendre les produits pour lesquels il a été agréé ⁹²⁷. Le règlement d'exemption par catégorie sur les accords verticaux et bénéficiant aux réseaux de distribution sélective ⁹²⁸ ne peut pas s'appliquer à une telle interdiction de

revente par Internet ⁹²⁹. Aussi une telle clause ne peut-elle se justifier que si au regard des propriétés du produit l'interdiction de le vendre par Internet peut bénéficier de l'exemption individuelle du paragraphe 3, de l'article 101, du TFUE ⁹³⁰.

Cette réponse ayant été obtenue, la cour d'appel de Paris a rejeté le recours contre la décision du Conseil de la concurrence en considérant que l'interdiction de revente en ligne constituait une restriction de concurrence qui ne pouvait pas être justifiée ⁹³¹. Il est donc établi que l'interdiction générale de revente par Internet est contraire à la concurrence et ne saurait figurer dans un contrat de distribution sélective. L'avis général sur le commerce électronique de l'Autorité de la concurrence développe cette position.

237 *L'Avis de l'Autorité de la concurrence relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique*

◇ L'Autorité commence par conforter le principe même de l'existence de réseau de distribution sélective car les fabricants sont libres d'organiser leur mode de vente ⁹³². Elle rappelle ensuite l'état du droit européen aux termes duquel les réseaux de distributions sélectives sont licites ⁹³³. Toutefois, c'est à la condition que ce mode de distribution n'ait pas « pour seul effet de protéger les formes de commerce existantes de la concurrence de nouveaux opérateurs » ⁹³⁴. L'Autorité rappelle également ⁹³⁵ l'applicabilité du règlement d'exemptions par catégorie n° 330/2010 aux réseaux de distribution sélective en présence d'une part de marché inférieure à 30 % ⁹³⁶, exemption corroborée par les lignes directrices de la Commission européenne ⁹³⁷.

Ensuite l'Autorité reprend à son compte le « principe de l'interdiction d'interdire la vente sur Internet », sauf exemption individuelle, qui a été adopté par la Cour de justice ⁹³⁸ et qui est repris comme « doctrine » de l'Autorité ⁹³⁹.

Par ailleurs, l'Autorité n'est pas hostile à l'exigence de standards de qualité pour les sites Internet en rappelant les lignes directrices de la Commission européenne qui a également admis de tels standards ⁹⁴⁰, tout en affirmant que ces standards sont équivalents à ceux des points de vente physique et ne doivent pas être dissuasifs de vendre par Internet ⁹⁴¹.

L'Autorité reprend la possibilité, énoncée en 2007 par le Conseil ⁹⁴², pour les fabricants d'exiger de leurs distributeurs agréés commerçant par Internet des pages dédiées, une « *hotline* », éventuellement de limiter le

nombre d'achats par internaute (tout en notant que cette limite n'existe pas dans les points de vente physique) ⁹⁴³. Elle admet également l'interdiction de certains fabricants faite à leurs revendeurs agréés de ne pas revendre les produits sur les places de marché (eBay, PriceMinister...) tout en observant que cette interdiction, si elle venait à restreindre la concurrence doit être proportionnée à l'objectif poursuivi de protection de l'image de marque ou de prévention de la contrefaçon ou de vente hors réseau ⁹⁴⁴. En revanche, l'Autorité relève que les fabricants ne peuvent pas interdire à leurs revendeurs d'utiliser leur marque comme mot-clé aux fins de référencement par les moteurs de recherche ⁹⁴⁵ ; elle reprend ainsi la solution adoptée par le Conseil ⁹⁴⁶. Par ailleurs, l'Autorité met en garde contre la clause de remontée d'informations sur les ventes par Internet, c'est-à-dire la transmission par les revendeurs agréés des volumes de vente par Internet au fabricant ; ces informations ne doivent pas être un moyen de freiner la montée du volume de ces ventes ⁹⁴⁷. En outre si le fabricant est lui-même revendeur, ces informations ne doivent pas constituer des informations stratégiques ; il y aurait alors pratique anticoncurrentielle ⁹⁴⁸.

Enfin, l'Autorité met en garde contre le cumul des obligations pour obtenir un agrément : un ou plusieurs magasins physiques, volume de ventes, exigences techniques. Si ce cumul devait être un frein à l'entrée d'un distributeur sur le marché, il faudrait alors vérifier que le produit commercialisé le justifie pour éviter la qualification de pratique anticoncurrentielle ⁹⁴⁹.

C. Distributeurs exclusivement Internet : les « pure players »

238 *Une position initiale défavorable* ◇ La première décision rendue par le Conseil de la concurrence était relative à un commerçant qui ne vendait ses articles de bijouterie que sur Internet et qui se plaignait de se voir refuser la diffusion d'une marque de montres de luxe ⁹⁵⁰. Le Conseil avait admis les engagements du fabricant qui retirait sa clause d'interdiction de vente par Internet de ses contrats de distribution, mais ce dernier conservait l'exigence de l'existence d'une boutique physique pour agréer un distributeur ⁹⁵¹. Le Conseil amenait donc le fabricant à évoluer dans sa politique commerciale mais il consacrait en même temps une exigence de boutique physique qui évince automatiquement les pure players des réseaux de distribution sélective. Cette décision était

confirmée en appel ⁹⁵².

239 *À l'avenir des exigences proportionnées* ◇ Dans l'avis de l'Autorité de la Concurrence du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, l'institution souligne le rôle d'animation joué par les « *pure players* » du commerce électronique qui connaissent beaucoup plus d'activité que les sites de « *click & mortar* » ⁹⁵³. En contrepoint, l'Autorité constate que le recours aux réseaux de distribution sélective ne cesse de croître ⁹⁵⁴. Les fabricants justifient ce phénomène par leur volonté de commercialiser ainsi leurs produits « haut de gamme », les consommateurs essaieraient ainsi ce type de produit en magasin et bénéficieraient de conseils ⁹⁵⁵. Néanmoins, comme on l'a déjà indiqué, l'Autorité rappelle que si en droit européen les réseaux de distributions sélectives sont licites ⁹⁵⁶, c'est à la condition que ce mode de distribution n'ait pas « pour seul effet de protéger les formes de commerce existantes de la concurrence de nouveaux opérateurs » ⁹⁵⁷.

Le rôle d'animation du commerce électronique des « *pure players* » est encore contrarié par les fabricants qui différencient les produits offerts selon qu'ils sont commercialisés dans le réseau de magasins physiques ou par Internet. En outre, lors du lancement d'un produit ou en situation de rupture de stock, les « *pure players* » semblent défavorisés ⁹⁵⁸. À propos de cette différenciation des produits, l'Autorité met en garde contre des pratiques qui viseraient à évincer les « *pure players* » au profit des opérateurs traditionnels qui utilisent également Internet (les « *click & mortars* ») ⁹⁵⁹.

Par ailleurs, l'Autorité constate la mise en place de conditions tarifaires différenciées entre les distributeurs ⁹⁶⁰. Elle précise dans son avis que si ces différenciations tarifaires étaient accompagnées d'abus de position dominante ou d'ententes anticoncurrentielle, elle entreprendrait de les sanctionner ⁹⁶¹.

Enfin, dans l'avis, il est développé longuement la question de l'exigence par les fabricants d'un magasin physique pour agréer un commerçant dans son réseau. L'institution qui a succédé au Conseil rappelle que ce dernier avait admis cette exigence de lieu de vente en « dur » pour valider le refus opposé à un « *pure player* » de l'intégrer dans un réseau de vente de montres de luxe, en raison précisément de l'absence de boutique physique ⁹⁶². Toutefois, dans l'avis de 2012 que

nous développons ici, l'Autorité nuance cette position antérieure et précise que cette exigence ne s'applique plus si elle est injustifiée et si elle restreint la concurrence ⁹⁶³.

En effet, l'Autorité constate que l'un des effets « proconcurrentiels » d'Internet c'est de permettre l'arrivée sur le marché de nouveaux opérateurs, plus rapidement que s'ils devaient implanter des magasins physiques ⁹⁶⁴. En outre, à la différence des distributeurs « *click & mortar* », qui allient magasin physique et Internet, les « *pure players* » ne sont pas réticents à faire pression sur les prix parce qu'ils ne craignent pas de voir leurs ventes physiques baisser ⁹⁶⁵. L'Autorité ajoute que le coût d'ouverture d'un magasin physique peut être important dans certaines zones commerciales et rédhibitoires quand le fabricant exige plusieurs magasins et y ajoute des objectifs de vente ⁹⁶⁶. De telles exigences pratiquées par l'ensemble des fabricants d'un secteur excluent « *de facto* l'entrée d'opérateurs pure players sur le marché » ⁹⁶⁷.

Aussi l'autorité indique-t-elle que si l'application d'un critère de détention d'un magasin physique à l'entrée dans un réseau de distribution sélective est susceptible de restreindre la concurrence, l'Autorité analysera son caractère proportionné par rapport à l'objectif poursuivi ⁹⁶⁸.

En doctrine, il a été souligné que l'Autorité procédait à un changement de cap à l'égard des « *pure players* » ⁹⁶⁹, les mises en garde portant sur les différenciations tarifaires et de produits et l'exigence de proportionnalité appliqué au critère de l'existence d'un magasin physique marquent la volonté de l'autorité d'ouvrir la distribution sélective aux « *pure players* ».

§ 2. Franchise et Internet

240 *Une coexistence immédiatement imposée* ◇ La Cour de cassation a eu à connaître rapidement de la question de la coexistence d'un réseau de franchisé avec la création d'un site Internet par le franchiseur ⁹⁷⁰. C'est par un arrêt *Jardin des fleurs* que la question a été tranchée ⁹⁷¹. Un franchisé de boutiques de fleurs qui bénéficiait dans son contrat d'une clause d'exclusivité territoriale a assigné son franchiseur en résiliation du contrat et octroi de dommages-intérêts quand le franchiseur a ouvert un site Internet de vente. La cour d'appel avait fait droit à sa demande en estimant que les sites portent atteinte à la clause d'exclusivité et que cette ouverture s'est faite sans contrepartie financière pour le franchisé.

La Cour de cassation censure la décision en soulignant que « que le contrat souscrit par les parties se bornait à garantir au franchisé l'exclusivité territoriale dans un secteur déterminé et que la création d'un site Internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé » ⁹⁷².

On doit souligner que la cour d'appel avait retenu la qualification de vente passive pour le site installé par le franchiseur ; c'est-à-dire qu'il ne sollicite pas directement les clients de son franchisé. Toutefois la Cour de cassation ne s'arrête pas à une distinction entre vente passive et vente active pour juger que le site du franchiseur ne viole pas l'exclusivité accordée à son franchisé. Elle procède par voie générale en décidant qu'un site ouvert par un franchiseur ne constitue pas un point de vente dans le secteur octroyé au franchisé. Les franchiseurs peuvent donc créer des sites Internet sans qu'ils soient considérés comme portant atteinte à la clause d'exclusivité stipulée au profit de leurs franchisés. Il leur reste à déterminer si ces derniers reconduiront leur contrat face à cette concurrence intérieure ; mais la question n'est alors que de nature économique.

SECTION 2. LA DISTRIBUTION DE MÉDICAMENTS

241 *Contexte de la régulation* ◇ Le médicament n'est pas un produit comme un autre puisqu'il a des effets, positifs mais aussi négatifs, sur la santé. Entre une position française extrêmement restrictive et une volonté européenne d'ouverture, une voie de compromis devra être trouvée. Il est vrai que l'augmentation du nombre de médicaments qui peuvent être délivrés sans prescription, de médicaments non remboursés et les difficultés des systèmes de financement de la santé, pousse les législateurs vers des initiatives visant à faire baisser le coût des médicaments, voire à une forme d'automédication qui éviterait la consultation. Le bien-fondé de tels politiques n'est pas avéré, mais si l'on s'en tient au simple coût d'un produit de santé sans prescription auquel le patient consommateur peut accéder librement, sur simple décision de sa part, la distribution par Internet peut sembler, une fois encore, un vecteur de baisse des prix.

242 *Droit européen* ◇ La Cour de justice, favorable le plus souvent à une

concurrence accrue sur le marché, avec une réserve pour les questions de santé publique, avait décidé que la prohibition de la vente par correspondance de médicaments non soumis à prescription en dehors des pharmacies constituait une mesure d'effet équivalent et ne pouvait pas être justifiée par des raisons de santé publique ⁹⁷³. La Cour de justice estimait donc que la vente de médicaments non soumis à prescription, hors officine et par correspondance était possible ⁹⁷⁴.

Une directive a ensuite été adoptée en 2011, pour modifier une directive antérieure (2001) ⁹⁷⁵, portant Code européen du médicament avec pour objectif de lutter contre l'importation de médicaments falsifiés ⁹⁷⁶. Ce texte a introduit un article 85 (*quater*) dans ce Code européen du médicament instauré par la directive de 2001 et modifié en 2011 qui ouvre la possibilité de vente à distance de médicaments ; les États membres pouvant interdire l'offre par ce moyen de médicaments soumis à prescription ⁹⁷⁷. Cette vente ne peut se faire que par une personne habilitée à vendre des médicaments ; les États membres devant mettre en place un système de notification de cette activité à distance et un site qui répertorie les établissements ainsi autorisés. Enfin un logo commun à toute l'Union européenne doit apparaître sur ce site ⁹⁷⁸. Cette directive a été transposée, mais comme souvent sur des questions délicates où le secteur est fortement réglementé, le législateur français a tenté de prendre quelques libertés avec le texte européen.

243 ***Une transposition délicate et inachevée*** ◇ La transposition de la directive n° 2011/83 s'est réalisée par une l'ordonnance n° 2012-1427 du 19 décembre 2012 ⁹⁷⁹ et son décret d'application n° 2012-1562 du 31 décembre 2012 qui sont venus introduire des articles L. 5125-33 et suivants dans le Code de la santé publique ⁹⁸⁰. Un arrêté relatif « aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique » a été adopté le 20 juin 2013 ⁹⁸¹. L'ordonnance a fait l'objet d'un référé en Conseil d'État ⁹⁸², puis d'une décision au fond ⁹⁸³. Cette dernière a invalidé au fond certaines dispositions ⁹⁸⁴. Or le projet de loi visant à la ratification de l'ordonnance ⁹⁸⁵, déposé avant l'arrêt au fond du Conseil d'État, n'en tient évidemment pas compte. Il appartiendra donc aux assemblées de ne pas le voter en l'état. L'état du droit français qui va être exposé ci-dessous est donc appelé à évoluer et doit comme toujours être lu à la lumière de la directive de 2011.

244 *Une vente sur Internet par des officines déjà installées (système « click & mortar »)* ◇ Aux termes des textes actuels du Code de la santé publique, la vente par Internet se réalise par un pharmacien titulaire d'une officine qui est responsable du site ⁹⁸⁶. Il est exigé par le législateur une autorisation préalable qui est délivrée par le directeur général de l'agence régionale de santé (ARS) territorialement compétente ⁹⁸⁷. Les pharmaciens qui ont créé un site Internet avant l'adoption du nouveau texte, ont dû déposer une nouvelle demande d'autorisation avant le 1^{er} mars 2013, mais ils ont pu poursuivre leur activité jusqu'à l'intervention de la décision d'autorisation ⁹⁸⁸. Cette disposition exigeant une autorisation préalable a été déférée au Conseil d'État qui ne l'a pas invalidée ⁹⁸⁹. La directive évoque une notification ⁹⁹⁰, ce qui supposerait un contrôle *a posteriori* et non *a priori*. Néanmoins, la Haute juridiction a estimé que cela entraine dans la marge d'appréciation des États au nom de la préservation de la santé publique ⁹⁹¹. Il n'est pas acquis que la Cour de justice aurait la même interprétation si elle était saisie dans le cadre d'une action en manquement.

245 *Une vente de tous les médicaments sans prescription, nonobstant les premiers textes français* Le législateur français a cantonné, la catégorie de médicaments autorisée à être vendue par Internet comme étant « les médicaments de médication officinale qui peuvent être présentés en accès direct au public en officine » (devant le comptoir) ⁹⁹² et qui doivent figurer sur une liste arrêtée par le Directeur général de l'agence nationale des médicaments et des produits de santé aux termes de l'article R. 5121-202 du Code de la santé publique.

Cette disposition a été invalidée par le Conseil d'État qui a souligné que seul le droit français connaît cette catégorie de médicaments ⁹⁹³. En revanche, en droit européen la distinction se fait exclusivement entre médicaments avec prescription ou sans prescription et que pour cette dernière catégorie, la vente à distance était autorisée aux termes de l'article 85 *quater* du Code européen du médicament tel qu'issu de la directive de 2011 ⁹⁹⁴. À l'issue de cette décision, l'article L. 5125-34 du Code de la santé publique est annulé, ce sont donc tous les médicaments sans prescriptions qui peuvent être commercialisés par les pharmaciens par Internet.

246 ***Les avis de l'autorité de la concurrence : ne pas créer d'obstacles disproportionnés aux pharmaciens français*** ◇

L'autorité de la concurrence a rendu successivement deux avis sur la vente de médicaments par Internet. Le premier en décembre 2012, préalablement à l'adoption de l'ordonnance ⁹⁹⁵ ; puis un second, sur le projet d'arrêté du ministre de la Santé publique « relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique » ⁹⁹⁶. Dans ce dernier avis, l'Autorité reprend sa préconisation émise dans le premier d'étendre la possibilité de vente par Internet à tout médicament sans prescription conformément au droit européen ⁹⁹⁷. Elle suggère aussi, contrairement au projet d'arrêté, que les pharmaciens français comme leurs homologues européens puissent vendre parapharmacie et médicaments sans prescription sur le même site ⁹⁹⁸.

L'Autorité estime que le projet d'arrêté qui demande aux pharmaciens de pratiquer les mêmes prix qu'en officine en facturant les coûts de transport au prix réel constitue des freins à la liberté des prix et à la concurrence au détriment du consommateur ⁹⁹⁹. Il en est de même pour l'obligation prévue par le projet de stocker les médicaments dans le site physique de l'officine ou encore d'obliger le client qui s'est enregistré en ligne à remplir un questionnaire de santé à chaque commande et non une bonne fois pour toutes ¹⁰⁰⁰.

La conclusion de l'Autorité est que le pouvoir exécutif ne doit pas placer les pharmaciens français dans une position défavorable par rapport à leurs homologues européens en prévoyant des mesures trop contraignantes ou restrictives ; il placerait en outre la France en infraction avec le droit européen ¹⁰⁰¹. Toutefois, sans attendre la décision du Conseil d'État et tenant assez peu compte de l'avis de l'Autorité de la concurrence, le gouvernement a adopté un arrêté.

247 ***Un arrêté relatif aux bonnes pratiques, illégal pour partie*** ◇

Le ministre de la Santé, sans attendre la décision au fond du Conseil d'État ¹⁰⁰² et faire grand cas de l'avis de l'Autorité de la concurrence ¹⁰⁰³, a adopté un arrêté par application de l'article L. 5121-5 alinéa 3 du Code de la santé publique, issu de l'ordonnance du 19 décembre 2012 ¹⁰⁰⁴.

Cet arrêté comporte une annexe qui définit longuement les obligations

du pharmacien d'officine qui commerce par Internet. Dans le préambule de cette annexe, il est nettement affirmé la position adoptée par les autorités françaises : le site Internet est le prolongement virtuel de l'officine ; exactement les mêmes règles s'appliquent ¹⁰⁰⁵.

C'est ainsi que l'officine doit être clairement identifiable sur le site, notamment grâce au logo européen, et doit comporter un lien hypertexte avec le site du ministère de la Santé qui tient à jour les listes des pharmaciens autorisés à commercer par Internet ¹⁰⁰⁶. Le client qui souhaite acheter des médicaments doit se créer un compte et le site doit comporter des onglets qui permettent de distinguer les médicaments des autres produits ¹⁰⁰⁷. Les médicaments concernés sont visés par le § 2.1 de l'annexe de l'arrêté, qui renvoie à l'article L. 5125-34 du Code de la santé publique qui visait « les médicaments de médication officinale qui peuvent être présentés en accès direct au public en officine » ; c'est-à-dire devant le comptoir. Or ce texte a été annulé par le Conseil d'État ¹⁰⁰⁸, parce qu'il contrevient directement à l'article 85 (*quater*) du Code européen du médicament instauré par la directive de 2001 et modifié par la directive de 2011 ¹⁰⁰⁹. Ce sont donc tous les médicaments sans prescription qui peuvent être commercialisés par Internet.

Le prix du médicament est fixé conformément au Code de la santé publique et au Code de commerce, selon l'article 2.3 de l'annexe de l'arrêté, ce qui devrait laisser le pharmacien libre, notamment de fixer un prix moins élevé qu'en officine physique, mais une autre disposition indique que c'est le logiciel de l'officine qui permet « d'exporter » le prix. Ce serait donc un moyen déguisé d'obliger à pratiquer le même prix par Internet que dans l'officine. Cette obligation d'alignement des prix et la nécessité d'y ajouter distinctement le coût du transport sont sans doute contraire à la liberté du commerce et au droit de la concurrence ¹⁰¹⁰.

Un questionnaire de santé et un moyen de dialogue avec le pharmacien doivent être mis en place ; le questionnaire pouvant être actualisé à chaque commande ¹⁰¹¹. En outre « le pharmacien s'assure que le patient qui commande est âgé d'au moins 16 ans » ¹⁰¹² ! Cette exigence suppose une déclaration sur l'honneur ou l'envoi d'un « scan » de la carte d'identité, mais cette dernière précaution ne suffit pas à éviter toute fraude. La quantité délivrée ne peut excéder un mois ¹⁰¹³ et la protection des données recueillies doit être conforme à l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978, informatique et libertés et aux articles L. 1111-8 et suivants du Code de la santé publique relatif à l'hébergement de données

de santé ¹⁰¹⁴.

Enfin, l'article 7.3.1 de l'arrêté supprime toute faculté de rétractation, bien que nous soyons en présence d'une vente à distance. En effet, en matière de vente à distance, l'article 6 de la directive 97/7 du 20 mai 1997 sur la vente à distance ¹⁰¹⁵ prévoit un droit de rétractation en faveur du consommateur et n'exclut pas les produits de santé de son champ d'application ¹⁰¹⁶. Certes la directive du 25 octobre 2011 qui porte réforme de celle de 1997 exclut les soins de santé, mais pas les produits ¹⁰¹⁷. Les articles L. 121-16 et suivants du Code de la consommation reprennent ces dispositions, sans exclure non plus les produits de santé. Il peut sembler évident aux autorités en charge de la santé publique de supprimer la faculté de rétractation dans une vente à distance de médicaments. Toutefois, en formulant cette interdiction dans un arrêté qui contrevient directement aux textes législatifs et aux directives sur la vente à distance, sans habilitation législative, ni un seul mot en ce sens dans le « code européen du médicament », le pouvoir exécutif fournit une base textuelle bien mince pour justifier cette interdiction.

En conclusion sur l'examen de cet arrêté, il semble que la vente à distance de médicaments sans prescription en France ne connaîtra pas de développement rapide, les règles adoptées étant certes soucieuses de santé publique mais aussi de préservation des officines traditionnelles de pharmacie ; les consommateurs français qui souhaitent acheter leur médicament sans prescription moins cher devront se tourner vers des sites habilités... chez leurs voisins européens.

SECTION 3. LA PUBLICITÉ PAR MOTEUR DE RECHERCHE

248 *Un secteur occupé par un acteur dominant* Le commerce par Internet ne va pas sans son corollaire : un moteur de recherche qui permet d'identifier les résultats d'une requête. Une entreprise a élaboré un robot qui, balayant en permanence les mots clés des sites de la planète, permet de répondre à ces demandes et mieux encore de hiérarchiser la pertinence des réponses. Il s'agit de Google. Assez rapidement cette entreprise a développé un service de publicité que l'on peut appeler « liens commerciaux », ou « liens sponsorisés » sur la base d'un système nommé « AdWords ». Il s'agit pour le commerçant de voir son site

apparaître en haut de l'écran de l'internaute ou à gauche de manière privilégiée quand ce dernier aura saisi une requête (par ex., l'apparition du site Fnac ou Amazon en cas de recherche de livres). Pour obtenir ce référencement privilégié, le commerçant a souscrit en ligne un contrat de régie publicitaire en choisissant parmi des mots clés proposés par le système AdWords. Cette régie mise en place par Google est rémunérée au clic réalisé par l'internaute ; à chaque clic, le moteur de recherche perçoit un montant déterminé. En outre, les mots clés sont mis « aux enchères » entre les annonceurs. Or ce moteur est aujourd'hui le plus puissant sur le marché. Dès lors qu'il impose des conditions trop dures à ses clients, il peut les mettre en péril. En outre, le moteur « naturel » de Google comporte un algorithme qui permet de décider de la pertinence des réponses données aux internautes sans pour autant qu'il y ait de paiement. Or chacun sait que le site qui apparaît en première page a plus de chance d'être consulté qu'en deuxième. Les choix opérés par cet algorithme peuvent aussi prêter à discussion. Les décisions de Google ont désormais un retentissement sur tout le commerce électronique car ce moteur est dominant. Du contentieux s'est fait jour et l'Autorité de la concurrence a rendu un avis.

249 *Les décisions Navx sur une suspension brutale du compte d'annonceur* ♦ La société Navx commercialise des dispositifs et logiciels avertisseurs de radars routiers qui n'étaient pas prohibés en France, contrairement aux détecteurs de radars qui les repèrent grâce aux ondes émises par ces derniers. La plus grande partie de son activité se réalisait par le téléchargement de logiciels, il était donc important pour cette société d'être référencée par *Google AdWords* et d'apparaître en liens privilégiés. Or, subitement *Google AdWords* a déréférencé Navx des liens sponsorisés, sans préavis et sans moyens de discussion. Navx a saisi l'Autorité de la concurrence pour rupture brutale de son contrat et traitement discriminatoire. Cette dernière, dans le cadre d'une procédure d'urgence a d'abord enjoint à Google de préciser et transmettre à Navx sa politique en matière d'avertisseurs de radars ¹⁰¹⁸. Il lui était également enjoint de clarifier sa procédure de suspension de compte d'un annonceur et de mettre en place un avertissement formel de cette suspension et enfin de rétablir sous cinq jours le compte de Navx ¹⁰¹⁹.

Après cette mesure d'urgence Google a pris quatre engagements qui ont été acceptés par l'Autorité de la Concurrence dans une décision du

28 octobre 2010¹⁰²⁰. Ces engagements ne portent que sur « les dispositifs de contournement des contrôles routiers » :

- « préciser, sur la page relative à la politique AdWords sur les dispositifs de contournement des contrôles routiers, si cette politique s'applique en France aux avertisseurs de radars et aux bases de données indiquant l'emplacement des radars » ;
- préciser le champ d'application de la politique AdWords sur les dispositifs de contournement ;
- avertir des changements de politique AdWords sur les dispositifs de contournement, avec un préavis de trois mois, sauf changement de législation qui imposerait un délai plus court,
- préciser sur un espace du site AdWords les motifs et les différentes étapes pouvant mener à une suspension de compte « pour violation de la politique AdWords sur les dispositifs de contournement des contrôles routiers en France »¹⁰²¹.

Ces décisions sont intéressantes ; toutefois, les engagements d'AdWords sont extrêmement limités à un secteur « de niche » : les dispositifs avertisseurs de radar !

Il serait intéressant d'étendre à tout client ces obligations d'avertissement de changement de politique et de préavis. Quand bien même on peut considérer que cette jurisprudence *Navx* de l'Autorité de la concurrence est généralisable, il n'est pas acquis que l'entreprise Google l'entende ainsi.

250 *Enquête sectorielle de l'Autorité de la concurrence sur la publicité en ligne* ◇ L'Autorité de la concurrence avait été saisie pour avis par le ministre de l'Économie sur le fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la publicité en ligne¹⁰²². En effet, Google, devenu incontournable, certains clients se sont estimés victimes de comportements déloyaux ou illicites de la part de ce moteur de recherche¹⁰²³. Ce moteur aurait des agissements « arbitraires ou opaques »¹⁰²⁴. En outre, certains moteurs de recherche concurrents ont estimé que l'hégémonie de Google résulte « de *pratiques de fermeture du marché* »¹⁰²⁵. D'autres d'acteurs d'Internet ont redouté que les conditions dans lesquelles Google « se diversifie sur d'autres marchés ne relèvent pas d'une concurrence par les mérites »¹⁰²⁶. Enfin, « la presse, à la fois cliente, partenaire, concurrente et potentiellement fournisseur de Google, qui, (...), s'estime victime de pratiques de parasitisme et de

prix prédateurs qui aggraveraient la situation déjà difficile du secteur »¹⁰²⁷.

L'Autorité constate que Google est en position dominante sur le marché de la publicité liée aux moteurs de recherche¹⁰²⁸, qu'il s'agit d'un marché spécifique et non substituable¹⁰²⁹. Elle met en garde contre des abus d'éviction ayant pour objectifs de décourager ou d'éliminer les concurrents par d'autres moyens qu'une concurrence par les mérites¹⁰³⁰. Elle relève de possibles abus d'exploitation. En effet, le moteur de recherche imposerait des conditions exorbitantes à ses partenaires ou clients, les traiterait de manière discriminatoire ou refuserait de garantir un minimum de transparence dans les relations contractuelles qu'il noue avec eux¹⁰³¹.

Selon l'Autorité, les pratiques suivantes sont potentiellement sources de d'abus d'éviction et/ou d'exploitation : les accords d'exclusivité sur les contenus indexés, l'obstacle à l'indexation par des moteurs concurrents sur Youtube (filiale de Google) ; les obstacles à l'utilisation simultanée de plateformes concurrentes par les annonceurs ; une éventuelle pratique de manipulation du classement par le moteur de recherche « naturelle » pour pondérer les enchères du service « AdWords », une participation de Google ou de ses filiales aux enchères « AdWords », un manque de transparence et des pratiques discriminatoires des règles définissant les contenus pouvant être admis sur le service AdWords et la fermeture brutale du compte AdWords de l'annonceur¹⁰³².

En conclusion l'Autorité souligne les efforts d'innovation et de diversification de Google et estime qu'une intervention législative ne serait pas opportune¹⁰³³. La position fortement dominante de cette entreprise pourrait dégénérer en abus, que cette institution serraient chargée de sanctionner dans le cadre d'une saisine aux fins de sanction et non dans le cadre d'un avis¹⁰³⁴. Elle souligne l'enquête en cours initiée par la Commission européenne¹⁰³⁵.

251 *Une action en cours par la Commission européenne* ◇ Le 30 novembre 2010 la Commission européenne a ouvert une enquête « antitrust » sur la base « d'allégations selon lesquelles Google Inc. aurait abusé d'une position dominante dans le domaine de la recherche en ligne, en violation des règles de l'Union européenne (Article 102 du TFUE) »¹⁰³⁶. Cette procédure a été ouverte parce que des fournisseurs de service de recherche en ligne se sont plaint que leurs services seraient

pénalisés dans les résultats de recherche payants et gratuits de Google et que cette entreprise favoriserait ses propres services ¹⁰³⁷. L'enquête de la Commission a visé également les allégations selon lesquelles Google imposerait des clauses d'exclusivité à des partenaires publicitaires, en leur interdisant de s'adresser à des concurrents ainsi qu'aux fournisseurs d'ordinateurs et de logiciels, ce dans le but d'exclure des outils de recherche concurrents ¹⁰³⁸. Enfin, la Commission a enquêté sur des allégations concernant la restriction de la portabilité des campagnes de publicité en ligne vers des plateformes de publicité en ligne concurrentes ¹⁰³⁹.

La Commission européenne a reçu des engagements de la part de Google ; le commissaire européen en charge de la concurrence a annoncé que la Commission allait prochainement décider de savoir si elle entérinait ces engagements ou prononçait une sanction ¹⁰⁴⁰.

TITRE 3

LES CONTRATS SPÉCIAUX DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

CHAPITRE 1 LES CONTRATS DE CONSOMMATION PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

CHAPITRE 2 LES CONTRATS DES PRESTATAIRES TECHNIQUES

252 ***Présentation*** ◇ Après le droit commun du contrat (Titre 1) et l'encadrement du marché (Titre 2), il advient fort logiquement le temps des contrats spéciaux. Ces derniers connaissent un régime autonome à raison de la présence de consommateurs au contrat (Chapitre 1) ou bien parce qu'ils participent du cœur même de l'activité Internet, ce sont ceux conclus par les prestataires techniques (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LES CONTRATS DE CONSOMMATION PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

Section 1. LA VENTE ET LES SERVICES À DISTANCE

- § 1. **Champ d'application**
- § 2. **Information**
- § 3. **Rétractation**
- § 4. **Responsabilité du professionnel du fait des tiers substitués et transfert des risques**
 - A. Responsabilité contractuelle de plein droit du professionnel
 - B. Le report du transfert des risques par la directive relative aux droits des consommateurs

Section 2. LES SERVICES FINANCIERS À DISTANCE

- § 1. **Les règles communes à la banque et à l'assurance**
 - A. Le champ d'application des règles sur les services financiers à distance
 - B. Les obligations d'information
 - C. La rétractation
- § 2. **Les règles propres à l'assurance**
 - A. Les obligations d'information
 - B. La faculté de renonciation
- § 3. **Les services bancaires et financiers**

Section 3. L'ENCADREMENT DES CONTRATS DE JEUX ET PARIS EN LIGNE

- § 1. **La libéralisation de certains jeux**
 - A. Contrat de jeu et nouvel encadrement de l'activité de jeux et paris en ligne
 - B. Objectifs de l'encadrement et ouverture à la concurrence

de certains jeux

§ 2. **Une procédure d'agrément des opérateurs conforme à la dernière jurisprudence européenne**

A. La procédure d'agrément

B. La conformité du texte français à la dernière jurisprudence de la CJUE

§ 3. **L'encadrement du contrat de jeux en ligne**

253 De la vente par correspondance aux services financiers à distance ◇ La traditionnelle vente par correspondance s'est transformée

avec les nouveaux moyens de communication en vente à distance qui fait appel, pour le même contrat, à l'utilisation d'un ou plusieurs moyens de communication tels qu'Internet, le téléphone ou le télécopieur et le courrier papier. C'est ainsi par exemple, que le client découvrira le produit ou le service sur le site Internet du vendeur, qu'il passera commande par téléphone et enverra un chèque par courrier papier.

Afin de protéger le consommateur le code moral que le syndicat des vendeurs par correspondance ne suffisait pas car tous les commerçants n'y adhèrent pas nécessairement ¹⁰⁴¹. Le législateur français est donc intervenu à plusieurs reprises après la loi du 6 janvier 1988 afin d'encadrer la vente à distance. Les dispositions ont trouvé leur place au sein du Code de la consommation aux articles L. 121-16 et suivants. La directive 97/7 du 20 mai 1997 « concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance » ¹⁰⁴² était venue renouveler la question ; ce texte avait été transposé par une ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001. Le législateur français a de nouveau modifié ces dispositions sur la vente et les services à distance car la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative au droit des consommateurs ¹⁰⁴³ vient modifier celle de 1997. En effet, par la loi « Hamon » relative à la consommation, du 17 mars 2014 ¹⁰⁴⁴ la directive de 2011 a été transposée.

Les directives 97/7 (contrat à distance) ¹⁰⁴⁵ et 2000/31 (commerce électronique) du 8 juin 2000 ¹⁰⁴⁶ ont exclu les services financiers de leur champ d'application. Aussi une directive du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs a-t-elle été adoptée ¹⁰⁴⁷.

- 254 ***Jeux et paris en ligne : ouverture et encadrement*** ◇ L'activité de jeux et paris a toujours fait l'objet d'un encadrement très strict. Sous la pression de la Commission européenne et la nécessaire prise en compte de l'offre de jeux par des sites situés en dehors de l'Union européenne, les autorités françaises ont mis en place un cadre pour les jeux et paris en ligne ¹⁰⁴⁸.
- 255 ***Panem et circenses*** ◇ Du pain et des jeux pour les consommateurs européens, tel pourrait être le résumé, provocateur, des dispositions adoptées par l'Union européenne ou à l'instigation de la Commission européenne. Certes, il s'agit de « pain » sophistiqué puisque ce sont tous les contrats et services proposés ou réalisés à distance (Section 1), y compris les services financiers (Section 2) qui ont fait l'objet de directives transposées en droit interne, où la vente à distance était déjà bien connue. En outre, la Commission a sommé les États membres d'ouvrir les jeux et paris en ligne qui, le plus souvent, faisaient l'objet de monopoles nationaux assez stricts ; des jeux donc, mais en ligne (Section 3).

SECTION 1. LA VENTE ET LES SERVICES À DISTANCE

- 256 ***Présentation*** ◇ L'encadrement de la vente à distance au consommateur repose sur l'information (§ 2), la faculté de rétractation (§ 3) et une garantie de parfaite exécution du contrat (§ 4). Ce corps de règles étant contraignant pour le professionnel, il est nécessaire d'en préciser le champ d'application (§ 1).

§ 1. Champ d'application

- 257 ***Contrat entièrement conclu à distance entre un professionnel et un consommateur*** ◇ La directive du 25 octobre 2011, relative au droit des consommateurs ¹⁰⁴⁹, dispose en son article 4 qu'elle est d'harmonisation maximum ; les États membres ne peuvent pas y déroger ni en prévoyant une disposition moins protectrice, ni en augmentant le niveau de protection. Son champ d'application déterminé à l'article 3, couvre les ventes et les services offerts ou proposés à distance.

L'article L. 121-16 du Code de la consommation ¹⁰⁵⁰ dispose que les textes encadrant la vente à distance à toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, « tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat » ¹⁰⁵¹.

Les dispositions s'appliquent donc tout autant à la vente de biens qu'à la prestation de service, l'essentiel étant que le contrat ait été conclu sans présence physique des contractants à aucun moment du processus de formation. Le consommateur doit être entendu au sens de l'article 2, § 1 de la directive 2011/83, relative aux droits des consommateurs ¹⁰⁵², c'est-à-dire « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». La définition française insérée en article préliminaire au Code de la consommation par la loi consommation ¹⁰⁵³ qui dispose qu'« est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale », n'est donc pas, fort heureusement, contradictoire. La personne morale (telle une association) ou le professionnel d'une autre spécialité ne pourront donc pas revendiquer l'application des articles L. 121-16 et suivants du Code de la consommation.

258 *Prestations ou modes de commercialisations exclus* ◇ Certains modes de commercialisation ou certains contrats ne sont pas soumis aux dispositions sur la vente et l'offre de services à distance. C'est ainsi, qu'aux termes de l'article L. 121-16-1 du Code de la consommation issu de la loi « Hamon » ¹⁰⁵⁴, sont exclus, notamment, les services financiers ¹⁰⁵⁵, les services de santé, les jeux et paris en ligne et les voyages à forfait (transport + séjour) ¹⁰⁵⁶ sont exclus ¹⁰⁵⁷. Sont également exclus : les ventes par distributeurs automatiques et par les marchands forains lors de tournées périodiques, le service de télécommunication par cabine téléphonique publique, les contrats portant sur les biens immobiliers (sauf la location à distance qui reste soumise à ces dispositions) et ceux établis par acte authentique ¹⁰⁵⁸. Les contrats de

transport de passages offerts en ligne ne sont pas non plus soumis à ces dispositions, sauf pour ce qui concerne l'information précontractuelle sur ce service, prévu à l'article L. 121-19-3 du Code de la consommation.

259 *Un autre régime pour la véritable vente aux enchères publiques en ligne* ◇ Par ailleurs, on observera qu'un bien vendu par de véritables enchères publiques en ligne n'entre pas dans le champ de ces dispositions. Il s'agit d'un bien vendu par une société de vente volontaire mandataire avec une véritable adjudication qui engage définitivement le vendeur et l'enchérisseur. En effet, les enchères publiques en ligne obéissent à une définition stricte donnée à l'article L. 321-3 du Code de commerce qui dispose que « le fait de proposer, en agissant comme mandataire du propriétaire, un bien aux enchères publiques à distance par voie électronique pour l'adjuger au mieux-disant des enchérisseurs constitue une vente aux enchères publiques au sens du présent chapitre ». Les critères essentiels pour qu'il y ait vente aux enchères publiques sont que l'offrant est le mandataire du vendeur et qu'il y ait une adjudication.

Dès lors que le mode de commercialisation ne correspond pas à ces conditions cumulatives et que l'offrant est un professionnel, nous sommes en présence non pas d'une vente publique aux enchères en ligne, mais une simple vente en ligne soumise aux articles L. 121-16 et suivants du Code de la consommation. Ce régime doit s'appliquer aux « places de marché » ou plateforme de vente du type « eBay ou Priceminister » qui servent de courtiers et qui invitent les professionnels à y offrir à la vente des biens. Cela signifie que ces vendeurs professionnels, ou ceux qui le deviennent en prenant l'habitude de revendre des biens sur ces sites, sont soumis à une obligation précontractuelle d'information et une faculté de rétractation pour le consommateur acquéreur.

§ 2. Information

260 *Contenu de l'information* ◇ L'obligation générale d'information claire et précise due par le professionnel au consommateur de l'article L. 111-1 du Code de la consommation a été redéfinie afin de transposer l'article 6 de la directive 2011/83 relative aux droits des

consommateurs ¹⁰⁵⁹. Ce texte impose à tout professionnel de délivrer clairement une information sur les caractéristiques du bien et du service, sur le prix, le délai de livraison ou d'exécution ; ce dernier doit s'identifier complètement. La charge de la preuve de l'exécution de ces obligations d'information pèse sur le professionnel ¹⁰⁶⁰, qui en cas de manquement peut se voir condamner à une amende civile ¹⁰⁶¹.

L'article L. 121-17 du même code oblige le professionnel à reprendre ces informations générales quand le consommateur contracte à distance ou hors établissement. Il y ajoute une obligation d'information spécifique sur l'existence du droit de rétractation et la charge qui pèse sur le consommateur des frais de réexpédition ou de renvoi du bien.

L'article L. 121-19 du Code de la consommation précise que la mise à disposition de ces informations se fait de manière lisible et compréhensible pour les contrats à distance. L'article L. 121-19-1 du même code permet au professionnel de tenir compte de la nature du moyen de communication utilisé ou de la nature du support. Toutefois, toujours aux termes de ce texte, il doit fournir « au moins les informations relatives aux caractéristiques essentielles des biens ou des services, à leur prix, à son identité, à la durée du contrat et au droit de rétractation ». Il peut ensuite fournir les autres informations par tout moyen adapté.

261 ***Délivrance de l'information*** ◇ Selon l'article L. 121-19-2 du Code de la consommation, « le consommateur reçoit, sur support durable, dans un délai raisonnable, après la conclusion du contrat et au plus tard au moment de la livraison du bien ou avant le début de l'exécution du service, la confirmation du contrat comprenant toutes les informations mentionnées » à l'article L. 121-17 c'est-à-dire les caractéristiques du bien ou du service, son prix et l'existence ou non d'une faculté de rétractation et le formulaire pour exercer cette faculté.

Dans un souci du détail qui conduit à la redondance, à l'article L. 121-19-3, il est encore exigé que ces mêmes informations soient communiquées au consommateur internaute avant qu'il ne passe sa commande. Plus spécifiquement, il est imposé aux professionnels de préciser qu'il y a obligation de paiement en mentionnant sur le site « commande avec obligation de paiement » ou une formule similaire. En outre, le texte précise que « les sites de commerce en ligne indiquent clairement et lisiblement, au plus tard au début du processus de

commande, les moyens de paiement acceptés par le professionnel et les éventuelles restrictions de livraison ». Ces obligations sont issues de l'article 8, § 2 et 3 de la directive relative aux droits des consommateurs¹⁰⁶².

La notion de « support durable » est définie à l'article 2, § 10 de la directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs¹⁰⁶³ comme « tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ». Le disque dur semble être un support durable ; toutefois il paraît difficile pour le professionnel de prouver que le consommateur a stocké l'information sur ce support.

La notion de support durable était déjà employée dans la directive 97/7, du 20 mai 1997, sur les contrats à distance conclus par les consommateurs à propos de l'information à dispenser au consommateur¹⁰⁶⁴. Or la Cour de justice a décidé que l'insertion d'un lien hypertexte qui renvoie à l'information ne suffit pas pour satisfaire à cette obligation¹⁰⁶⁵.

Il faudrait que le professionnel mette au point une technique de téléchargement et de stockage alternative au papier, en conservant la preuve de la délivrance de cette information de manière durable. À défaut, le professionnel pourrait dans un premier temps mettre à disposition l'information en ligne, mais au plus tard au moment de la livraison ou de l'exécution du service, il doit donner ces informations sur papier.

- 262 ***Prohibition du « spamming » (rappel)*** ◇ L'article L. 121-20-5 du Code de la consommation reproduit l'article L. 34-5 du Code des postes et communications électroniques qui interdit la prospection automatique auprès des personnes physiques sans leur accord préalable¹⁰⁶⁶.

§ 3. Rétractation

- 263 ***Droit de rétractation de quatorze jours*** ◇ Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer le droit de rétractation

qui lui est accordé par l'article L. 121-21 du Code de la consommation en matière de vente et de prestation de services non financiers ; ce délai était auparavant de sept jours ¹⁰⁶⁷. Le point de départ du délai est fixé au jour de la réception du bien pour une vente ou lors de l'acceptation de l'offre pour un service ¹⁰⁶⁸.

Ce point de départ est reporté lorsque les informations prévues par l'article L. 121-17 n'ont pas été communiquées ¹⁰⁶⁹. Ce report est au maximum de douze mois ¹⁰⁷⁰. Toutefois, si le professionnel communique les informations avant l'écoulement de ce délai la réception de ces informations fait courir le délai de quatorze ¹⁰⁷¹. Ce report du point de départ du délai de rétractation constitue une sanction intéressante de l'absence de diffusion des informations ou d'une communication imparfaite.

264 *Exceptions au droit de rétractation* ◇ Il a été prévu à l'article L. 121-21-8 du Code de la consommation une série de situations dans lesquelles le droit de rétractation ne peut pas être exercé ¹⁰⁷². Les contrats portant sur des biens ou services dont le prix est déterminé en fonction des fluctuations des taux du marché financier ne sauraient faire l'objet d'une rétractation. Les biens confectionnés sur mesure, les enregistrements audio ou vidéo descellés et la fourniture de journaux ou périodiques ne peuvent pas être remis en cause.

265 *Nature juridique du droit de rétractation* ◇ La rétractation, synonyme de « renonciation » ¹⁰⁷³ en droit des assurances, a été définie comme « une manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté » ¹⁰⁷⁴. Cette technique peut être considérée comme un moyen d'anéantir un contrat qui s'est formé ou, agissant comme une condition suspensive, elle empêcherait la formation définitive du contrat. Afin d'opérer une qualification plus précise, il convient de distinguer entre le délai de réflexion, comme celui prévu en matière de crédit immobilier ¹⁰⁷⁵ et d'enseignement à distance ¹⁰⁷⁶ et le droit de rétractation pur et simple.

Si l'on s'en tient aux droits de rétractations *lato sensu* prévus au profit du consommateur, on peut considérer, selon une première approche, que les textes prévoient une sorte de formation par étapes du contrat ¹⁰⁷⁷. Cependant, dans les études où il est distingué nettement entre le délai de

réflexion et la rétractation au sens strict, les auteurs considèrent que cette faculté constitue une condition résolutoire qui affecte un contrat déjà formé ¹⁰⁷⁸. Il s'évince de ces études, que la rétraction constitue une manifestation de volonté ayant pour objet de mettre fin au contrat déjà formé ; elle entraîne la résolution ou la résiliation de la convention.

Il apparaît que le droit de rétractation prévu pour la vente à distance à l'article L. 121-21 du Code de la consommation répond à cette définition ; il en est de même pour la rétractation, ou la renonciation, prévue dans les services financiers à distance ¹⁰⁷⁹. Ces dispositions mettent en place un processus de rétractation pur et simple et non un délai de réflexion qui aboutit à la résolution ou la résiliation du contrat. Dans les directives relatives aux contrats à distance, la rétractation entraîne bien une résolution du contrat ¹⁰⁸⁰.

C'est pourquoi le législateur a organisé les restitutions consécutives à la rétractation.

266 ***Restitutions consécutives à la rétractation*** ◇ Le législateur européen a d'abord organisé les conséquences de la rétractation dans un article unique de la directive 97/7 sur les contrats à distance ¹⁰⁸¹. La Cour de justice de l'Union européenne a dû préciser les conséquences du recours à la faculté de rétractation prévue par ce texte. Aux termes de l'arrêt *Messner* ¹⁰⁸², il n'est pas possible pour le vendeur de réclamer une indemnité pour l'usage du bien vendu à distance avant l'exercice de la faculté de rétractation, sauf si le consommateur a fait dudit bien un « usage incompatible avec les principes du droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause ». Une juridiction d'un État membre pourrait alors prévoir une indemnité « à la condition qu'il ne soit pas porté atteinte à la finalité de ladite directive et, notamment, à l'efficacité et à l'effectivité du droit de rétractation, ce qu'il incombe à la juridiction nationale de déterminer » ¹⁰⁸³.

En revanche, dans la directive 2011/83, le droit de rétractation fait l'objet de sept longs articles (9 à 16). Le professionnel doit procéder au remboursement des sommes payées dans les quatorze jours de l'exercice de la faculté de rétractation, remboursement qu'il peut différer jusqu'à la réception des biens dans une vente à distance ¹⁰⁸⁴. Le consommateur doit, quant à lui, renvoyer le bien à ses frais ¹⁰⁸⁵. Tenant compte de la jurisprudence *Messner*, la directive prévoit que le consommateur engage sa responsabilité en cas d'usure anormale du bien qui va au-delà de ce

qui est nécessaire au simple examen ou test du produit ¹⁰⁸⁶ ; il n'est cependant pas responsable de cette dépréciation quand le professionnel ne l'a pas informé de l'existence du droit de rétractation ¹⁰⁸⁷. Enfin, en reprenant la voie qui avait été ouverte en matière de services financiers ¹⁰⁸⁸, désormais, en matière d'offre à distance de bien ou de services, il est possible pour le consommateur de demander l'exécution du service et de se rétracter ensuite ¹⁰⁸⁹. Tel n'était pas le cas sous l'empire de la directive 97/7 ¹⁰⁹⁰ ; la demande d'exécution immédiate du service empêchait toute rétractation ¹⁰⁹¹. Désormais, le service non financier peut commencer à être exécuté, puis la rétractation intervenir. Le consommateur doit alors payer une somme proportionnelle pour le temps d'utilisation. La directive ajoute que si le « prix total est excessif », c'est sur la base de la valeur marchande que le prix de l'utilisation temporaire est fixé ¹⁰⁹². Enfin, dans la directive 2011/83 ¹⁰⁹³, il est prévu que tout contrat lié, tel qu'un prêt, qui pourrait avoir été contracté est caduc dès lors que le consommateur exerce son droit de rétractation ¹⁰⁹⁴.

L'ensemble de ces dispositions sur la vente et les services non financiers à distance sont transposés dans le Code de la consommation aux articles L. 121-21-3 à L. 121-21-7.

§ 4. Responsabilité du professionnel du fait des tiers substitués et transfert des risques

- 267 **Présentation** ◇ Il a été instauré en droit français une responsabilité du professionnel qui commerce par Internet du fait de tout tiers substitué (A) ; la directive « relative aux droits des consommateurs » retarde quant à elle le transfert des risques (B)

A. Responsabilité contractuelle de plein droit du professionnel

- 268 **Origine et contenu de la responsabilité contractuelle de plein droit** ◇ C'est à l'Assemblée nationale ¹⁰⁹⁵ qu'il a été introduit dans la loi « confiance dans l'économie numérique », une responsabilité de plein droit du professionnel commerçant par Internet ¹⁰⁹⁶, qui ne trouve pas sa source dans la directive commerce électronique ¹⁰⁹⁷. Cette responsabilité de plein droit est prévue à l'article 15 de la loi « confiance dans

l'économie numérique » et s'applique aux relations entre professionnels ¹⁰⁹⁸ et aux contrats à distance conclus par le consommateur avec un professionnel. L'article 15 II de ce texte a ajouté un quatrième alinéa à l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation, où il est prévu que le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel lui-même ou par un tiers qu'il se substitue. Le cinquième alinéa ajoute que l'exonération totale ou partielle pourrait venir d'un cas de force majeure, de la faute du consommateur ou du fait d'un tiers. Le professionnel ne peut donc pas écarter sa responsabilité en démontrant son absence de faute.

Ces dispositions ont été adoptées afin de donner confiance au consommateur qui doit entièrement se fier au professionnel bien qu'il n'y ait pas de contact physique. Le modèle de cette responsabilité de plein droit a été emprunté à l'article 23 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 sur l'organisation et la vente de voyages et de séjours qui crée une responsabilité du voyageur du fait de tous les prestataires qui exécutent le contrat ¹⁰⁹⁹. Cette loi avait été adoptée afin de transposer la directive 90/314/CEE du 13 juin 1990. Appliquée à la vente à distance cette responsabilité de plein droit constitue le professionnel responsable de l'ensemble de la chaîne contractuelle qui part de la conclusion du contrat jusqu'à la livraison du bien ou l'exécution du service.

269 *Champ d'application* ◇ Seul le consommateur ayant conclu un contrat à distance peut bénéficier de cette disposition. Il n'y a pas lieu ici de s'interroger sur la nature du contrat conclu ¹¹⁰⁰, il peut s'agir aussi bien d'une vente que d'un contrat d'entreprise. Le professionnel est celui qui propose ou offre ses biens ou services à distance dans les conditions définies à l'article L. 121-16 du Code de la consommation.

De surcroît, le tiers substitué au professionnel contractant direct du consommateur est celui qui exécute une partie de la prestation : manutentionnaire, transporteur, sous-traitant... Dans le rapport parlementaire devant l'Assemblée, pour donner confiance au consommateur, il était souligné qu'« il est nécessaire de créer une responsabilité globale du marchand en ligne sur toute la prestation, celui-ci étant institué comme interlocuteur unique du client pour l'ensemble des opérations pouvant mobiliser des sous-traitants » ¹¹⁰¹. Lors des débats qui ont suivi, il était encore précisé qu'il convenait de

sécuriser la transaction pour l'acheteur notamment pour l'opération de transport ¹¹⁰². Le professionnel doit donc répondre de tout tiers qui participe à l'exécution de la prestation ; il pèse sur lui une obligation de résultat.

270 *Une obligation de résultat* ◇ La responsabilité de plein droit, qui s'illustre par la responsabilité générale du fait des choses, ne permet à l'auteur du dommage de s'exonérer qu'en démontrant la force majeure (qui comprend le fait du tiers imprévisible, irrésistible et cause exclusive du dommage) ou la faute de la victime ¹¹⁰³. Ce sont ses sources d'exonération qui sont reprises par l'alinéa 5 de l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation qui dispose que le professionnel « peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure ».

La responsabilité de plein droit instaurée par le législateur à la charge du professionnel exerçant son activité par voie électronique revient donc à faire peser sur ce dernier une obligation de résultat ¹¹⁰⁴. Le débiteur d'une obligation de résultat est placé dans la même situation que le gardien d'une chose ¹¹⁰⁵, dès lors que le résultat prévu au contrat n'est pas atteint, il est responsable directement ¹¹⁰⁶. Il n'est pas nécessaire pour le créancier de l'obligation de prouver une faute, il appartient au débiteur de prouver la force majeure ou la faute du cocontractant pour s'exonérer ¹¹⁰⁷.

L'instauration de cette obligation ne doit pas étonner ; s'agissant de prestations simples et ne présentant pas d'aléas (livraison de marchandises ou fournitures de services qui ne consistent pas en des prestations intellectuelles), la jurisprudence avait déjà imposé des obligations de résultat ¹¹⁰⁸. En effet, il appartient au vendeur de faire délivrer la chose convenue dans la quantité et qualité prévue et à la date précisée, sans qu'il puisse être soutenu que ce sont des obligations de moyens. Le véritable apport du texte consiste en l'extension de cette obligation aux prestations effectuées par des tiers substitués, en particulier le transporteur.

271 *Responsabilité contractuelle du fait des tiers* ◇ Il était déjà établi, en jurisprudence ¹¹⁰⁹, qu'en matière de sous-traitance l'entrepreneur

principal est responsable du fait de son sous-traitant ¹¹¹⁰. Une entreprise informatique maître d'œuvre dans l'élaboration d'un logiciel a été jugée responsable à l'égard de son client bien que le sous-traitant ait été choisi par ce dernier ¹¹¹¹.

La véritable évolution provient de la responsabilité du professionnel du fait du transporteur. En effet, l'article L. 132-7 du Code de commerce fait supporter le risque de perte de la chose transportée à l'acquéreur (à défaut de convention contraire) et c'est à ce dernier qu'il appartient d'exercer un recours contre le transporteur. L'article L. 121-19-4 du Code de la consommation fait supporter le risque de perte ou d'avarie de la chose en cours de transport par le professionnel vendeur ou prestataire ¹¹¹². Par application de ce texte, la Cour de cassation a jugé que le professionnel qui avait eu recours à La Poste pour l'acheminement de bons d'achat était responsable de la défaillance de cette dernière ¹¹¹³ ; celle-ci ne pouvant pas être considérée comme un tiers au contrat, mais participe bien à l'exécution même de ce contrat. Ce même arrêt apporte également une réponse sur les éventuelles clauses limitatives qu'un professionnel pourrait introduire.

272 *La prohibition des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité* ◇ Valables entre professionnels ¹¹¹⁴, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ne sauraient être opposées au consommateur. Il n'est pas nécessaire ici d'invoquer les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation sur les clauses abusives ¹¹¹⁵. Il a été jugé, sans que cela soit contestable, que les dispositions de l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation sont d'ordre public et qu'en conséquence, un professionnel ne « peut conventionnellement exclure ni limiter, en dehors des prévisions de la loi, la réparation due au consommateur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'un tel contrat » ¹¹¹⁶. Le professionnel qui exerce son activité par Internet doit donc s'attendre à supporter une obligation de bonne fin dans l'exécution du contrat conclu avec le consommateur. Toutefois, cette obligation ne saurait s'étendre au-delà de la stricte exécution du contrat.

273 *Limites de la responsabilité de plein droit* ◇ La question de l'extension de cette responsabilité de plein droit à la garantie du vice ou du défaut de la chose vendue ou fabriquée sur mesure ¹¹¹⁷.

Comme dans la relation entre professionnels régie par l'article 15 I de la loi confiance dans l'économie numérique ¹¹¹⁸, il ne semble pas que la responsabilité de plein droit pesant sur le professionnel s'étende au-delà de ce qui a été prévu par l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation ; c'est-à-dire la bonne exécution du contrat. La garantie de conformité prévue par le Code de la consommation aux articles L. 211-4 et suivant du Code de la consommation issue de la directive 99/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation couvre la question de la garantie des vices cachés et celle de la non-conformité. Ces règles spéciales ne sauraient donc être absorbées par les règles plus générales de l'article L. 121-19-4.

En outre, la Cour de cassation interdit le concours d'action entre garantie des vices cachés et vices du consentement ¹¹¹⁹ ou non-conformité ¹¹²⁰ ; il n'y a pas de raison qu'elle le tolère avec la responsabilité de plein droit du professionnel.

La responsabilité du fait des produits défectueux des articles 1386-1 et suivants du Code civil ne saurait non plus être affectée par la responsabilité de plein droit. Non seulement, ce régime présente un caractère spécial, mais encore la Cour de justice de l'Union européenne s'oppose à la substitution d'un régime sans faute à la responsabilité du fait des produits défectueux issue de la directive n° 85/374/CEE du 25 juillet 1985. En effet, elle a décidé qu'il n'y avait pas d'alternative possible, en dehors d'une responsabilité pour faute, à l'application du régime communautaire ¹¹²¹. Aux termes d'arrêts rendus en 2002 ¹¹²², il a été décidé que l'article 13 de la directive s'il laisse la possibilité aux victimes de choisir leur régime de responsabilité, ce choix ne doit pas permettre de bénéficier de droits plus étendus que ceux conférés par la directive ¹¹²³. Dans un arrêt de 2006, *Skov Aeg* ¹¹²⁴, cette position a été précisée : la règle nationale ne peut pas être plus large que la directive dès lors qu'une responsabilité sans faute du fait des produits défectueux est mise en œuvre. Toutefois, selon la cour, la directive ne s'oppose pas « à une règle nationale selon laquelle le fournisseur est tenu de répondre sans restriction de la responsabilité pour faute du producteur » ¹¹²⁵. Ainsi le consommateur victime d'un produit qui présente un défaut de sécurité dispose-t-il du « choix » entre le régime restrictif de la responsabilité du fait des produits défectueux ou du régime de la responsabilité pour faute. C'est pourquoi ce dernier, quand bien même il aurait acquis le produit par Internet, serait obligé de se fonder sur les articles 1386-1 et suivants

du Code civil ou 1382 du même code, mais ne pourrait pas invoquer l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation pour obtenir réparation de son préjudice. De surcroît, cette action serait vouée à l'échec, car dirigée contre un revendeur, elle contreviendrait aux articles 1386-6 et 1386-7 du Code civil, reprenant la directive du 25 juillet 1985, qui impose à la victime de diligenter son action contre le producteur, c'est-à-dire le fabricant.

Le régime de la responsabilité de plein droit présente donc le mérite de concentrer sur le professionnel la responsabilité de l'exécution pleine et entière du contrat sans pour autant lui imposer une garantie du produit lui-même. La construction de régime a été inspirée par les dispositions sur les voyages à forfait, ce régime distinct n'est pas remis en cause par l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation.

274 *Le régime distinct des voyages à forfait* ◇ La responsabilité de plein droit du professionnel commerçant par Internet a été inspirée par l'article 23 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 sur l'organisation et la vente de voyages et de séjours qui crée une responsabilité du voyageur du fait de tous les prestataires (transporteurs, hôteliers...) qui exécutent le contrat ¹¹²⁶. Cette loi avait été adoptée afin de transposer la directive 90/314/CEE du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, qui prévoit en son article 5 une responsabilité de l'organisateur du voyage du fait de tous les prestataires de service qui exécutent les prestations prévues. L'article 23, de la loi du 13 juillet 1992 a été codifié à l'article L. 211-16 du Code du tourisme. L'article 1^{er} d'une loi n° 2009-888 a ajouté la précision que cette responsabilité du fait des prestataires substitués s'applique à tout voyageur que le « contrat ait été conclu à distance ou non » ¹¹²⁷.

Toutefois, afin de ne pas déroger aux règles spéciales du droit des transports qui peuvent avoir été édictées par des conventions internationales, l'article L. 211-18 du Code du tourisme, conformément à la directive de 1990, précise que cette responsabilité de plein droit du voyageur ne s'étend pas aux « vols secs » ; c'est bien dans le seul cadre d'un forfait qui comprend transport et prestations de tourisme que l'article L. 211-16 trouve à s'appliquer. Un consommateur a tenté d'engager la responsabilité d'une agence de voyages pour l'annulation de vols d'une compagnie aérienne ayant fait faillite, sur le fondement de l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation. La cour d'appel

de Paris les a déboutés en retenant l'application exclusive de l'article L. 211-8 du Code du tourisme ¹¹²⁸.

La responsabilité de plein droit du professionnel qui conclut un contrat à distance avec un consommateur n'a donc pas vocation à sortir du cadre strict de l'exécution de la prestation et sans remettre en cause l'application de règles spéciales. De la même façon que le contrat à distance portant sur des biens ou services se distingue de celui qui a pour objet des services financiers à distance.

B. Le report du transfert des risques par la directive relative aux droits des consommateurs

275 *Fin de la règle française de transfert à l'échange des consentements dans la vente* ◇ En son article 20, la directive « droits des consommateurs » dispose que « le risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur lorsque ce dernier, ou un tiers désigné par le consommateur et autre que le transporteur, prend physiquement possession de ces biens ». On trouve également cette disposition dans la proposition de règlement relatif à un « droit commun européen de la vente » ¹¹²⁹. Cette disposition a été reprise dans la loi « Hamon » du 17 mars 2014 ¹¹³⁰ et est venue s'insérer à l'article L. 138-4 du Code de la consommation.

Ces dispositions convergent avec celles adoptées en droit interne à l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation pour éviter au consommateur de supporter une perte ou une avarie qui adviendrait avant que le bien ne lui soit livré.

SECTION 2. LES SERVICES FINANCIERS À DISTANCE

276 *Après les services, les services financiers* ◇ La directive 97/7 portait sur les contrats à distance de vente et de services ¹¹³¹ ; elle excluait les services financiers de son champ d'application. Ces derniers, lorsqu'ils sont conclus à distance ont été régis par la directive du 23 septembre 2002 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs ¹¹³². La directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs ne modifie pas les dispositions sur les services financiers à distance, ces derniers n'entrent pas dans son champ

d'application ¹¹³³. Afin de transposer cette directive, il a été adopté une ordonnance du 6 juin 2005 ¹¹³⁴. Ce dernier texte avait modifié fortement le Code de la consommation dans sa partie consacrée aux pratiques commerciales (livre I^{er}, titre II). La section consacrée aux ventes de biens et à la fourniture de prestations de services à distance (livre I^{er}, titre II, chapitre II, section II) avait été subdivisée en trois sous-sections. La première était consacrée aux contrats ne portant pas sur des services financiers (art. L. 121-16 à L. 121-20-7), la deuxième portait sur les dispositions particulières relatives aux services financiers (art. L. 121-20-8 à L. 121-20-14) et une troisième sous-section prévoyait des dispositions communes à tous les contrats conclus à distance (art. L. 121-20-15 à L. 121-20-17). Cette organisation est de nouveau modifiée par le projet de loi consommation de 2013 ¹¹³⁵, qui prévoit une section 2 « relative aux contrats conclus à distance et hors établissement » et une section 3 intitulée « Dispositions particulières aux contrats conclus à distance portant sur des services financiers » ; celle-ci qui nous intéresse à présent, comprend les articles L. 121-26 à L. 121-33 du Code de la consommation.

277 *Ouverture du marché des services financiers* ◇ « Tant pour les consommateurs que pour les fournisseurs de services financiers, la commercialisation à distance de services financiers constituera l'un des principaux résultats tangibles de l'achèvement du marché intérieur » est-il indiqué au deuxième considérant de la directive du 23 septembre 2002 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs ¹¹³⁶. L'objectif affiché présentait une grande cohérence avec le souhait de libérer la concurrence sur le marché des services dans l'Union européenne considéré comme une source de croissance. Cette concurrence accrue peut être facilitée par l'usage de la proposition à distance, via Internet et le téléphone pour l'essentiel, des services financiers. Il restait alors à concilier la libéralisation de l'offre avec les exigences de protection des destinataires, c'est-à-dire les consommateurs. Or, il existait déjà de nombreuses dispositions visant à protéger les utilisateurs de services financiers. La conciliation entre ses impératifs distincts était opérée en droit communautaire par l'adoption de la directive ; cette dernière a été transposée en droit interne par l'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs ¹¹³⁷.

Le texte embrasse à la fois la banque et l'assurance en introduisant des dispositions, notamment, dans le Code de la consommation, dans le Code monétaire et financier et dans le Code des assurances. Afin de bien saisir ces dispositions souvent techniques, nous évoquerons d'abord les règles communes à la banque et à l'assurance, contenues dans le Code de la consommation (§ 1), puis les règles particulières à l'assurance (§ 2) et celles relevant de la banque (§ 3).

§ 1. Les règles communes à la banque et à l'assurance

278 *Présentation* ◇ Le champ d'application (A) des nouvelles dispositions est à préciser avant de relever les règles générales sur l'information (B) et la rétractation (C).

A. Le champ d'application des règles sur les services financiers à distance

279 *Tous services de banque et d'assurance* ◇ L'article L. 121-26 du Code de la consommation précise que tous les contrats d'assurance, vie et non vie, et tous les services financiers, services de banque, investissement, épargne retraite, conclus par un consommateur à distance sont régis par la section de ce code relative « aux dispositions particulières aux contrats portant sur des services financiers ».

280 *Contrat entièrement conclu à distance par un consommateur* ◇ Les dispositions sur les services financiers à distance ne s'appliquent qu'au contrat entièrement conclu à distance ; c'est-à-dire que le « fournisseur » ou son « intermédiaire » a utilisé pour la formation de la convention « exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à, et y compris, la conclusion du contrat ». Les nouvelles dispositions ne s'appliquent donc que dans les circonstances où les contractants n'ont pas été en présence l'un de l'autre à un moment quelconque du processus de conclusion du contrat. Un contrat conclu par téléphone, par fax ou par Internet, ou encore par la combinaison de ces trois moyens, est ainsi réputé formé à distance.

Seul le consommateur bénéficiera des nouveaux textes. Ce dernier

n'est pas défini dans les dispositions propres aux services financiers à distance insérées dans le Code de la consommation, mais la directive ¹¹³⁸, le qualifie de personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle. En outre, le consommateur est, depuis le projet de loi consommation de 2013, défini restrictivement dans l'article liminaire du code ¹¹³⁹. Le consommateur conclut désormais un contrat de services financiers à distance lorsqu'il s'engage dans une convention qui fixe les modalités des prestations fournies. Les dispositions imposées au fournisseur ne s'appliquent que pour la convention initiale et non aux prestations de services ultérieures qui ne représentent que des actes d'exécution ¹¹⁴⁰. Il s'agit pour l'essentiel de l'information et de la faculté de rétractation.

B. Les obligations d'information

281 *Informations générales sur le contrat ou le service et maintien du devoir de mise en garde du client profane* ◇ Il est imposé une identification précise du fournisseur et une description détaillée du service, notamment afin de déterminer le coût exact de ce dernier ; le tout de manière claire et compréhensible ¹¹⁴¹. Les précisions devront également porter sur la faculté de rétractation et la loi applicable ¹¹⁴². Ces informations sont encore précisées par l'article R. 121-2-1 du Code de la consommation ¹¹⁴³.

De surcroît, en matière d'assurance comme de services bancaires et financiers à distance, l'information obligatoire et les documents contractuels doivent être communiqués au consommateur « par écrit ou sur un support durable à sa disposition » et auquel il peut accéder avant tout engagement ¹¹⁴⁴. L'article 1369-1 du Code civil prévoit que la voie électronique peut être utilisée pour une telle mise à disposition. Il faudra en outre que le document puisse être imprimé. L'article 2 de la directive services financiers à distance et son considérant 20 indiquent en substance que le support durable consiste en tout instrument permettant de stocker les données tel que CD-Rom, DVD ou disque dur. Toutefois, on doit rappeler ici que la Cour de justice a décidé que l'insertion d'un lien hypertexte qui renvoie à l'information ne suffit pas pour satisfaire à l'obligation de fournir une information sur support durable ¹¹⁴⁵. Aux termes de cette jurisprudence, le prestataire de services financiers va donc devoir trouver un moyen de préconstituer la preuve qu'il a bien

communiqué l'information.

Par ailleurs, la jurisprudence maintient son obligation traditionnelle d'information pesant sur un courtier en bourse, quand bien même ce dernier opérerait-il en ligne ¹¹⁴⁶. Il doit en outre, mettre en garde le client profane sur l'obligation de couverture ¹¹⁴⁷.

282 *Téléphone* ◇ Par ailleurs, le professionnel pourra exécuter ses obligations d'information immédiatement après la conclusion du contrat, lorsque celui-ci a été conclu à la demande du consommateur en utilisant une technique de communication à distance ne permettant pas la transmission des informations précontractuelles et contractuelles sur un support papier ou sur un autre support durable ¹¹⁴⁸. Cette exception paraît principalement destinée à la commercialisation par téléphone.

Il a été ajouté à l'article R. 121-2-1, 5° du Code de la consommation qu'en cas de communication par « téléphonie vocale » sous réserve de l'accord formel du consommateur, seules les informations restreintes prévues par ce texte peuvent être communiquées par téléphone. Il s'agit de l'identité de la personne entrant en contact avec le consommateur et le fournisseur pour le compte duquel elle agit ; des caractéristiques du service, de son prix total ; de l'existence d'autres frais ou taxes et de l'existence ou absence de la faculté de rétractation.

Il nous semble que ces dispositions issues d'un décret ¹¹⁴⁹ ne se substituent pas aux obligations d'informations complètes prévues par l'article L. 121-27, notamment « les documents d'information particuliers relatifs aux produits, instruments financiers et services proposés requis par les dispositions législatives et réglementaires ». En effet, après l'appel téléphonique ces documents doivent être communiqués ou rendus disponibles de manière non équivoque afin qu'un consommateur qui s'engagerait par téléphone dans une opération financière ne soit pas moins bien protégé que celui se rendant chez son banquier ou son assureur.

283 *Sanction du défaut d'information* ◇ Les infractions à ces obligations d'information pourront être relevées par les enquêteurs de la répression des fraudes ¹¹⁵⁰ ; mais la sanction la plus dissuasive consiste en l'ajournement du point de départ du délai de rétractation prévu à l'article L. 121-29 du Code de la consommation. Ce délai de rétractation ne commencera à courir qu'à compter de la réception ou de la mise à

disposition des informations et documents ¹¹⁵¹.

- 284** ***Prohibition du « spamming » (rappel)*** ◇ L'interdiction d'offre non sollicitée par la méthode du *spamming*, qui consiste en l'envoi massif de propositions adressées personnellement, est interdite. L'article L. 121-31 du Code de la consommation reproduit l'interdiction l'article L. 34-5 du Code des postes et communications électroniques qui interdit ce type de prospection auprès des personnes physiques dès lors qu'elles n'ont pas donné leur consentement préalable.

C. La rétractation

- 285** ***Nature de la rétractation (rappel)*** ◇ Pour les contrats d'assurance ou de services bancaires et financiers concernés conclus à distance, le consommateur bénéficie d'un délai de rétractation de quatorze jours ¹¹⁵², porté à trente jours pour l'assurance-vie ¹¹⁵³. L'exercice de cette faculté de rétractation ou de renonciation s'analyse comme une résolution d'un contrat déjà formé ¹¹⁵⁴.

- 286** ***Régime de la rétractation*** ◇ Le délai de rétractation commence à courir à compter du moment de la conclusion du contrat ou du moment où le consommateur reçoit les informations ou les documents contractuels obligatoires ¹¹⁵⁵. Le délai est dit de « quatorze jours calendaires » ¹¹⁵⁶ pour adapter l'expression de « quatorze jours calendrier » de la directive ¹¹⁵⁷. À notre sens, il faut interpréter ce délai comme un délai de procédure et non un délai de prescription. Aussi, le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation expire-t-il, selon nous, le dernier jour à vingt-quatre heures. Ce délai qui expirerait un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé n'est pas prorogé.

Certains types de contrats échappent à la faculté de rétractation tant en matière d'assurance ¹¹⁵⁸ que de banque ¹¹⁵⁹.

- 287** ***Exécution immédiate du service et rétractation*** ◇ Le consommateur peut demander l'exécution immédiate de la prestation ¹¹⁶⁰ tout en conservant le bénéfice de son droit de rétractation. Si le contrat est intégralement exécuté par les parties pendant le délai de rétractation, il n'est alors plus possible d'exercer ce droit ¹¹⁶¹.

Il est par ailleurs prévu la difficulté posée par l'éventuel paiement du service qui interviendrait avant rétractation. Ce paiement ne peut être que proportionnel au service fourni avant la rétractation ¹¹⁶². En outre, il est nécessaire que ce paiement soit prévu par l'offre de service ¹¹⁶³ et que le professionnel n'ait pas mis en place le service avant la renonciation expresse du consommateur ¹¹⁶⁴.

L'exercice du droit de rétractation anéantit le contrat et oblige une remise en état. Le professionnel est tenu de restituer au consommateur toute somme payée dans un délai inférieur à trente jours à compter de la réception de l'exercice du droit de rétractation ¹¹⁶⁵. Passé ce délai, la somme produit des intérêts au taux légal ¹¹⁶⁶. De même le consommateur restitue au plus tard dans les trente jours tout ce qu'il aura reçu en exécution du contrat ¹¹⁶⁷.

De telles dispositions, qui donnent effet au contrat tout en maintenant l'éventualité d'une résolution ou d'une résolution par l'effet du droit de rétractation, soulèvent de redoutables difficultés en droit des assurances.

§ 2. Les règles propres à l'assurance

288 *Dispositions spécifiques dans le Code des assurances* ◇ Le Code des assurances s'est vu doté, par l'ordonnance du 6 juin 2005 ¹¹⁶⁸ d'un article L. 112-2-1 qui a pris place parmi les dispositions relatives à la conclusion du contrat d'assurance ¹¹⁶⁹, en insistant sur les obligations d'information à l'égard du souscripteur consommateur. Ce texte, subdivisé de I à VI, reprend pour partie les dispositions du Code de la consommation tout en y insérant des termes plus familiers à l'assurance ¹¹⁷⁰. Ces dispositions s'appliquent à tous les contrats d'assurance-vie ou non vie.

Nous rappellerons ici qu'en matière d'assurance, l'assureur ne formule qu'une proposition d'assurance. C'est le candidat à la souscription qui formule une offre de s'assurer que l'assureur accepte ou non ; ce dernier peut alors formuler une contre offre avec par exemple avec une prime majorée.

C'est donc, le plus souvent, à l'acceptation par l'assureur que le contrat est formé. Il n'est nul besoin d'un écrit pour que le contrat soit valable ; la police établie n'étant qu'un mode de preuve du contrat et de son contenu.

289 ***Champ d'application*** ◇ Pour l'application des dispositions spécifiques à l'assurance à distance, le 2° de l'article L. 112-2-1 – I du Code des assurances précise que « l'assureur ou l'intermédiaire d'assurance » remplacent le terme de « fournisseur ». Ce même 2° indique, en outre, que le consommateur d'assurance est « le souscripteur, personne physique, qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle ». Seul le consommateur ainsi défini bénéficie des dispositions sur l'assurance à distance. Ces dispositions accentuent la différence entre les consommateurs d'assurance et les autres souscripteurs. En effet, la tradition du droit des assurances, remontant à la grande loi du 13 juillet 1930, était que les règles établies s'appliquaient à tous les souscripteurs à l'exception des grands risques ¹¹⁷¹.

Pour les consommateurs exclusivement qui concluent leur contrat entièrement à distance l'information qui leur est due a fait l'objet de dispositions spécifiques (A) et le droit de rétractation a été établi sous forme de faculté de renonciation (B).

A. Les obligations d'information

290 ***Information en assurance non vie*** ◇ Afin de tenter d'éclaircir le maquis des obligations d'informations en droit des assurances, l'article L. 121-17 du Code de la consommation qui établit la liste des mentions informatives est écarté pour le contrat d'assurance à distance et remplacé par le III de l'article L. 112-2-1 Code des assurances. Ce dernier texte impose des obligations d'information à délivrer avant la conclusion d'un contrat à distance et notamment la nécessité d'une identification précise de l'assureur, de préciser le montant de la prime et la durée du contrat, la durée de la proposition, ainsi que la loi applicable au contrat, la langue utilisée et l'existence de modes alternatifs de règlement des conflits.

Quand la proposition d'assurance est formulée par téléphone, l'article R. 112-4 du Code des assurances ¹¹⁷² précise que seuls le montant de la prime, la durée du contrat et l'existence ou non du droit de rétractation peuvent être mentionnés. Cependant, à l'issue de l'appel et avant la conclusion du contrat l'assureur doit fournir l'intégralité des informations prévues ¹¹⁷³.

291 *Information en assurance-vie* ◇ Outre les informations prévues par l'article L. 112-2-1 III du Code des assurances la proposition d'assurance-vie à distance doit également comprendre les documents prévus par l'article L. 132-5-2 du même code ¹¹⁷⁴, c'est-à-dire une note d'information ou un projet de contrat qui précise les principales caractéristiques du contrat. Cette note d'information peut être remplacée par un « encadré » qui résume en début de contrat les éléments caractéristiques de ce dernier. ¹¹⁷⁵

292 *Sanctions du défaut d'information* ◇ Les infractions à l'obligation de communication de ces informations précontractuelles et des conditions contractuelles sont constatées et sanctionnées par la Commission de contrôle des assurances ou par les enquêteurs de la répression des fraudes ¹¹⁷⁶. Toutefois, la sanction la plus efficace consiste certainement dans le report du point de départ du délai de renonciation dont bénéficie le consommateur. Ce dernier est reporté jusqu'à la communication des informations ou des conditions contractuelles ¹¹⁷⁷.

B. La faculté de renonciation

293 *Régime* ◇ La faculté de renonciation prévue par les I et III de l'article L. 112-2-1, synonyme de la rétractation, peut s'exercer dans un délai de quatorze jours « calendaires » ¹¹⁷⁸ porté à trente jours pour l'assurance-vie a été instaurée pour le contrat d'assurance conclu à distance ¹¹⁷⁹. Ce délai commence à courir soit à compter de la conclusion du contrat d'assurance, soit à partir de la remise effective des documents d'information ¹¹⁸⁰.

La lecture des articles 5 et 6 de la directive 2002/65 services financiers à distance ¹¹⁸¹ révèle que le point de départ du délai est calculé soit à partir de la conclusion soit à partir de l'envoi des documents, quelle que soit la cause du retard pris pour cet envoi. Il importe donc peu que ce soit l'impossibilité technique, telle que l'usage du téléphone ¹¹⁸², ou une autre cause qui explique le défaut de communication de l'information ou la communication incomplète ; le point de départ du délai sera alors toujours reculé.

Par ailleurs, il a été décidé qu'en matière d'assurance quand la faculté de renonciation est accordée, elle s'exerce de manière discrétionnaire ¹¹⁸³.

Toutefois, la faculté de renonciation est exclue pour certains types de contrats.

294 *Contrats pour lesquels la faculté de renonciation est exclue* ◇ Certains contrats échappent à la faculté de renonciation. Il s'agit des contrats d'assurance pour une courte durée couvrant un voyage ou offrant une garantie pour une durée inférieure à un mois ¹¹⁸⁴, des contrats d'assurance-automobile ¹¹⁸⁵ et des contrats exécutés intégralement par les deux parties avant l'écoulement du délai de renonciation lorsque le consommateur en a fait expressément la demande ¹¹⁸⁶.

295 *Violations de la directive sur les cas d'exclusion de la faculté de renonciation* ◇ On observera que l'article 6, 2 de la directive 2002/65 services financiers à distance ¹¹⁸⁷ qui prévoit les exceptions à la faculté de renonciation n'a pas été scrupuleusement respecté par le législateur français. Le texte européen prévoit l'exclusion des services financiers dont le prix dépend de fluctuations des marchés financiers pour les services financiers liés, par exemple, aux instruments du marché monétaire ou aux titres négociables ¹¹⁸⁸. De même, les contrats d'assurance d'une durée inférieure à un mois ¹¹⁸⁹ et les contrats exécutés intégralement par les deux parties avant l'exercice du droit de rétractation ¹¹⁹⁰ ne peuvent pas faire l'objet d'une rétractation selon le texte européen.

Or à l'article L. 112-2-1, 3°, b du Code des assurances, il a été prévu que les contrats d'assurance-automobile ne sont pas soumis à un droit de renonciation, sans que la directive n'en souffle mot. Il nous semble qu'un consommateur pourrait invoquer avec succès la directive 2002/65 contre le texte français de transposition afin de faire valoir son droit de renonciation.

En revanche, il n'a pas été tenu compte de l'exclusion par la directive des contrats liés aux marchés financiers, bien que certains contrats d'assurance-vie et certains contrats de capitalisation soient soumis aux fluctuations du marché. Il s'agit des contrats en unités de compte. Ces contrats mentionnés à l'alinéa 2 de l'article L. 131-1 du Code des assurances se définissent comme ceux pour lesquels la somme assurée n'est plus fixée en euros ou en francs nominaux mais en valeurs mobilières ou autres actifs ; l'assureur ne garantit que le nombre d'unités

de compte mais pas leur valeur au jour du paiement ¹¹⁹¹. Pour ces derniers, il existe un risque qu'un souscripteur mette à profit le délai de renonciation de trente jours pour se retirer d'un contrat qui ne lui semble pas avantageux au regard de l'évolution du marché ; toutefois la faculté de renonciation est maintenue.

296 *Contrats intégralement exécutés avant la renonciation* ◇ Une autre exception à la faculté de renonciation prévue par la directive et, cette fois, fidèlement transposée en droit français mérite des éclaircissements. Il s'agit des contrats exécutés intégralement par les deux parties avant que le consommateur n'exerce son droit de rétractation ¹¹⁹². Il reste à interpréter le sens de cette disposition en droit des assurances.

Plusieurs hypothèses étaient envisageables. Il était d'abord possible de considérer qu'en assurance, le contrat est exécuté intégralement par les deux parties seulement au terme de la garantie. *In abstracto*, on doit rejeter cette hypothèse (échéance du contrat) qui ne présente aucun intérêt puisqu'elle revient à nier l'idée même exécution intégrale avant l'écoulement du délai de renonciation.

On pouvait également soutenir que l'exécution intégrale réside dans la couverture d'un sinistre intervenu durant la période de rétractation. Enfin, on pouvait estimer que le contrat est exécuté intégralement dès lors que le consommateur souscripteur d'assurance demande expressément l'exécution de celui-ci ; c'est-à-dire qu'il demande la prise d'effet immédiate de la garantie moyennant le versement de la prime. C'est la position qui a été soutenue par les assureurs dans deux arrêts rendus par la Cour de cassation ¹¹⁹³.

Dans les deux affaires, un consommateur avait procédé à l'annonce de la vente de son véhicule d'occasion dans un journal. En accessoire de cette annonce, les consommateurs avaient souscrit par téléphone un contrat d'assurance « garantie mécanique » afin d'offrir leur véhicule à la vente avec une couverture complémentaire pour le futur acheteur. Bien que juridiquement, le contrat d'annonce de vente de véhicule était le principal et la garantie souscrite l'accessoire ; les coûts associés à ces deux prestations ont transformé le contrat d'assurance en un élément essentiel du contrat. L'annonce était tarifée à 24 euros et l'assurance à 605 euros. Le contrat d'assurance proposé par le mandataire de l'assureur avait été intégralement conclu à distance car dans les deux arrêts, le

téléphone avait été utilisé et dans l'un des deux le paiement avait en outre été réalisé par communication de numéro de carte bancaire. Enfin, le courrier papier avait servi à l'envoi du certificat de garantie. Or les consommateurs ont fait usage de leur faculté de renonciation prévue à l'article L. 112-2-1 du Code des assurances pour mettre fin à la garantie complémentaire souscrite. L'assureur a refusé de considérer le contrat comme anéanti et a soutenu que le contrat avait été entièrement exécuté parce que la prime avait été payée, ce qui faisait échec à l'exercice de la rétractation, par application des exceptions à l'exercice de la faculté de renonciation prévue par ce texte. Les juges du fond et la Cour de cassation ont donc dû répondre à la question de savoir si le versement de la prime par le souscripteur correspond à la notion de contrat intégralement exécuté à la demande du consommateur qui paralyse la faculté de renonciation.

La Cour de cassation a rejeté l'interprétation du texte donnée par les assureurs ¹¹⁹⁴ selon laquelle l'obligation de couverture déclenchée par le paiement de la prime constituerait l'exécution intégrale du contrat. L'un des juges de proximité avait suivi cette argumentation et a vu son jugement censuré. Le paiement de la prime par le consommateur et l'engagement de couverture ne constituent pas l'exécution intégrale du contrat et ne suppriment donc pas sa faculté de renonciation. Il reste que la Cour de cassation ne définit pas positivement ce qu'est un contrat d'assurance exécuté intégralement.

Pour tenter de définir cette notion d'exécution intégrale du contrat en assurance, nous avons proposé de distinguer entre les contrats d'assurance en général et les contrats d'assurance de responsabilité civile dans lesquels il serait nécessaire de tenir compte de la présence d'un tiers la victime du dommage ¹¹⁹⁵. Pour ces contrats, l'article L. 124-5 du Code des assurances dispose, en substance, que l'assureur est tenu pour un fait dommageable intervenu entre la prise d'effet initiale de la garantie et la date de résiliation ou d'expiration du contrat. Si le souscripteur se rétracte avant que la victime du dommage intervenu pendant le délai de renonciation ne se soit signalée, on peut craindre que l'assureur n'oppose à la victime l'anéantissement rétroactif du contrat. Pour éviter une telle solution, on pourrait estimer que l'existence du droit de la victime tiers au bénéfice du contrat d'assurance de responsabilité oblige à considérer que la demande du consommateur de jouir immédiatement de la garantie vaut exécution intégrale du contrat par les deux parties (position des assureurs dans ces arrêts). Le consommateur qui demande à bénéficier

immédiatement d'une garantie de responsabilité civile en acquittant la prime ne pourrait plus ensuite se rétracter. En revanche, pour les contrats d'assurance en général, le contrat serait intégralement exécuté par les deux parties quand le consommateur paierait la prime et que l'assureur deviendrait débiteur de sa prestation. En effet, si le contrat d'assurance est un contrat aléatoire, il n'en reste pas moins synallagmatique ; il doit en être tenu compte pour déterminer ce que l'on doit entendre par contrat exécuté intégralement.

Les deux arrêts ne donnent pas de définition positive du contrat exécuté intégralement ; néanmoins il y est bien précisé que le seul paiement de la prime ne suffit pas à constituer une exécution intégrale du contrat. Il faut évidemment tenir compte de ces arrêts et réviser notre première analyse y compris pour les assurances de responsabilité civile afin de proposer une définition plus opérationnelle de l'exécution intégrale du contrat à la demande expresse du consommateur.

Il nous semble désormais que l'exécution intégrale du contrat d'assurance qui rend caduque la faculté de renonciation consiste dans la situation où le consommateur souscripteur du contrat a demandé à bénéficier immédiatement de la garantie, payé la prime et qu'un sinistre est intervenu avant l'exercice de la faculté de renonciation. Dès lors que ce sinistre entre dans la garantie, le consommateur souscripteur perd sa faculté de renonciation. Cette solution s'impose tant en assurance de biens (vol, incendie...) qu'en assurance de responsabilité civile. En effet, la survenance du sinistre prévu à la garantie déclenche la garantie et va obliger l'assureur à exécuter sa prestation. Une telle solution présente en outre l'intérêt de protéger une victime tierce dans une assurance de responsabilité civile contre une renonciation intempestive.

Le mécanisme de rétractation et ses conséquences apparaissent fort heureusement plus simples en matière de services financiers.

§ 3. Les services bancaires et financiers

297 *Présentation* ◇ Outre l'application des dispositions communes, la commercialisation à distance des services financiers est régie par des dispositions spécifiques insérées dans une section du Code de la consommation, elle-même intégrée dans le Code monétaire et financier. La réforme du démarchage par la loi sur la sécurité financière ¹¹⁹⁶ n'avait que partiellement permis de transposer la directive communautaire sur

les services financiers à distance. L'ordonnance de 2005 ¹¹⁹⁷ sur les services financiers à distance est l'origine d'un nouveau régime qui a dû être articulé avec le régime du démarchage.

298 ***Domaine d'application*** ◇ Il s'évince de l'article L. 121-26 du Code de la consommation que le professionnel devant se conformer aux règles sur les services financiers à distance est la personne organisant un système de vente ou de prestations de services à distance. Selon la directive services financiers à distance 2002/65 ¹¹⁹⁸, le terme de « système » vise à exclure les ventes ou prestations effectuées sur une base strictement occasionnelle et en dehors d'une structure commerciale dont le but est de conclure des contrats à distance. Le professionnel concerné peut être le fournisseur du produit comme un intermédiaire qui intervient lors d'une des étapes de la commercialisation. Ce dernier ne saurait être un opérateur metteur à disposition les moyens techniques de communication à distance.

Les produits ou services visés par l'article L. 121-26 du Code de la consommation sont définis très largement. Ils englobent tout service financier de nature bancaire, relatif au crédit, aux investissements et aux paiements. L'ordonnance s'applique ainsi aux produits et services mentionnés dans les trois premiers livres du Code monétaire et financier qui sont consacrés à la monnaie, aux produits financiers, aux services financiers, mais également aux biens divers visés par ce Code, c'est-à-dire aux rentes viagères, aux droits sur des biens mobiliers ou immobiliers dont l'acquéreur n'en assure pas lui-même la gestion ou aux contrats qui offrent une faculté de reprise ou d'échange et la revalorisation du capital investi ¹¹⁹⁹.

Par ailleurs, pour l'application de ce régime il faut distinguer selon qu'une « première convention » a ou non été conclue. Le terme de première convention (à laquelle le dispositif s'applique) s'oppose non seulement aux contrats successifs qui seront ultérieurement conclus, mais également au terme de « première opération ». Dans les deux cas, les contrats ou les opérations ultérieures de même nature échappent à l'application des articles L. 121-26 et suivants du Code de la consommation.

En présence d'une première opération, l'article L. 121-26-1 du Code de la consommation ne met à la charge du professionnel qu'une obligation d'information préalable du consommateur. Cet article ne

paraît pas exiger que le régime protecteur du contrat conclu avec le consommateur s'applique également ¹²⁰⁰. Sur le fondement d'une distinction jusqu'ici inconnue en droit français entre une convention et une opération – également de nature contractuelle –, il serait ainsi possible de restreindre le domaine de la protection assurée au consommateur.

La directive services financiers à distance ¹²⁰¹ donne quelques exemples de la distinction entre une « première convention » et une « première opération ». Selon ce texte, une première convention peut, par exemple, désigner l'ouverture d'un compte bancaire, l'acquisition d'une carte de crédit ou la conclusion d'un contrat de gestion de portefeuille. Une opération peut correspondre au dépôt ou au retrait de fonds sur ou à partir d'un compte, au paiement au moyen d'une carte de crédit ou à des opérations effectuées dans le cadre d'un contrat de gestion de portefeuille. En revanche, la directive 2002/65 services financiers à distance ¹²⁰² précise que le fait d'ajouter de nouveaux éléments à une première convention, comme, par exemple, la possibilité d'utiliser un instrument de paiement électronique en liaison avec son compte bancaire, ne constitue pas une opération, mais une convention complémentaire à laquelle s'applique la présente directive.

Cette distinction entre les conventions et les opérations pourrait avoir d'autres conséquences à l'avenir. Il nous semble que de nouvelles opérations, qui seraient mises en place par voie électronique dans le cadre de contrats en cours, pourront être soumises aux nouvelles dispositions du Code de la consommation.

En revanche, lorsqu'une première convention a été conclue, le régime des services financiers à distance ne s'applique pas aux opérations successives et à la série d'opérations distinctes, de même nature, échelonnées dans le temps ¹²⁰³. De même que ce régime ne s'applique pas au contrat renouvelé par tacite reconduction ¹²⁰⁴.

En l'absence d'une première convention, l'information préalable due par le professionnel au consommateur ne s'impose que pour la première opération. Cette information n'est pas requise pour les opérations successives ou distinctes, de même nature, échelonnées dans le temps entre les mêmes parties. Le régime s'applique de nouveau lorsqu'aucune opération de même nature n'est pas intervenue depuis plus d'un an ¹²⁰⁵.

L. 121-28 du Code de la consommation, complétés par l'article R. 121-2-1 du même code, le professionnel communique des informations sur le produit ou le service au plus tard au moment de la conclusion du contrat. À cette information s'ajoute celle prévue pour certains produits financiers tels ceux relevant de l'appel public à l'épargne.

- 300** *Contrats exclus de la faculté de rétractation* ◇ Le droit de rétractation en matière de services bancaires et financiers est prévu aux articles L. 121-29 et L. 121-30 du Code de la consommation. Selon l'article L. 121-29, II du Code de la consommation, le droit de rétractation ne s'applique pas à la fourniture d'instruments financiers, aux services de réception-transmission et à l'exécution d'ordres pour le compte de tiers, aux contrats en matière immobilière, à savoir au crédit immobilier, et aux contrats de jouissance partagé d'un bien immobilier.
- 301** *Fourniture à distance d'un service financier et démarchage* ◇ Le domaine de la commercialisation à distances des produits financiers recoupe partiellement celui du démarchage. Constitue notamment un acte de démarchage toute prise de contact non sollicitée ¹²⁰⁶. L'utilisation de moyens de communication à distance, lorsqu'il est autorisé, pour permettre une prise de contact non sollicitée relève donc à la fois de domaine des services financiers à distance, mais également du démarchage. Tout acte de démarchage ne relève cependant pas du domaine des services financiers à distance ; il en est ainsi, par exemple, lorsque le démarcheur se rend au domicile ou sur le lieu de travail du consommateur. De même, toute forme de commercialisation à distance n'est pas un acte de démarchage, même si le professionnel utilise une publicité ciblée sur Internet, associant par exemple son message publicitaire à des mots clefs tapés dans un moteur de recherche ¹²⁰⁷.
- 302** *Articulation avec le régime du démarchage* ◇ Quand la fourniture à distance de services financiers à un consommateur est précédée d'un démarchage, les régimes du démarchage et celui des services financiers à distance trouvent à s'appliquer successivement ¹²⁰⁸. L'information préalable fournie au consommateur en cas de démarchage remplace celle prévue pour la commercialisation à distance ¹²⁰⁹. Le droit de rétractation prévu pour les services financiers à distance remplace

celui prévu dans le cadre du démarchage ¹²¹⁰.

SECTION 3. L'ENCADREMENT DES CONTRATS DE JEUX ET PARIS EN LIGNE

303

Genèse du texte ◇ La France faisait l'objet depuis le 12 octobre 2006 d'une action de la Commission européenne qui lui demandait d'expliquer si sa législation sur les paris sportifs n'était pas contraire au principe de la libre circulation des services. Cette position de la Commission avait été reprise un temps par la jurisprudence européenne ¹²¹¹. Cette demande européenne et la présence de plateformes Internet de jeux et paris en dehors de l'Union européenne, ont incité les autorités françaises à légiférer.

Un projet de loi a été adopté en mars 2009, en Conseil des ministres, relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne et déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale ¹²¹². Il y avait alors deux inconnues : la conformité du dispositif au droit européen et... l'adoption à temps du dispositif pour pouvoir parier en ligne sur les résultats de la coupe du monde de football de l'époque (juin 2010).

Le suspens avait été d'assez courte durée pour le droit européen. Après une jurisprudence hostile aux monopoles nationaux ¹²¹³ la Cour de justice de l'Union européenne opérait un revirement par l'arrêt *Santa Casa* ¹²¹⁴, il semblait désormais possible pour les États membres d'encadrer de nouveau de manière restrictive l'activité du jeu en ligne.

Pour ce qui est du dispositif légal, après un vote à l'assemblée nationale sans grand bouleversement ¹²¹⁵ et un passage sans difficulté majeure au Sénat, le Conseil constitutionnel n'avait pas trouvé malice à ce texte qu'il a validé ¹²¹⁶. Dans la course contre la montre engagée, les décrets étaient déjà prêts ; cela avait permis de les publier en même temps que la loi ¹²¹⁷. C'est ainsi que se libéralisèrent, par l'ouverture à la concurrence, les paris sportifs, le pari mutuel sur courses hippiques et les jeux de cercles en ligne ; en revanche, les loteries restaient le monopole de la Française des jeux.

Pour apprécier la portée du texte, nous verrons quels sont les jeux dont la pratique est libéralisée (§ 1) ; puis la procédure d'agrément en vérifiant sa conformité au droit européen (§ 2) ; nous verrons enfin les

conditions d'exercice de l'activité (§ 3).

§ 1. La libéralisation de certains jeux

- 304 **Présentation** ◇ La loi sur les jeux et paris est venue s'insérer dans le dispositif existant d'encadrement du contrat de jeu (A). Nous évoquerons ensuite les nouveaux principes qui le fondent (B).

A. Contrat de jeu et nouvel encadrement de l'activité de jeux et paris en ligne

- 305 **Code civil et encadrement traditionnel** ◇ Le texte du 12 mai 2010¹²¹⁸ est venu enrichir les applications, jusqu'à présent assez limitées du contrat de jeu, présenté à l'article 1964 du Code civil, comme étant une illustration du contrat aléatoire. Il est aussitôt précisé à l'article 1965 du même code que la loi n'accorde aucune action pour dette de jeu ou le paiement d'un pari. Ce texte n'étant pas modifié, par la loi de 2012, les opérateurs n'auront pas de recours pour faire exécuter leur « créance » impayée. Il est vrai qu'ils prennent le soin de faire prépayer le jeu ; il ne doit donc pas y avoir de difficultés pour eux. On précisera, en outre, que l'article 30 alinéa 1^{er} de la loi du 12 mai 2010 dispose que « le jeu à crédit est interdit ». Le prépaiement s'impose donc à titre de sécurité pour l'opérateur sans pouvoir le coupler avec une quelconque opération de crédit.

À côté de ces textes du Code civil des textes spéciaux avaient été adoptés par l'État pour encadrer strictement l'activité du jeu et du pari sous forme d'autorisation et de limitation. C'est ainsi que la loi du 21 mai 1836 était venue prohiber les loteries, celle du 2 juin 1891 réglementer les courses de chevaux et celles du 15 juin 1907 et du 30 juin 1923 encadrer le jeu dans les casinos et les cercles. Enfin, la loi du 12 juillet 1983 sanctionnait pénalement la tenue de maison de jeux de hasard sans autorisation. La réglementation française avait encore été renforcée par la loi du 5 mars 2007¹²¹⁹. Jusqu'à présent, seul le PMU était autorisé à réaliser les paris sur course de chevaux et la Française des jeux exclusivement pouvait proposer des loteries.

Ces textes ont été modifiés afin de faire place au nouveau dispositif qui élargit l'offre légale de jeux tout en affichant des objectifs

d'encadrement.

B. Objectifs de l'encadrement et ouverture à la concurrence de certains jeux

306 *Ordre public, santé publique, protection des mineurs* ◇ L'article 1^{er} de la loi du 12 mai 2010 établit un préambule sans portée normative précise, mais qui fixe le cadre dans lequel l'État a inscrit son action. Après avoir affirmé que « les jeux d'argent et de hasard ne sont ni un commerce ordinaire, ni un service ordinaire » ; il est ajouté qu'ils « font l'objet d'un encadrement strict au regard des enjeux d'ordre public, de sécurité publique et de protection de la santé et des mineurs ».

L'article 3, I de la loi développe encore les objectifs de la loi en ajoutant que l'État s'est fixé pour objectif de « limiter et d'encadrer l'offre et la consommation des jeux et d'en contrôler l'exploitation » afin de « prévenir le jeu excessif ou pathologique et protéger les mineurs » ; « assurer l'intégrité, la fiabilité et la transparence des opérations de jeu » ; « prévenir les activités frauduleuses ou criminelles ainsi que le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme » et enfin « veiller au développement équilibré et équitable des différents types de jeu afin d'éviter toute déstabilisation économique des filières concernées ». Ces dispositions déterminent donc les missions de maintien de l'ordre public qui appartiennent à l'État et qui justifient son intervention : prévention des risques pour les joueurs, *a fortiori* mineurs, et lutte contre la criminalité. En cas de doute sur l'interprétation d'une disposition plus technique de cette loi, il faudra donc l'interpréter à la lumière de ces objectifs. De surcroît, cette motivation n'est pas inutile car elle vise non seulement à justifier une législation dont le principe de libéralisation des jeux est discutable dans l'ordre interne, mais encore fonde le contrôle de l'État français sur cette activité au regard des exigences de liberté de marché du droit européen ¹²²⁰.

307 *Définitions des activités* ◇ Le législateur a défini à l'article 2 le jeu de hasard « comme un jeu payant où le hasard prédomine sur l'habileté et les combinaisons de l'intelligence pour l'obtention du gain ». Les autres loteries et jeux où le joueur obtient un gain sans réaliser de mise rentrent donc dans la catégorie des loteries publicitaires du Code de la

consommation qui régleme ce moyen pour les commerçants de communiquer sur leurs produits et services ¹²²¹.

L'article 4 donne les définitions du pari hippique ou sportif organisé en France ou à l'étranger ; ces derniers reposent sur l'exactitude du pronostic des parieurs. L'article 4 précise encore la distinction entre pari en la forme mutuelle et pari à cote. Dans le pari mutuel, les joueurs se partagent les mises collectées après déductions des frais et prélèvements. Le pari à cote oppose le parieur à l'opérateur, ce dernier proposant des cotes selon la probabilité de chance de succès ¹²²². Il est désormais possible sur les compétitions sportives, avant et pendant les épreuves ¹²²³. Selon les travaux parlementaires, ce pari à cote sur les compétitions sportives ne serait possible qu'à la condition que les moyens techniques mis en œuvre empêchent la prise de paris après la fin de la compétition et que ces opérations n'influent pas sur son issue ¹²²⁴.

308 ***Activités ouvertes à la concurrence et activités sous monopole*** ◇ Le périmètre des activités de jeux et paris ouverts à la concurrence et ceux restant sous monopole est défini à l'article 3, II.

Tout d'abord le principe demeure que les jeux et paris réalisés grâce à des installations physiques restent soumis aux dispositions législatives actuelles ¹²²⁵. C'est-à-dire que les loteries et les paris hippiques qui ne se réalisent pas par Internet demeurent le monopole de la Française des jeux et du PMU. En outre, la législation sur les casinos « en dur » est maintenue, notamment le système d'autorisation. Ce sont donc les jeux et paris par Internet qui connaissent une ouverture partielle à la concurrence.

Pour ce qui est des jeux de hasard pur, c'est-à-dire la loterie, l'article 3, II, précise que le régime des « droits exclusifs délivrés par l'État », est maintenu. Cela signifie que les activités de loterie demeurent un monopole attribué par l'État ; il est donc maintenu à la Française des jeux pour le moment.

En revanche, selon ce même texte, les activités de « jeux et paris en ligne qui font appel au savoir-faire des joueurs et s'agissant, des jeux, font intervenir simultanément plusieurs joueurs » sont ouvertes à la concurrence, mais ils nécessitent un agrément préalable.

Ne sont donc ouverts à la concurrence que les paris en ligne sur les courses hippiques et les compétitions sportives. Pour l'univers des jeux, ne peuvent se voir délivrer un agrément que les opérateurs proposant un

jeu « de cercle » qui repose sur le hasard et le savoir faire : c'est-à-dire en pratique, pour l'essentiel le poker. En revanche, les machines à sous en ligne ne peuvent pas être proposées.

309 ***Validation des monopoles sur les loteries et sur les courses « en dur » par le Conseil d'État*** ◇ Par deux arrêts le Conseil d'État

marque l'épilogue, en France, de l'ouverture des jeux et paris à la concurrence ¹²²⁶. Dans un arrêt *PMU* le Conseil d'État a rejeté la demande de la société Zeturf de procéder à l'annulation du décret du 5 mai 1997 organisant le monopole de cet organisme sur l'organisation des courses hippiques. Dans le même sens, la demande de la société Bwin de mettre fin au monopole de la Française des jeux sur l'organisation des loteries par injonction au ministre d'abroger le décret du 9 novembre 1978 est rejetée. Le monopole du PMU sur les paris portant sur les courses hippiques hors Internet est ainsi maintenu. De même que la prohibition de procéder à des loteries en dehors de celles organisées par la Française des jeux demeure de droit.

Le Conseil d'État a rejeté la demande de la Société Zeturf visant à obtenir l'abrogation du décret organisant le monopole du PMU en estimant que l'adoption par le législateur français d'un régime d'agrément pour les sociétés souhaitant proposer une activité de paris hippiques en ligne met fin au monopole du PMU. La haute juridiction administrative a constaté que la requérante a obtenu un tel agrément et que l'éventuelle atteinte au principe de la libre prestation de services a ainsi disparu. Elle a rejeté la demande de faire injonction au ministre d'abroger le décret organisant le monopole du PMU. La motivation laisse perplexe au regard de la réponse donnée par la Cour de justice aux questions préjudicielles posées par le Conseil d'État dans cette affaire ¹²²⁷. Cette procédure permettait d'apprécier de la validité du monopole du PMU dans son ensemble car c'est bien la question qui était posée par la société requérante. Le Conseil d'État aurait pu se demander si ce monopole se justifiait encore en dehors des paris en ligne notamment pour observer si sur ce marché l'exclusivité était de nature à restreindre l'offre de jeux et les risques d'assuétude au jeu. Toutefois, le Conseil d'État, sans se livrer à une quelconque analyse du marché pertinent pour apprécier de la validité du monopole, a préféré donner une réponse plus procédurale : l'objet de la saisine avait disparu car il n'y a plus de monopole du PMU dans le secteur d'activité de la requérante ; c'est-à-

dire les paris en ligne. Toutefois, le PMU n'est pas à l'abri d'une action dirigée contre son monopole sur le marché des paris hors Internet par un autre opérateur qui voudrait s'y attaquer.

La situation de la Française des jeux paraît mieux affermie par l'autre décision du 30 décembre 2011. En effet, en reprenant les critères des arrêts *Santa Casa* et *Zeturf*¹²²⁸, le Conseil d'État a pris bien soin de caractériser les éléments qui permettent de justifier le monopole de la Française des jeux pour l'activité de loterie. Le fait que la société Bwin ait obtenu un agrément dans un autre État membre ne suffit pas pour justifier d'exercer librement cette activité spécifique qui touche à l'ordre public. Le Conseil d'État a relevé que la politique de la Française des jeux (publicité, taux de retour aux joueurs) permet de maintenir un niveau moins élevé de jeux que si le marché était concurrentiel. Par application de la jurisprudence *Santa Casa*¹²²⁹, le monopole de la Française des jeux a ainsi été justifié.

On se plaît à penser que si cette jurisprudence avait été adoptée plus tôt, il n'aurait pas été nécessaire de remettre en cause le système français préexistant. Il est vrai qu'il était préférable de tenter d'encadrer l'offre Internet en mettant en place la possibilité d'obtenir un agrément.

310 ***Sanctions*** ◇ La violation du dispositif d'offre de jeux ou paris en ligne, en opérant sans agrément préalable expose à des sanctions pénales prévues et régies par les articles 56 et 57 de loi du 12 mai 2010 : les contrevenants s'exposent à trois ans d'emprisonnement et 90 000 euros d'amende, portés à sept ans et 200 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée¹²³⁰. La publicité pour des jeux ou paris en ligne non autorisés est punie de 100 000 euros d'amende ou le quadruple du montant des dépenses publicitaires¹²³¹.

L'article 5 de la loi interdit les paris et jeux aux mineurs même émancipés, sauf leur participation aux loteries de bienfaisance, lotos traditionnels et loterie foraine dans lesquels la mise et les enjeux sont très limités. Les opérateurs doivent mettre en place des procédures pour interdire l'accès aux jeux et paris aux mineurs et ne doivent pas financer des événements sportifs à destination des mineurs.

La sphère d'activité des jeux en ligne étant définie, le législateur a déterminé ensuite les modalités de l'agrément ; il convient de vérifier sa conformité au droit européen.

§ 2. Une procédure d'agrément des opérateurs conforme à la dernière jurisprudence européenne

- 311 **Présentation** ◇ L'ouverture à la concurrence des paris en ligne se réalise sous le régime de l'agrément délivré par une autorité administrative (A) ; ce contrôle de l'État français sur l'activité de jeu est conforme à la nouvelle jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (B).

A. La procédure d'agrément

- 312 **Jeux en ligne autorisés** ◇ La loi du 12 mai 2010 définit tout d'abord dans son chapitre II (art. 10 à 14) les catégories de jeux et paris en ligne soumis à agrément. Ces jeux et paris ne doivent être accessibles que par l'intermédiaire du réseau informatique Internet. Sont exclus par l'article 10, 1° et donc impossibles à mettre en œuvre, des lieux physiques ouverts au public qui seraient équipés de terminaux d'ordinateurs mis à la disposition de parieurs. L'activité d'opérateur est définie par l'article 10, 2° comme celui qui propose habituellement des jeux ou paris avec des enjeux en valeur monétaire. Le parieur est alors celui qui accepte un tel contrat.

Sont autorisés et soumis à agrément les paris mutuels (exclusivement) sur les courses hippiques en ligne ¹²³². De la même façon, les opérateurs de paris en ligne sur compétitions sportives peuvent solliciter l'agrément pour des mises qui portent sur des résultats de compétition ou de phases de jeu ; ces derniers étant définis par l'autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) ¹²³³, autorité administrative indépendante ¹²³⁴. Le décret d'application précise que c'est l'ARJEL qui définit les catégories de compétitions pouvant servir de support à l'organisation de paris sportifs après avis pris auprès de la fédération délégataire ou, à défaut, du ministre des Sports ¹²³⁵. La même autorité définit selon les mêmes modalités de concertation les types de résultats de compétitions qui peuvent faire l'objet de paris ; ces derniers peuvent être des résultats finaux ou des résultats de phase de jeux des compétitions ¹²³⁶.

En outre, ces paris ne peuvent se réaliser que par une connexion directe au site de l'opérateur ¹²³⁷, sans intermédiaire ¹²³⁸.

Enfin, les opérateurs de jeux de cercle en ligne doivent solliciter un

agrément pour offrir leur divertissement. Pour l'obtenir il faut que le jeu repose à la fois sur le hasard et le savoir faire du joueur qui doit développer une stratégie contre les autres joueurs ¹²³⁹. Il s'agit pour l'essentiel du poker. En outre, les mises doivent être enregistrées en compte par transfert de données numériques exclusivement par Internet à l'initiative du joueur connecté directement au site de l'opérateur ¹²⁴⁰. Il est donc nécessaire pour l'opérateur de créer un compte pour chaque joueur.

313 *Agrément des opérateurs* ◇ Le chapitre III (art. 15 et 16) de la loi du 12 mai 2010 définit les conditions de l'agrément et le chapitre V détermine le régime de délivrance en son article unique (21). Ces dispositions ont été complétées par un décret ¹²⁴¹.

L'opérateur qui sollicite l'agrément doit s'identifier complètement ¹²⁴². S'il s'agit d'une personne morale l'identité de ses dirigeants et des associés détenant plus de 5 % du capital social doit être déclarée ¹²⁴³. Ce souci de transparence s'explique par des raisons évidentes de lutte contre la criminalité, même si la pratique de la représentation ne met pas le système à l'abri de toute immixtion de personnes qui auraient commis des infractions.

Bien évidemment l'opérateur doit faire connaître le détail technique des jeux et paris qu'il entend proposer et particulièrement sa gestion des inscriptions de joueurs ¹²⁴⁴. Il faut s'assurer du domicile et de l'identité de ces derniers et en particulier de leur âge et de ses moyens de paiement ¹²⁴⁵. L'ouverture, d'un compte, les modalités d'encaissement des mises et du paiement des gains constituent également des éléments essentiels ¹²⁴⁶. Les moyens de protection des données personnelles collectées doivent faire l'objet de spécifications ¹²⁴⁷.

Un cahier des charges spécifique de jeux a été établi par l'autorité de régulation des jeux ¹²⁴⁸ conformément aux exigences de l'article 20 de la loi ¹²⁴⁹. Si ce cahier est assez précis sur les exigences de transparence en matière de systèmes informatiques, en revanche il est extrêmement décevant sur les modalités de vérification de ce que le joueur est majeur, le cahier ne faisant qu'indiquer « l'entreprise sollicitant l'agrément justifie des procédures qu'elle met en œuvre afin de répondre aux obligations prévues par les articles 17 et 18 alinéa 1 de la Loi » ¹²⁵⁰. Ce renvoi à la loi signifie que chaque opérateur doit faire preuve de créativité technique pour montrer qu'il parvient à identifier le joueur

mineur, mais démontre également que les membres de l'ARJEL n'ont pas pu identifier un procédé pour parvenir à cette vérification.

Enfin, dans un autre registre, on observera que l'amendement voté à l'Assemblée nationale, contre l'avis du gouvernement, qui visait à interdire aux opérateurs ayant commencé une activité de jeu en ligne dirigée vers la France avant le vote de la loi, donc illicite, de présenter une demande d'agrément n'a pas survécu au passage du Sénat ; cette interdiction ne figure plus dans le texte définitif ¹²⁵¹. Il est simplement précisé à l'article 68, I qui figure parmi les dispositions transitoires et finales que les entreprises qui proposent des paris hippiques ou sportifs en ligne « en application de l'article 5 de la loi du 2 juin 1891 » peuvent continuer à exercer cette activité ; à charge pour elles de solliciter un agrément dans les trois mois de la publication du décret relatif à la procédure d'agrément. Ce sont donc les opérateurs licites de jeu en ligne tel que le PMU qui bénéficient de cette mesure transitoire. Pour les autres, rien ne les empêche, même leur activité actuelle illicite, de présenter une demande d'agrément.

L'agrément est délivré pour cinq ans par une autorité administrative : l'ARJEL ¹²⁵². Cet agrément est distinct selon les différentes activités et ne peut être sollicité que par des opérateurs établis dans un État membre de la Communauté européenne ou un État partie à l'accord sur l'espace économique européen ayant conclu avec la France une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ¹²⁵³. L'objectif est d'obliger les opérateurs à s'établir dans un État dans lequel il sera possible à l'administration fiscale d'obtenir des informations.

Le refus d'agrément ou de renouvellement doit être motivé ¹²⁵⁴. La décision est rendue par l'ARJEL dont l'organisation et le fonctionnement sont précisés par un décret du 12 mai 2010 ¹²⁵⁵. On ajoutera ici que cette autorité administrative indépendante est composée d'un collège, d'une commission des sanctions et, éventuellement, de commissions consultatives spécialisées ¹²⁵⁶ ; elle est dirigée par un président ¹²⁵⁷.

On observe que dans sa demande d'agrément l'opérateur candidat indique « à titre d'information » s'il a déjà été soumis à un agrément dans son État d'origine et quelles sont les exigences légales, la surveillance réglementaire et les sanctions en œuvre dans cet État ¹²⁵⁸. Il est ajouté que « lors de la procédure d'examen des demandes d'agrément » l'ARJEL « prend en considération » ces éléments ¹²⁵⁹. Ces timides références à l'agrément dans un autre État membre de l'Union

européenne montrent que les demandes de libéralisation du secteur des jeux par la Commission européenne, à l'origine de ce texte, n'ont pas été complètement ignorées. Le dispositif voté est néanmoins plus conforme à la nouvelle jurisprudence de la Cour de justice qu'au principe communautaire de libre circulation des services.

B. La conformité du texte français à la dernière jurisprudence de la CJUE

- 314** *Un contexte européen favorable à l'ouverture du secteur des jeux, dans un premier temps* ◇ La France faisait l'objet depuis le 12 octobre 2006 d'une action de la Commission européenne qui lui demandait d'expliquer si sa législation sur les paris sportifs n'était pas contraire au principe de la libre circulation des services. Cette position de la Commission avait été reprise un temps pas la jurisprudence communautaire. Un premier arrêt, *Zenatti* ¹²⁶⁰, assez nuancé, avait décidé que « les dispositions du traité CE relatives à la libre prestation des services ne s'opposent pas à une législation nationale qui réserve à certains organismes le droit de collecter des paris sur les événements sportifs, telle que la législation italienne, si cette législation est effectivement justifiée par des objectifs de politique sociale visant à limiter les effets nocifs de telles activités et si les restrictions qu'elle impose ne sont pas disproportionnées au regard de ces objectifs ». Il en résultait que les limitations étatiques aux jeux et paris étaient justifiées dès lors qu'elles obéissaient exclusivement à l'objectif de restriction de la pratique du jeu ou pari. Puis, dans les arrêts *Gambelli* ¹²⁶¹ et *Placanica* ¹²⁶² la Cour de justice s'était montrée beaucoup plus défavorable à ces restrictions. Aux termes de ces arrêts une législation nationale « qui interdit l'exercice d'activités de collecte, d'acceptation, d'enregistrement et de transmission de propositions de paris, notamment sur les événements sportifs, en l'absence de concession ou d'autorisation de police délivrées par l'État membre concerné » constituait une violation des articles 43, sur la liberté d'établissement, et 49, sur la libre prestation de services. Il appartenait donc aux juridictions nationales « de vérifier si une telle réglementation, au regard de ses modalités concrètes d'application, répond véritablement aux objectifs susceptibles de la justifier et si les restrictions qu'elle impose n'apparaissent pas disproportionnées au regard de ces objectifs ».

La jurisprudence européenne avait été reprise par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 10 juillet 2007 ¹²⁶³, avait censuré l'arrêt d'appel qui avait admis le monopole du PMU en demandant à la cour de renvoi de vérifier si cette situation correspondait à une véritable politique sociale de restriction du jeu et de rechercher si les autorités nationales ont adopté une politique expansive dans le secteur des jeux afin d'augmenter les recettes du trésor public. En outre, la Cour de cassation avait indiqué que la Cour de renvoi devait vérifier si l'État membre d'origine de l'organisateur des paris, Malte en l'espèce, n'avait pas déjà pris des mesures afin de limiter les occasions de jeu et prévenir l'exploitation de ces activités à des fins criminelles ou frauduleuses.

315 *Un revirement de jurisprudence de la CJUE favorable aux monopoles nationaux, dans un deuxième temps* ◇ L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne *Santa Casa* constitue un revirement ; il y a été décidé que « l'article 49 CE ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui interdit à des opérateurs, comme Bwin International Ltd, établis dans d'autres États membres, où ils fournissent également des services analogues, de proposer des jeux de hasard par l'Internet sur le territoire dudit État membre » ¹²⁶⁴.

Cet arrêt de revirement légitime les législations nationales restrictives, motif pris de la lutte contre la fraude et la criminalité. Il rouvre ainsi une large possibilité de contrôle strict des États membre sur l'activité de jeux et paris.

L'arrêt *Santa Casa* ne peut donc que tempérer l'opinion de la Commission européenne qui avait émis un avis circonstancié sur le projet de loi français ¹²⁶⁵ dans lequel elle relevait, notamment, sur la procédure d'agrément, « que les autorités françaises prendront en bon compte, lors de l'examen des candidatures à l'autorisation, des obligations et, en général, du système de régulation, de contrôle et de pénalité auxquels l'opérateur candidat est déjà sujet dans le pays où il est établi » ¹²⁶⁶.

Or les dispositions prévues aux articles 16 et 21 de la loi du 12 mai 2010 montrent bien que le législateur français a tenu compte de l'avis de la Commission. Le candidat à l'agrément indique s'il en a déjà obtenu dans un autre État membre ; mais cela reste sans influence sur la décision de l'ARJEL.

Il est vrai que l'arrêt *Santa Casa* ¹²⁶⁷ aurait même permis de maintenir le *statu quo* en justifiant les monopoles existant notamment par le souci de lutter contre le développement du jeu. Toutefois, cette position attentiste n'aurait pas permis de tenter d'encadrer l'offre de jeux en lignes réalisée par des prestataires établis en dehors des frontières hexagonales. La loi adoptée devrait aider à contrôler l'activité des jeux en ligne à l'égard des opérateurs qui veulent bien se soumettre à l'agrément français.

§ 3. L'encadrement du contrat de jeux en ligne

316 *Le rôle de l'ARJEL* ◇ Quand l'agrément a été délivré, l'opérateur durant son activité doit obtenir une certification par un organisme indépendant attestant qu'il respecte le cahier des charges de l'ARJEL ¹²⁶⁸. Il doit développer son activité à partir d'un site Internet de premier niveau en <.fr> ¹²⁶⁹. Cette mesure a pour objectif de renforcer encore le contrôle de l'opérateur car les noms de domaines en <.fr> sont régis par un organisme (« registre ») choisi par les autorités publiques et soumis aux articles L. 45 et R. 20-44-34 et suivants du Code des postes et communications électroniques. En outre, des règles comptables obligent l'opérateur à tenir des comptes séparés pour chaque type de jeu ¹²⁷⁰.

Enfin, des obligations de nature déontologique pèsent sur les opérateurs agréés. Ces derniers doivent empêcher la participation aux jeux ou pari des mineurs même émancipés et les personnes interdites de jeu qui comprend celles figurant sur la liste des personnes ayant demandé leur exclusion des casinos et cercles de jeux ¹²⁷¹. De surcroît, les opérateurs doivent prévoir des modérateurs ¹²⁷² et des limites aux comptes des joueurs à qui ils doivent communiquer en permanence le solde de leur compte ¹²⁷³. La violation de ces obligations pourra être sanctionnée par l'ARJEL qui pourrait également refuser le renouvellement de l'agrément.

En effet, le chapitre X décrit le fonctionnement et les attributions de l'Autorité de régulation des jeux en ligne. Cette dernière a pour premier rôle d'instruire les demandes d'agrément ¹²⁷⁴ ; elle homologue les logiciels de jeux et paris, approuve les règlements et, parmi ses attributions, s'assure de la qualité des processus de certification ¹²⁷⁵.

Cette autorité comprend, une commission des sanctions ¹²⁷⁶. L'Autorité doit d'abord mettre en demeure l'opérateur de se conformer aux

obligations législatives et réglementaires avant que la commission des sanctions ne puisse prononcer : un avertissement, la réduction d'une année de la durée de l'agrément, la suspension de l'agrément pour trois mois au plus ou le retrait de l'agrément ¹²⁷⁷.

L'ARJEL est investie du pouvoir de faire respecter l'obligation d'agrément et peut donc, sur le fondement de l'article 61 de la loi, saisir le juge pour obtenir une injonction à l'encontre des prestataires techniques afin qu'ils coupent l'accès aux opérateurs non enregistrés ¹²⁷⁸.

Enfin, parmi les obligations imposées aux opérateurs, le prélèvement de droits et taxes constitue un volet essentiel du dispositif qui est régi par le chapitre XI (art. 46 à 55). On observera que les prélèvements serviront à abonder le budget de l'État et celui de la Sécurité sociale. Sur ces taxations une partie serait affectée à la lutte contre la dépendance aux jeux et à la rénovation des monuments historiques. Bien évidemment la filière équine recevra une contribution de même que le sport professionnel. Dans le même esprit, l'article 63 de la loi vient modifier le Code du sport pour y introduire des articles L. 333-1-1 à L. 333-1-3 et préciser que le droit d'exploitation « inclut le droit de consentir à l'organisation de paris sur les manifestations ou compétitions sportives » dans des conditions financières définies par contrat dont le projet est soumis à l'ARJEL. Toutefois, dès lors que le principe de ces paris aura été admis, les fédérations sportives et les organisateurs ne pourront pas attribuer de droits exclusifs à un opérateur unique ¹²⁷⁹.

CHAPITRE 2

LES CONTRATS DES PRESTATAIRES TECHNIQUES

Section 1. LA FOURNITURE D'ACCÈS AU RÉSEAU

§ 1. L'objet du contrat et les parties

- A. Les contrats proposés aux « internautes »
- B. Des internautes consommateurs ou professionnels

§ 2. Obligations à l'égard du consommateur ou du non professionnel, prestations et prix

- A. Le régime légal du contrat de fourniture d'accès, dénommé « services de communications électroniques »
- B. Prestations et prix

Section 2. L'HÉBERGEMENT

§ 1. Les prestations caractéristiques

§ 2. Responsabilités

§ 3. Modification et résiliation du contrat

317 *Quels prestataires ?* ◇ L'objet des développements qui suivent consiste à présenter les contrats majeurs permettant d'avoir une activité de commerce électronique : la fourniture d'accès au réseau et l'hébergement de sites. Certes, l'article 14 alinéa 2 de la loi « confiance dans l'économie numérique »¹²⁸⁰ couvre diverses activités numériques en précisant qu'« entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent ».

Toutefois, aujourd'hui, seule l'activité de fourniture d'accès à Internet

fait l'objet d'un régime légal aux articles L. 121-83 et suivants du Code de la consommation ; le contrat qui constitue le support de cette activité mérite ainsi examen. En outre, il nous semble que, pour le moment, l'activité d'hébergement de sites constitue le complément indispensable de l'activité sur Internet ; le contrat d'hébergement retiendra également notre attention.

Les autres activités comme celle de moteur de recherches feront ultérieurement ¹²⁸¹ l'objet de développements, cependant seulement quant à la responsabilité des prestataires qui les conduisent. Les prestations de fournisseurs d'accès et d'hébergeurs ont fait l'objet de définitions afin de leur appliquer un régime dérogatoire de responsabilité civile.

318 *Définitions de la loi « confiance dans l'activité numérique »* ◇ Aux termes de l'article 6 de la loi « confiance dans l'activité numérique » et pour les besoins du régime spécial de responsabilité prévu par ce texte le fournisseur d'accès est défini comme une personne « dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public » ¹²⁸². Ils ont donc pour mission de permettre aux utilisateurs d'Internet (internauts) d'être reliés au réseau. Les hébergeurs sont, quant à eux, désignés comme « 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 » ¹²⁸³. Leur rôle consiste donc à mettre à disposition un espace disque sur leur système à leurs clients afin que ces derniers installent un site et que les tiers puissent y accéder. Nous évoquerons successivement le contrat de fourniture d'accès (Section 1), puis celui d'hébergement (Section 2).

SECTION 1. LA FOURNITURE D'ACCÈS AU RÉSEAU

319 *La prestation de fourniture d'accès* ◇ Le fournisseur d'accès au réseau Internet permet à l'internaute de relier son ordinateur au réseau de communication afin d'y accéder pour y collecter des informations et envoyer des messages ou de l'information. Il n'y a donc pas, en principe, d'intervention de ce prestataire sur le contenu de l'information. Tout au plus, pour des raisons techniques, le fournisseur d'accès doit-il procéder

à un stockage court et temporaire de données, mais sans vocation à les conserver dans le temps. Il fournit ainsi une prestation semblable à celle d'un opérateur téléphonique. Cette analogie s'impose d'autant plus, qu'aujourd'hui les fournisseurs d'accès proposent également la connexion téléphonique sans abonnement et l'accès à la télévision.

320 *Encadrement législatif général et définitions* ◇ Dans les textes qui visent à encadrer la fourniture d'accès, les prestations de télévision et de téléphone n'ont pas été mentionnées par le législateur ; seul le service d'accès au réseau fait l'objet de dispositions.

En effet, dans la directive « commerce électronique »¹²⁸⁴, à propos de la responsabilité des prestataires, les articles 12 sur le « simple transport » et 13 sur le stockage intermédiaire visent à couvrir la fourniture d'accès en définissant celle-ci comme « le service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service »¹²⁸⁵ ou à fournir un accès au réseau de communication »¹²⁸⁶. De la même façon, dans la loi « confiance dans l'économie numérique », comme on l'a déjà évoqué plus haut, c'est au travers du régime de responsabilité des prestataires que le fournisseur d'accès est défini comme une personne « dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne »¹²⁸⁷. Ils ont donc pour mission de permettre aux utilisateurs d'Internet (internauts) d'être reliés au réseau.

321 *Encadrement législatif propre aux consommateurs* ◇ À partir d'une loi du 3 janvier 2008 « pour le développement de la concurrence au service des consommateurs »¹²⁸⁸, il a été inséré dans le Code de la consommation des dispositions relatives « aux fournisseurs de services de communications électroniques » aux articles L. 121-83 à L. 121-85. Ces dispositions ont été modifiées par une ordonnance du 24 août 2011 relative aux communications électroniques¹²⁸⁹.

L'article L. 121-83 alinéa 1^{er} du Code de la consommation en précise le champ d'application en relevant que certaines obligations sont imposées au professionnel pour tout « Tout contrat souscrit par un consommateur avec un fournisseur de services de communications électroniques au sens du 6° de l'article L. 32 du Code des postes et des communications électroniques ». Ce texte du Code des postes et des communications électroniques dispose que l'« on entend par services de

communications électroniques les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques ». Le 1° de l'article L. 32 de ce code définit les communications électroniques comme « les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique ». Il s'évince de l'emboîtement de ses définitions que c'est bien le fournisseur d'accès au réseau qui est visé par les dispositions du Code de la consommation ; tel n'est pas le cas de l'hébergeur car il stocke des données et ne les émet pas, ni du prestataire de communication téléphonique qui fait l'objet d'une définition propre. En effet, le 7° de cet article L. 32 distingue bien le service téléphonique qui se définit comme « un service permettant au public de passer et de recevoir, directement ou indirectement, des appels nationaux ou nationaux et internationaux, en composant un ou plusieurs numéros du plan national ou international de numérotation téléphonique. » Nous envisagerons donc les règles spécifiques au contrat conclu entre un prestataire de fourniture d'accès Internet (nécessairement professionnel pour la mise en œuvre de cette technologie) et un consommateur au cours de l'examen du contrat support de ce service.

Nous observerons tout d'abord l'objet du contrat et qui est susceptible de le conclure (§ 1) avant de préciser les prestations caractéristiques d'une fourniture d'accès et les obligations imposées au consommateur (§ 2).

§ 1. L'objet du contrat et les parties

322 *Présentation* ◇ Il faut comprendre ici l'objet du contrat comme l'opération envisagée dans son ensemble ; en effet, les contrats proposés actuellement comportent plusieurs prestations qui s'ajoutent à la simple fourniture d'accès (A). La qualité des parties au contrat a une influence sur les règles de droit applicables (B).

A. Les contrats proposés aux « internautes »

323 *Des services variés* ◇ Dans les contrats proposés par les fournisseurs d'accès il apparaît que ce sont un ou des services qui sont offerts. La prestation essentielle ou caractéristique consiste dans la fourniture

d'accès au réseau avec la technologie ADSL ¹²⁹⁰, quand celle-ci peut être mise en œuvre. S'ajoutent dans le même contrat une offre portant sur de la téléphonie et l'accès à la télévision numérique. Des matériels sont parfois nécessaires à l'installation de ces services et sont fournis par les prestataires. En outre, des services tels que la mise à disposition d'une ou plusieurs boîtes aux lettres électroniques permettent la création d'une ou plusieurs adresses « mail ». Enfin certains fournisseurs ajoutent une prestation d'hébergement ¹²⁹¹ de pages personnels de l'internaute qui permettent la création d'un site ou d'un « blog ». L'ensemble de ces prestations fait l'objet d'un abonnement selon le terme le plus souvent employé afin de caractériser la pérennité dans le temps de la prestation. Pour caractériser le contrat certaines formules mentionnent une « vente de services et de produits » ou des « conditions générales de vente » ; d'autres en revanche font état de mise à disposition de services. Nous observerons que la qualification de vente est impropre en présence pour l'essentiel de services.

324 *Qualification de contrat d'entreprise de la prestation principale* ◇

La fourniture d'un accès au réseau et les prestations complémentaires de téléphonie et de télévision ne créent que des obligations techniques de connexion sur le réseau. Pour le moment, une telle prestation ne saurait être qualifiée de vente qui suppose un transfert de propriété sur une chose corporelle ou incorporelle contre le paiement d'un prix ¹²⁹². Il est vrai que l'abonnement aux fins de fourniture de fluides tels que l'eau, le gaz, l'électricité s'analyse en une vente ¹²⁹³. En revanche, l'accès à un réseau de téléphone ou Internet et la garantie du maintien de cet accès relève, en l'état actuel de ces prestations et de leur qualification, de la catégorie des services qui appartiennent au contrat d'entreprise bien que la prestation soit standardisée ¹²⁹⁴. La qualification pourra évoluer avec le temps et ce service devenir une vente, comme pour l'électricité, le gaz ou l'eau. Actuellement, cette qualification repose sur la définition large du contrat d'entreprise ¹²⁹⁵ qui englobe de nombreuses conventions ¹²⁹⁶ et suppose l'engagement, contre rémunération, d'une personne physique ou morale, d'accomplir de manière indépendante un travail ¹²⁹⁷.

Ce « travail » de connexion et de maintien dans le réseau peut s'accompagner, à titre accessoire, de la vente ou de la location de matériels par le fournisseur d'accès. Il s'agit du modem permettant à un

ordinateur d'être connecté au réseau et de disposer de la connexion Internet et en même temps d'utiliser le téléphone ¹²⁹⁸ ; quant à la télévision il est nécessaire de disposer d'un décodeur. Ces matériels sont proposés sous forme de location, d'achat ou encore de prêt à usage ¹²⁹⁹ assorti d'un dépôt de garantie.

Or, la qualification du contrat de fourniture d'accès Internet de contrat d'entreprise n'empêche pas la coexistence de contrats accessoires avec leur qualification propre.

325 ***Les contrats accessoires*** ◇ Le contrat principal de connexion au réseau suit ainsi le régime du contrat d'entreprise et les contrats accessoires de mise à disposition de matériels sont soumis à celui de la vente ou de la location selon qu'un transfert de propriété s'est opéré au profit de l'abonné ou non.

On observe alors que les deux contrats étant interdépendants, la fin de l'abonnement entraîne nécessairement la résiliation de la mise à disposition du matériel qui aurait été effectuée sans transfert de propriété au profit de l'abonné au réseau Internet ¹³⁰⁰. En effet, il est nettement établi maintenant que l'anéantissement d'un contrat lié à un autre provoque la résiliation de ce dernier.

Par le passé, il a pu être jugé que des obligations nées de conventions distinctes ne permettaient pas le recours à l'exception d'inexécution pour mettre fin au contrat lié ¹³⁰¹. De même que, naguère, concernant la résolution du contrat de prêt de somme d'argent, il était encore décidé que l'anéantissement de l'opération principale qui devait être financée ne remettait pas en cause les obligations de remboursement et de paiement d'intérêt nées du prêt ¹³⁰². Cette jurisprudence n'est plus de droit positif.

En effet, la doctrine ¹³⁰³ et la jurisprudence actuelles paraissent plus enclines à reconnaître la notion d'indivisibilité des contrats. Cette notion consiste en ce que les différents actes poursuivent un but commun, visent la réalisation d'une opération indivisible ¹³⁰⁴.

C'est pourquoi la jurisprudence admet désormais la notion d'indivisibilité des contrats et déclare caduc le prêt conclu afin de financer une vente annulée ¹³⁰⁵. De la même façon que la résiliation d'un contrat de fourniture d'information par voie télématique entraîne la résiliation d'un contrat de crédit-bail destiné à financer le matériel destiné à afficher ses informations ¹³⁰⁶.

La fin du contrat de fourniture d'accès entraîne donc l'obligation de

restitution du matériel s'il est loué et met également fin à toute autre convention liée. Un autre contrat d'entreprise interdépendant de la fourniture d'accès, qui consisterait en la maintenance, serait également résilié. En revanche une vente du matériel ne serait sans doute pas remise en cause par la résiliation du contrat de fourniture d'accès ; sauf à démontrer que cette vente liée au contrat de fourniture représente une clause abusive à l'égard du client consommateur parce qu'elle crée un déséquilibre au profit du seul professionnel ¹³⁰⁷.

Ce phénomène d'interdépendance entre le contrat principal de fourniture d'accès et les contrats accessoires suppose de préciser encore les conséquences de la qualification en d'entreprise.

326 ***Validité des ventes liées sauf pratique commerciale déloyale*** ◇ Le fait pour un fournisseur d'accès Internet de regrouper trois services ne constitue plus une pratique commerciale *a priori* suspecte. En effet, l'article L. 122-1 du Code de la consommation prohibait la vente liée en disposant qu'« il est interdit (...) de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit ». Toutefois, par application de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que ce type de vente ne constitue pas une pratique déloyale ¹³⁰⁸. Le texte du Code de la consommation a donc été modifié ¹³⁰⁹ pour préciser que la vente liée est interdite si elle constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 du même code. Dorénavant, la vente liée est autorisée dès lors qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale ; c'est-à-dire « contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service » ¹³¹⁰. L'offre liée de services accès Internet, téléphone et télévision ne constitue donc pas une pratique prohibée dès lors qu'elle ne dégénère pas en pratique déloyale ¹³¹¹.

327 ***Les conséquences limitées de la qualification en contrat d'entreprise*** ◇ Il y avait jadis un intérêt majeur à distinguer la vente de

l'entreprise ; la Cour de cassation luttant contre l'indétermination du prix, le contrat qui ne comportait pas de prix déterminé ou déterminable était annulé ¹³¹². Toutefois, le contrat d'entreprise échappait à cette sanction car il avait été admis que l'absence de détermination du prix était sans conséquence sur la validité du contrat d'entreprise ¹³¹³ ; aussi le juge pouvait-il, à l'aide d'une expertise, déterminer le prix du contrat d'entreprise en cas de désaccord entre les parties ¹³¹⁴. Depuis, 1995, c'est l'abus dans la fixation unilatérale du prix qui est sanctionné dans la vente et non l'absence de prix déterminé ou déterminable ¹³¹⁵. Aujourd'hui, dans la vente comme dans l'entreprise le prix peut être fixé unilatéralement au jour de la livraison ou de l'exécution de la prestation par le fournisseur ou le prestataire dès lors que cette modalité est prévue par le contrat et qu'elle ne dégénère pas en abus. La différence entre la vente et l'entreprise ne réside donc plus actuellement que dans la possibilité pour un contrat d'entreprise de ne pas fixer de prix au jour de la conclusion et de le faire évaluer par le juge en cas de désaccord. Le contrat de vente demeure nul, aux termes de l'article 1589 du Code civil si le prix n'a pas été fixé par avance et s'il n'existe aucun moyen prévu par les parties de le déterminer, même unilatéralement. Toutefois, nous verrons ¹³¹⁶, que les dispositions du Code de la consommation obligent le prestataire à livrer des informations sur le prix et il est peu probable qu'en pratique un contrat de fourniture soit offert sans détermination préalable du prix. Si le prix est *a priori* fixe pour une période déterminée, ce dernier peut cependant être extrêmement variable d'un internaute professionnel à un autre, consommateur.

B. Des internautes consommateurs ou professionnels

328 *Les différentes hypothèses* ◇ Les offres de fourniture d'accès et autres services sont dirigées vers des internautes de qualités différentes. Certains opérateurs mentionnent que les contrats souscrits peuvent l'être par des personnes physiques ou morales. On comprend alors que toutes les hypothèses sont couvertes. La personne physique peut être commerçante ou exercer une profession libérale. La personne morale peut avoir une activité lucrative ou n'être qu'une association ne développant aucune activité de nature commerciale. Toutefois, certains contrats sont offerts exclusivement aux personnes physiques souscrivant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle

mais dans celui d'un usage strictement personnel et privé. Une telle définition vise à cantonner l'offre aux seuls consommateurs. C'est pourquoi certains opérateurs proposent de manière distincte des contrats spécifiques selon que l'internaute est consommateur ou professionnel.

Une telle diversité de l'offre suppose que les contrats conclus seront soumis à un corps de règles différent selon la qualité de l'abonné (1). Aussi, convient-il d'envisager les conséquences de l'erreur ou de la dissimulation sur la véritable qualité de l'abonné (2).

1. Des règles différentes selon la qualité de l'abonné

329 *Champ d'application du droit de la consommation, en particulier les articles L. 121-83 à L. 121-85 du code* ◇ Le droit de la consommation trouvera à s'appliquer au contrat de fourniture d'accès Internet quand la souscription sera réalisée par une personne physique qui utilise les services pour des besoins étrangers à sa profession. En effet, depuis la loi relative à la consommation ¹³¹⁷, la notion de consommateur connaît une définition générale issue de la directive 2011/83 ¹³¹⁸ qui prend place au début du Code de la consommation : « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

Les articles L. 121-83 à L. 121-85 du Code de la consommation qui instaurent un régime des contrats de services de communication électroniques sont applicables, selon l'article L. 121-85, aux consommateurs et aux non professionnels. Il s'agit des mêmes bénéficiaires que pour les dispositions sur les clauses abusives.

Rappelons que les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, sur les clauses abusives, s'appliquent au consommateur personne physique et à la personne morale qui contractent à des fins étrangères à son activité professionnelle ¹³¹⁹. Pour la personne morale, il faut donc que cette dernière n'ait aucune activité qui pourrait être qualifiée de professionnelle. On peut songer, par exemple, à une association sans aucune activité donnant lieu à un revenu, en dehors des cotisations de ses membres, et qui n'opère pas dans un secteur marchand ou encore, un syndicat de copropriétaire.

Ainsi un consommateur personne physique agissant à des fins non professionnelles bénéficiera-t-il de toutes les dispositions du Code de la

consommation ; en particulier des articles L. 132-1 sur les clauses abusives et L. 121-83 et suivants sur les contrats de fourniture de services de communications électroniques ; un « non professionnel » bénéficiera exclusivement de ces dernières ; il pourra être une personne morale mais sans aucune activité professionnelle.

En revanche, si un professionnel venait à souscrire un contrat réservé au consommateur, il ne bénéficierait pas des règles protectrices¹³²⁰. En présence de l'hypothèse inverse, la conclusion par une personne physique d'un contrat destiné à des professionnels pour un usage effectif purement privé aurait pour effet d'appliquer le droit de la consommation à un contrat prévu pour des professionnels si ce contrat n'est pas annulé pour vice du consentement¹³²¹.

La discussion sur le corps de règle applicable et la possibilité d'invoquer le droit de la consommation plus protecteur constituerait certainement le principal enjeu d'un litige entre un abonné qui aurait conclu un contrat qui ne lui est pas destiné avec son fournisseur d'accès.

Subsidiairement la sanction de la souscription d'un contrat pourrait être envisagée sans toutefois que cela remette en cause les prestations déjà effectuées.

2. La sanction de la dissimulation de la véritable qualité de l'abonné

330 *Souscription d'un abonnement pour consommateur par un professionnel et réciproquement* ◇ Il faudrait sans doute prendre en considération, en premier lieu, la négligence du prestataire qui n'aurait pas sollicité de son cocontractant de préciser sa qualité. Une telle négligence fautive serait de nature à annihiler la faute de l'internaute.

En revanche, s'il est établi que le contractant a délibérément menti sur sa qualité, le fournisseur d'accès pourrait légitimement mettre fin au contrat. L'hypothèse qui pourrait se présenter le plus fréquemment serait celle du professionnel souscrivant un contrat prévu pour un consommateur. Le fournisseur d'accès pourrait être tenté d'invoquer l'erreur sur la personne ou le dol ; voire de soulever ces deux vices cumulativement.

331 *Sanctions possibles* ◇ Il convient d'envisager les fondements juridiques pour que le fournisseur d'accès mette un terme immédiat au

contrat destiné au consommateur souscrit par un professionnel.

Aux termes de l'article 1110 alinéa 2 du Code civil, l'erreur sur la personne ne saurait être retenue à moins que « la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ». Cela signifie que l'erreur sur la personne ne peut être invoquée que pour un contrat conclu *intuitu personae*. Tel n'est pas le cas pour un contrat de masse et d'adhésion proposé par les fournisseurs d'accès ¹³²² ; ce dernier pourrait donc difficilement obtenir la nullité du contrat pour erreur sur la personne.

La voie de la nullité pour dol par réticence serait certainement plus intéressante. Depuis que la Cour de cassation admet de sanctionner le dol par réticence ¹³²³, il est établi qu'il appartient à celui qui invoque le dol de prouver que s'il avait eu connaissance de l'information dissimulée il n'aurait pas conclu le contrat ou bien il l'aurait fait, mais à d'autres conditions. Tel serait le cas du fournisseur d'accès qui s'il avait eu connaissance de la qualité de professionnel de son abonné aurait fait souscrire un contrat prévu pour cette catégorie. Il appartiendra toutefois au fournisseur d'accès de prouver la volonté de l'abonné de tromper ou d'exploiter son ignorance ¹³²⁴. Le dol par réticence de l'abonné permettrait ainsi au professionnel d'obtenir des dommages et intérêts qui compenseraient mieux la perte subie par le fournisseur d'accès, prestataire de services.

Si le fournisseur d'accès demandait la nullité complète du contrat pour dol par réticence en qualifiant cette attitude de dol principal ou encore pour erreur sur la personne, il faudrait alors paralyser les conséquences de l'anéantissement du contrat. Il n'y aurait aucun intérêt à laisser libre cours au jeu des restitutions réciproques des prestations déjà exécutées qui s'imposent en principe afin de rétablir le *statu quo ante* ¹³²⁵. Le fournisseur ne saurait être condamné à devoir restituer les sommes perçues. Fort heureusement, en présence d'un contrat dont l'exécution s'échelonne dans le temps, le jeu des restitutions peut être paralysé ; il en est de même dans tout contrat quand l'une des parties est de bonne foi.

Ainsi, quand la nature du contrat successif empêche la restitution, celle-ci est empêchée. En effet, l'occupation d'un local ou le travail de l'employé ne sauraient être restitués. Afin de ne pas créer un enrichissement injuste de l'employeur qui se verrait reverser les salaires ou du locataire à qui les loyers seraient rendus, les restitutions sont paralysées. L'employé n'a pas à restituer les salaires et le bailleur n'a pas à restituer les loyers ¹³²⁶. Dans les contrats successifs où une des parties a

fourni une prestation non pécuniaire et qui n'est pas restituable il n'y a donc lieu à aucune restitution.

Plus largement, l'attitude des parties est prise en considération afin de mesurer les conséquences de la nullité. Tout d'abord un arrêt de principe est venu imposer la règle selon laquelle la bonne foi de l'une des parties à l'acte annulé peut tempérer les effets de la restitution à son égard ¹³²⁷. De surcroît, un auteur a démontré que la responsabilité d'une des parties était susceptible de la faire condamner à verser une somme complémentaire à la seule restitution des prestations prévues par le contrat ¹³²⁸.

La bonne foi du fournisseur d'accès lui permettrait certainement d'obtenir la nullité du contrat conclu avec une personne ayant fourni une fausse qualité pour dol tout en empêchant les restitutions ; non seulement ces dernières ne seraient pas possibles, le service ayant été utilisé, mais encore l'absence de faute justifierait la solution.

Nonobstant, la paralysie des éventuelles restitutions, la voie de la nullité pourrait être écartée au profit d'une non-reconduction du contrat ou d'une résiliation si le contrat est à durée indéterminée. Le fournisseur d'accès pourrait alors proposer la conclusion d'un contrat conforme à la qualité de l'internaute.

§ 2. Obligations à l'égard du consommateur ou du non professionnel, prestations et prix

- 332** *Prestations et clauses* ◇ Le contrat de fourniture d'accès fait l'objet d'un régime légal qu'il convient de détailler (A). En dehors de ce régime, il faudra revenir pour tout client aux obligations essentielles que sont le prix d'abonnement et la prestation de fourniture d'accès (B).

A. Le régime légal du contrat de fourniture d'accès, dénommé « services de communications électroniques »

- 333** *Les dispositions du Code de la consommation* ◇ Les articles L. 121-83 à L. 121-85 du Code de la consommation instaurent un régime des contrats de services de communication électronique. Ces dispositions sont applicables, selon l'article L. 121-85, aux consommateurs et aux non professionnels. Elles ont donc vocation à

s'appliquer aux personnes physiques agissant en dehors de leur activité professionnelle et pour les personnes morales « non professionnelles ». Les textes prévoient une série de dispositions destinées à encadrer les pratiques des professionnels.

334 **Liste d'informations** ◇ L'article L. 121-83 du Code de la consommation établit une liste d'informations qui doivent figurer sous une forme « claire, détaillée et aisément accessible » dans le contrat (*instrumentum*) souscrit, celle-ci s'établit comme suit :

- a) *L'identité et l'adresse du fournisseur ;*
- b) *Les services offerts, leur niveau de qualité et le délai nécessaire pour en assurer la prestation ;*
- c) *Le détail des tarifs pratiqués, notamment les frais de résiliation et les frais de portabilité des numéros et autres identifiants, les moyens par lesquels des informations actualisées sur l'ensemble des tarifs applicables et des frais de maintenance peuvent être obtenues et les modes de paiement proposés ainsi que leurs conditions ;*
- d) *Les compensations et formules de remboursement applicables si le niveau de qualité des services prévus dans le contrat n'est pas atteint ;*
- e) *La durée du contrat, les conditions de renouvellement et d'interruption des services et du contrat ;*
- f) *Les modes de règlement amiable des différends notamment la possibilité de recourir à un médiateur ;*
- g) *Les procédures mises en place par le fournisseur pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter de saturer ou sursaturer une ligne du réseau et sur leurs conséquences en matière de qualité du service ;*
- h) *Les services après vente fournis, ainsi que les modalités permettant de contacter ces services ;*
- i) *Les restrictions à l'accès à des services et à leur utilisation, ainsi qu'à celle des équipements terminaux fournis ;*
- j) *Les possibilités qui s'offrent à l'abonné de faire figurer ou non ses données à caractère personnel dans un annuaire et les données concernées ;*
- k) *Toute utilisation ou durée minimale requise pour pouvoir bénéficier de promotions ;*
- l) *Le type de mesure qu'est susceptible de prendre le fournisseur afin de réagir à un incident ayant trait à la sécurité ou à l'intégrité ou de faire face à des menaces et à des situations de vulnérabilité ;*
- m) *Les droits conférés au consommateur dans le cadre du service universel, lorsque le fournisseur est chargé de ce service.*

On observe que non seulement le prix et la prestation de service offerte doivent être détaillés, mais encore tous les détails sur la vie du contrat, tel que les incidents techniques et la fin de ce dernier. Toutefois, le texte ne prévoit pas de sanction à ces obligations d'information. La DGCCRF pourrait relever le manquement.

À l'article L. 121-83-1 du même code, il est encore ajouté que cette liste d'information doit être accessible en permanence par un moyen téléphonique ou électronique, et que le professionnel doit mentionner en outre : les produits ou services destinés aux consommateurs handicapés, les conséquences juridiques de l'utilisation de services de communication électroniques pour se livrer à des activités illicites, notamment l'atteinte aux droits d'autrui, et les droits d'auteur et droits voisins. Une information doit également être délivrée sur « les moyens de protection contre les risques d'atteinte à la sécurité individuelle, à la vie privée et aux données à caractère personnel lors de l'utilisation des services de communications électroniques ».

335 « *Services gratuits* » ◇ Quand le prestataire de services a prévu des services gratuits pendant un certain temps en accessoire du contrat principal, la poursuite à titre onéreux de ces services ne peut se faire qu'avec l'accord exprès du consommateur ¹³²⁹.

336 *L'éventuelle modification du contrat* ◇ L'article L. 121-84 du Code de la consommation prévoit le cas de la modification du contrat par le professionnel. Cette disposition est intéressante car elle consacre le fait qu'en présence d'une prestation tributaire de l'évolution technologique il est possible de modifier la convention liant les parties. Cette éventualité a également été prise en compte en matière de clauses abusives à l'article R. 132-2-1 du même code qui répute non abusive, une clause qui permet au professionnel de faire évoluer la technologie mise en œuvre sans modification de prix et de performances.

En dehors même de toute clause, le régime légal mis en place dans le Code de la consommation prévoit, à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 121-84 que le professionnel peut informer le consommateur d'une modification des conditions contractuelles, un mois avant leur entrée en vigueur. Soit, le consommateur accepte expressément la modification ou bien il dispose d'un délai de quatre mois pour résilier le contrat après l'entrée en vigueur des modifications. À l'alinéa 2 de ce texte, il est précisé que pour les

contrats à durée déterminée qui ne comportent pas de clause de modification, le consommateur peut exiger l'exécution des prestations initiales jusqu'au terme du contrat. Enfin au dernier alinéa, il est précisément exigé que toute offre de services de communications électroniques comporte une information sur les modifications en cours de contrat.

Ces obligations légales doivent être respectées scrupuleusement par les fournisseurs d'accès Internet pour voir leurs clauses de modification validées. En effet, il convient de rappeler ici qu'ont été déclarées abusives ¹³³⁰, sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ¹³³¹, les clauses qui réservent au professionnel le droit unilatéral de modifier les modalités de facturation ¹³³², celle de révision unilatérale du prix ¹³³³ et plus largement celle de modification des caractéristiques du service ¹³³⁴.

337 *Durée, résiliation et restitutions* ◇ En pratique, la durée d'engagement du consommateur est souvent un frein au jeu de la concurrence. Toutefois, un prix abordable du service peut aussi justifier d'un engagement minimum. Aussi le législateur a-t-il obligé le professionnel à mentionner le temps restant à courir sur les factures quand une durée minimum d'exécution a été stipulée ou que la durée est échue ¹³³⁵. En outre cette durée ne saurait excéder vingt-quatre mois ¹³³⁶. Quand le professionnel formule une offre qui engage plus de douze mois, il doit également proposer une offre d'une durée moindre « selon des modalités commerciales non disqualifiantes » ¹³³⁷. En outre, il est ajouté que dans la seconde année de l'engagement, le consommateur doit pouvoir résilier en s'acquittant seulement du quart de la somme restant due pour le temps restant à courir ¹³³⁸. Le texte précise enfin que ces dispositions sur la durée s'appliquent tant à la prestation principale (fourniture d'accès au réseau) qu'aux contrats accessoires liés ¹³³⁹.

En cas de résiliation, la durée du préavis ne peut être inférieure à dix jours, elle peut être plus longue à la demande du consommateur quand c'est le fournisseur qui a procédé à la résiliation ¹³⁴⁰.

Les frais de résiliation doivent correspondre aux frais effectifs supportés par le professionnel, « sans préjudice » de la clause contractuelle prévoyant une durée minimum d'engagement ¹³⁴¹. Toute somme versée par un consommateur à un titre quelconque doit être restituée dans les dix jours du paiement de la dernière facture ou de la

restitution du matériel ¹³⁴² .

338 ***Médiation*** ◇ Le législateur a mis à la charge de chaque prestataire l'obligation d'instituer un médiateur « impartial et compétent » ¹³⁴³ . Il est saisi sur tout différend portant les conditions ou sur l'exécution du contrat ; « les modalités d'intervention du médiateur doivent être facilement accessibles, rapides, transparentes pour les deux parties et confidentielles » ¹³⁴⁴ . Cette médiation ne présente donc aucun caractère obligatoire pour le consommateur, ni ne saurait constituer un préalable à toute action. Le texte ne dit rien sur le caractère suspensif de la médiation ; c'est donc par application de l'article 2238 du Code civil que la prescription de l'action dont dispose le consommateur qui recourt à la médiation serait suspendue.

339 ***Rappel sur les clauses déclarées abusives*** ¹³⁴⁵ ◇ On rappellera ici quelques-unes des décisions qui ont déclaré les clauses comme étant abusives par application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Une série de jugements rendus par les tribunaux de grande instance de Paris et Nanterre ont fait l'objet d'une étude systématique afin d'établir une synthèse des clauses déclarées abusives dans les contrats d'abonnement au téléphone ou à l'accès Internet ¹³⁴⁶ . La facturation de frais d'impayés, la fixation d'un délai pour contester les factures, le prélèvement automatique imposé comme seul moyen de paiement, la limitation ou l'exonération de responsabilité et la clause de résiliation suivant laquelle tout mois commencé est dû constituent des clauses abusives ¹³⁴⁷ . De même que la suspension de l'accès aux services pour tout manquement du client a été déclarée abusive ¹³⁴⁸ . Ont également été déclarées abusives les clauses supprimant la responsabilité en cas d'interruption temporaire ¹³⁴⁹ ; supprimant ou limitant fortement toute responsabilité du professionnel ¹³⁵⁰ ; définissant la force majeure au profit du professionnel ¹³⁵¹ , permettant la transmission des données personnelles de l'abonné à des tiers, sans son accord exprès préalable pour tout type d'exploitation ¹³⁵² ; transférant les droits d'auteur au professionnel ¹³⁵³ , empêchant la résiliation par le consommateur pour cause légitime ¹³⁵⁴ ; imposant des pénalités en cas de retard de paiement, sans en préciser très nettement le montant ou le point de départ pour les intérêts moratoires ¹³⁵⁵ ; imposant le prélèvement automatique sur le compte (courant ou postal) du client, dès lors que seul ce mode de

paiement est possible ¹³⁵⁶. A également été déclarée abusive la clause, autorisant l'opérateur à suspendre ou résilier en cas d'« abus » ou usage non conforme à celui d'un « bon père de famille » par le consommateur, sans préciser l'abus ou l'usage non conforme ¹³⁵⁷.

La Cour de cassation, dans une décision de 2007 ¹³⁵⁸, relative à la fourniture d'accès Internet, a déclaré abusive la clause qui permet au professionnel de modifier unilatéralement les caractéristiques du service à rendre. La clause exonératoire de responsabilité est également condamnée, la Cour ajoutant que l'obligation essentielle « d'assurer effectivement l'accès au service promis » constitue une « obligation de résultat ». En revanche, la clause de résiliation est valable dès lors qu'elle organise bien une réciprocité des facultés de mettre fin au contrat ¹³⁵⁹.

B. Prestations et prix

340 *Deux éléments essentiels du contrat de fourniture d'accès Internet* ◇ Sans surprise, la prestation technique et son prix constituent les obligations essentielles du contrat de fourniture d'accès Internet

1. Les prestations techniques

341 *Les prestations techniques* ◇ Les prestations techniques consistent pour l'essentiel en un accès au réseau Internet ¹³⁶⁰ dont le débit maximum est précisément déterminé. En outre, le service du téléphone par le même réseau est proposé et l'accès à la télévision numérique. Les prestataires qualifient leurs obligations techniques d'obligations de moyens. Toutefois, il convient de rappeler l'arrêt de la Cour de cassation de 2007 dont la portée dépasse la seule question des clauses abusives, dans lequel la Haute juridiction affirme nettement que le service de fourniture d'accès Internet représente une obligation de résultat ¹³⁶¹. Par ailleurs, des juges du fond ont qualifié d'abusives la clause contenue dans le contrat d'un prestataire qui définissait ses obligations comme étant de moyens ¹³⁶².

342 *La compatibilité avec les installations du client* ◇ Les opérateurs mettent à la charge du seul client la nécessité de disposer de l'installation

nécessaire à la connexion, qu'il s'agisse de l'Internet, du téléphone ou de la télévision.

Certains contrats, les plus détaillés et protecteurs, prévoient de vérifier pour une mise en service effective que la ligne de l'abonné et son équipement sont compatibles. Toujours dans le cadre d'un contrat protecteur pour l'internaute, l'opérateur prévoit la durée nécessaire à la mise en place du service. En cas de dépassement du délai, un remboursement de la mensualité *pro rata temporis* est mentionné.

L'abonné est tenu de mettre en fonctionnement le service selon les prescriptions du fournisseur. Certains contrats donnent un délai au client pour avertir de l'impossibilité de mettre en place l'accès (par exemple, une semaine) et un autre délai pour tenter de remédier aux difficultés (un mois, par ex.). Dès lors que les difficultés ne sont pas résolues le client dispose d'un nouveau délai (un mois encore) pour « résilier » le contrat. Il nous semble qu'il s'agit plus exactement d'une résolution car on ne peut pas dire qu'un service a été utilisé dès lors que la connexion a échoué. Une telle stipulation traduit parfaitement les conséquences de l'échec de la mise en place du service promis. À défaut d'une telle clause, les juges aboutiraient à la même conclusion.

2. Le prix

343 *Le prix de la prestation* ◇ Nous nous intéresserons ici spécifiquement au prix de la prestation principale de fourniture d'accès. Les prestations accessoires comme la téléphonie et la télévision numérique vont suivre le même régime concernant la prestation de service. La mise à disposition accessoire de matériel ¹³⁶³ sera soumise quant à elle au régime de la vente, du louage ou du commodat selon la nature des obligations prévues par le contrat.

Si en droit commun la stipulation du prix n'est pas une condition de validité du contrat d'entreprise ¹³⁶⁴, un contrat de fourniture d'accès comporte toujours la mention du prix dans l'offre afin d'attirer évidemment la clientèle. Le prix constitue un élément de communication commerciale déterminant que le contrat d'abonnement soit conclu avec un consommateur (a) ou un professionnel (b).

a. Le prix de la fourniture d'accès dans un contrat conclu par un consommateur

344 *Obligation d'affichage* ◇ L'article L. 111-1 du Code de la

consommation oblige tout professionnel à afficher les prix des services offerts et les frais. L'article L. 113-3 du même code impose à tout vendeur de produit ou tout prestataire de service par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage d'informer le consommateur sur les prix, les limitations de responsabilité contractuelle ou les conditions particulières de vente. Il est ajouté à l'article L. 133-2 du Code de la consommation que les clauses des contrats proposés par les professionnels soient rédigées de manière claire et compréhensible. À défaut, l'alinéa 2 de ce texte dispose que le contrat s'interprète dans le sens le plus favorable au consommateur. Le contrat de fourniture d'accès qui serait obscur sur les modalités de détermination du prix ou de l'évolution de celui-ci serait ainsi interprété en faveur de l'internaute consommateur.

En outre, comme il a déjà été indiqué ¹³⁶⁵, l'article L. 121-83 du Code de la consommation oblige le professionnel à informer le consommateur et le non-professionnel sur le prix du service de communication électronique en donnant le détail des tarifs pratiqués, des services dispensés et des conditions contractuelles.

Enfin, quand le fournisseur d'accès met en place un procédé de conclusion du contrat entièrement et exclusivement à distance (Internet, téléphone, courrier) à destination des internautes consommateurs ; il entre dans le champ d'application des articles L. 121-16 et suivants du Code de la consommation sur l'offre de produits et services non financiers à distance ¹³⁶⁶. Il devra alors respecter les obligations prévues par ces textes, notamment les contraintes d'information et la mise en œuvre de la faculté de rétractation ¹³⁶⁷. L'internaute professionnel ne bénéficiera pas en revanche de ces dispositions.

b. Le prix dans un contrat conclu par un professionnel

345 Coût unitaire ou forfait ◇ Dans les contrats d'abonnement conclus pour les besoins de l'exercice d'une profession, nous avons indiqué que la qualification de la fourniture d'accès de contrat d'entreprise ¹³⁶⁸ dispensait, d'un point de vue théorique, de déterminer le prix. Cependant, la pratique commerciale impose d'évidence pour ce type de prestation d'en définir le prix par avance. Il s'agit sans doute d'un forfait ; c'est dire d'un prix convenu d'avance qui ne saurait varier quelle que soit la quantité de « travail », de service ici, fournie ensuite. On peut également imaginer qu'une grande entreprise recourt à la technique du marché qui permet de mieux détailler le coût unitaire de chaque service

et d'en facturer régulièrement le montant selon le taux d'utilisation ¹³⁶⁹.

Quelle que soit la technique utilisée, il appartiendra *in fine* au fournisseur d'accès d'établir une facture détaillée qui mentionnera chaque prestation et son coût afin de se conformer à l'obligation de facturation détaillée prévue à l'article L. 441-3 du Code de commerce.

346 ***Les pratiques de prix*** ◇ Le professionnel qui désire conclure pour les besoins de son activité un contrat de fourniture d'accès Internet doit pouvoir se faire communiquer les conditions générales des opérateurs afin de vérifier si ces derniers pratiquent des conditions contractuelles et des tarifs transparents à l'égard de tous ses clients professionnels. En effet, l'article L. 441-6 du Code de commerce dispose que tout prestataire de services est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout demandeur de prestations de services. Elles constituent le « socle de la négociation commerciale », selon ce texte, car elles comportent : les conditions de vente, le barème des prix unitaires, les réductions de prix et les conditions de règlement.

Par ailleurs, si le professionnel conclut un contrat de fourniture d'accès par voie électronique, l'article 1369-4 alinéa 1^{er} du Code civil, qui relève des dispositions sur les contrats sous forme électronique, est applicable. Il convient de rappeler ici ¹³⁷⁰ que ce texte bénéficie à tout internaute consommateur ou professionnel. Il dispose que le professionnel qui offre ses services par voie électronique est tenu de mettre à disposition ses conditions contractuelles.

SECTION 2. L'HÉBERGEMENT

347 ***Définition*** ◇ Le prestataire d'hébergement est mentionné à l'article 14 de la loi du 21 juin 2004 ¹³⁷¹, confiance dans l'économie numérique comme l'une des activités de services de la société de l'information et défini à l'article 6 relatif au régime dérogatoire de responsabilité des fournisseurs d'accès et des hébergeurs. Aux termes de l'article 6 de la loi confiance dans l'économie numérique, les hébergeurs 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 »¹³⁷². L'article 14 de la directive commerce électronique du 8 juin 2000¹³⁷³ est plus laconique en évoquant un service qui consiste à « stocker des informations fournies par un destinataire du service ». Dans une approche technique, leur rôle consiste donc à mettre à disposition un espace disque sur leur système à leurs clients afin que ces derniers installent un site et que les tiers puissent y accéder. Nous ne développerons pas ici la question de la revendication de nombreux sites Internet visant à obtenir la qualification d'hébergeur afin de bénéficier de l'immunité de responsabilité du fait du contenu proposé aux internautes¹³⁷⁴. Nous traiterons des véritables hébergeurs qui offrent le service à leurs clients ou usagers de stockage des données nécessaires au fonctionnement de leur site.

Il n'existe pour le moment pas de régime légal du contrat d'hébergement, aussi à partir de contrats proposés par des hébergeurs, nous évoquerons les clauses habituelles de cette prestation. Nous présenterons les prestations caractéristiques de ce contrat (§ 1), la responsabilité qui peut naître de ce rapport d'obligation (§ 2), la durée et la résiliation de cette relation contractuelle (§ 3).

§ 1. Les prestations caractéristiques

348 Hébergement ◇ À l'examen des contrats offerts par les hébergeurs il apparaît que ce dernier met à disposition des « ressources mémoires ». Le plus souvent il va partager ces centaines ou milliers de disques durs entre ses différents clients ou usagers. L'hébergement peut être gratuit, l'hébergeur se finance alors par des ressources publicitaires, sinon il est évidemment payant. L'emplacement réservé peut aussi être plus spécifiquement dédié à un client en particulier.

L'offre d'hébergement est le plus souvent formulée à distance. Quand le contractant est consommateur, il bénéficiera donc des obligations d'information et de la faculté de rétractation prévues aux articles L. 121-16 et suivants du Code de la consommation relatifs à la vente et la prestation de services à distance ou hors établissement¹³⁷⁵.

Le prestataire assure en outre, un accès au site hébergé et à la messagerie associée. Le taux de fréquentation du site pourra nécessiter des évolutions techniques si ce dernier devient élevé. Si l'on doit résumer les deux éléments essentiels du contrat : il s'agit de l'espace mémoire alloué et de l'accès au site hébergé.

L'hébergeur prend en charge une obligation de bon fonctionnement du service vingt-quatre heures sur vingt-quatre et toute l'année. Quand le client installe son propre matériel informatique dans le « *data center* » de l'hébergeur, ce dernier lui garantit également un accès permanent aux locaux afin de remédier à toute panne.

349 ***Qualification du contrat*** ◇ La fourniture d'un service correspond à un contrat d'entreprise. La vente serait hors de propos puisqu'il ne s'agit pas de flux ici. Néanmoins on peut aussi remettre en cause la qualification de contrat d'entreprise de la fourniture d'hébergement. Il serait possible de considérer qu'il s'agit d'une location d'espace, donc d'un bail, dès lors notamment que le client vient avec son matériel informatique au sein du « *data center* » afin de disposer seulement d'espace disque. Cette qualification serait sans conséquence pour le moment. Toutefois, si les espaces disques venaient un jour à se raréfier, il faudrait se demander si le statut du bail commercial ne pourrait pas s'appliquer au commerçant qui loue cet espace disque.

350 ***Accès et maintenance*** ◇ Le fournisseur d'hébergement procure un service de maintenance afin que les sites hébergés soient toujours accessibles et que leurs clients ou usagers puissent signaler tout dysfonctionnement. Le service fourni peut consister à l'égard d'un client professionnel en la seule mise à disposition au sein d'un « *data center* » d'espaces disques. Le client se rend alors dans les locaux du « *data center* » avec son propre matériel informatique afin de le connecter aux câbles mis à disposition par l'hébergeur. Le contrat va alors encadrer les modalités d'accès et les obligations du client à l'égard de l'hébergeur et les précautions qu'il doit prendre à l'égard des tiers eux aussi hébergés.

351 ***Le prix*** ◇ La première obligation du client est de payer le prix, d'avance ou à l'échéance en un paiement unique ou fractionné. Le prix étant librement déterminé ; ce dernier va en principe correspondre à l'importance du service obtenu et la quantité d'espace disque occupée. L'essentiel à l'égard d'un consommateur est que le prix soit affiché et clair ¹³⁷⁶. À l'égard du client professionnel il existe une exigence de facturation ¹³⁷⁷ et de communication préalable et transparente de ses conditions générales ¹³⁷⁸.

Obligations du client ou de l'utilisateur ◇ Parmi les clauses fréquentes créant une obligation à la charge du client ou de l'utilisateur, il est stipulé que ce dernier devra respecter les lois et règlements relatifs aux propriétés intellectuelles et aux données personnelles et plus largement ne pas commettre d'infractions pénales au moyen du site hébergé. On peut qualifier ces obligations de « déontologiques ».

Cette clause n'est pas vraiment indispensable car les individus doivent respecter la loi sans que leur co-contractant soit tenu de le leur rappeler. Toutefois, elle va permettre de mieux justifier ensuite une éventuelle résiliation ¹³⁷⁹.

Il est également souvent stipulé que le client ou l'utilisateur doit respecter une charte ou un engagement relatif à l'étiquette du Net ou une appellation de cette nature auquel il est souvent renvoyé par une adresse ou un lien hypertexte. Il n'est pas acquis ici que cette « obligation » sera exécutoire. En effet, des prescriptions trop vagues ou trop techniques peuvent être déclarées sans portée contraignante, d'autant moins si elles ne font pas véritablement corps avec le contrat. En outre, si le client est consommateur, la Commission des clauses abusives dans sa recommandation n° 03-01 relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet ¹³⁸⁰ préconise la suppression des clauses qui l'obligent sous la menace de sanctions contractuelles, à respecter un code de conduite ou des règles de comportement développées par la communauté des utilisateurs du réseau Internet, sans qu'il ait accepté le contenu de ces règles. Cette recommandation peut être étendue aux hébergeurs. Si le professionnel veut vraiment opposer au consommateur une « charte » de comportement elle doit être clairement incorporée au contrat et être aisément compréhensible.

Plus techniquement, le client ou l'utilisateur va être tenu de l'usage abusif des mots de passe et codes qui vont lui être attribués, notamment si ses préposés ou des tiers s'en emparent.

Outre le paiement du service ou de la location de l'espace, le client se voit soumis à de très nombreuses obligations quand il vient au sein du « *data center* » avec son matériel informatique. Il lui est alors imposé un véritable règlement intérieur qui vise à ce qu'il n'endommage pas les installations du « *data center* » (matériel informatique approprié et aux normes de l'hébergeur, intensité électrique compatible...) et que son matériel soit identifiable. Le client qui a accès au « *data center* » doit également veiller à ne pas créer de troubles ou de dommages aux autres

clients.

Certaines offres sont évolutives et permettent au client d'utiliser des plages d'espace disque variables selon les techniques qu'il met en œuvre et donc ses besoins du moment. L'hébergeur met alors en place un système d'alerte pour prévenir le client qu'il ne peut plus consommer d'espace supplémentaire.

§ 2. Responsabilités

353 ***Qualification des prestations*** ◇ Les prestataires aiment à qualifier leur prestation d'obligation de moyens. Ils revendiquent la nature technique de leur prestation et leur dépendance à l'égard de la technologie pour expliquer ce choix. Il est vrai que la qualification d'obligation de résultat peut les inquiéter en cas de panne. Si cette dernière qualification est retenue seule l'exonération totale pour force majeure est possible, ou partielle pour faute du client.

Toutefois, il n'est pas acquis qu'une prestation qui consiste à stocker des données et à les rendre accessibles sera qualifiée d'obligation de moyens en jurisprudence. C'est une prestation technique, qui, une fois la technologie à mettre en œuvre connue, ne devrait pas donner lieu à trop d'incertitudes. En effet, ce sont les prestations intellectuelles qui présentent un aléa qui sont généralement qualifiées d'obligation de moyens ¹³⁸¹. La participation active du client à l'opération peut également justifier la qualification d'obligation de moyens ¹³⁸².

Toutefois, il convient de rappeler que pour la Cour de cassation le service de fourniture d'accès au réseau constitue une obligation de résultat nonobstant la qualification d'obligation de moyens retenue dans les contrats des fournisseurs ¹³⁸³. Il n'est donc pas acquis pour la fourniture d'hébergement que la Haute juridiction s'arrêterait à celle mentionnée dans les contrats ; elle pourrait parfaitement la requalifier en obligation de résultat.

354 ***Une responsabilité contractuellement limitée par l'hébergeur*** ◇ Non seulement les hébergeurs qualifient leur obligation de moyens, mais encore ils la limitent très strictement. Réalisant une prestation technique, ils offrent un contrat d'adhésion qui laisse peu de place à une éventuelle responsabilité du fait d'un manquement à leurs

obligations. Ils vont souvent exiger de leur client qu'il prouve une faute à leur encontre.

L'hébergeur va également écarter sa responsabilité en cas de défaillance due au fournisseur d'accès Internet ou encore du fait de l'introduction d'un virus.

En outre, l'hébergeur limite le champ de son éventuelle responsabilité par tous moyens possibles. Le plus souvent la responsabilité pour pertes de données du client est exclue bien que cette exigence de conservation représente l'obligation essentielle du fournisseur d'hébergement. En outre, ce qu'il est convenu d'appeler les préjudices indirects ou encore non consécutifs tels que perte de clientèle ou atteinte à l'image sont exclus ; le client étant invité à s'assurer lui-même pour ces risques-là.

De telles clauses qui suppriment la responsabilité du fait d'une mauvaise exécution de l'obligation essentielle vont être qualifiées de directement abusives à l'égard d'un consommateur par application de l'article R. 132-1, 6° du Code de la consommation qui prohibe la suppression ou la réduction du droit à réparation du consommateur. Par ailleurs, à l'égard d'un client professionnel, de telles clauses peuvent être considérées comme créant un déséquilibre significatif par application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Enfin les jurisprudences *Chronopost*¹³⁸⁴ et *Faurecia*¹³⁸⁵ réputent non écrites les clauses qui privent le contrat de cause en supprimant toute sanction à la violation de l'obligation essentielle.

L'opérateur écarte également une éventuelle action subrogatoire du client qui a indemnisé un tiers. De surcroît, l'hébergeur l'oblige à le garantir de tous frais que subirait du fait d'une action du tiers.

355 ***Une responsabilité du client du fait de l'usage de l'espace disque alloué*** ◇ Les hébergeurs qui ont une activité commerciale en France vont exiger de leur client de ne pas installer sur l'espace disque alloué de site raciste ou encore de site émanant d'une secte. En revanche, ils prévoient une offre spécifique pour les sites à caractère pornographique en interdisant de les implanter sur des espaces disques « standards ».

Les clients ou usagers sont mis en garde sur la protection de la plupart des œuvres par des droits d'auteurs. L'hébergeur insiste sur la nécessité pour ces derniers d'être titulaires des droits de propriété intellectuelle sur les « fichiers » qu'ils utilisent pour leur site ou bien d'avoir obtenu une

autorisation. Enfin certains hébergeurs interdisent à leurs clients de mettre en place un site de *streaming*¹³⁸⁶.

Ils interdisent également l'envoi non sollicité de courriels, c'est-à-dire le *spamming*¹³⁸⁷.

Ces règles relatives à l'usage de l'espace disque sont sanctionnées par l'éventuelle interruption du service.

356 ***Exception d'inexécution par suspension du service***

◇ L'hébergeur prévoit souvent qu'il peut suspendre l'exécution du service pour un manquement du client à l'une de ses obligations contractuelles, notamment de nature « déontologique », c'est-à-dire la violation des droits de propriété intellectuelle, la commission d'infraction ou l'utilisation frauduleuse du service en sous-louant de l'espace, par exemple.

La suspension interviendra également après notification d'un tiers avertissant l'hébergeur de l'existence d'un contenu illicite qui porterait atteinte à ses droits conformément à l'article 14 de la directive commerce électronique et à l'article 6 de la loi confiance dans l'économie numérique¹³⁸⁸. L'hébergeur n'aurait donc pas besoin de prévoir de clauses pour procéder à une suspension puisque dûment averti d'un contenu illicite sur ses espaces disques, il doit, aux termes de la loi en interdire l'accès s'il ne veut pas voir sa responsabilité engagée.

Toutefois, la présence des clauses sécurise l'action de l'hébergeur qui pourrait sans notification formelle d'un tiers tout de même exercer une police « déontologique » sur les contenus qu'il stocke en interdisant à un client ou à un usager de maintenir des contenus qui violent les droits de propriété intellectuelle ou contraire à l'ordre public.

Il peut également mettre fin à toute activité de *spamming* et de *streaming* grâce à de telles clauses. Ces dernières sont encore plus utiles pour le *spamming* car il n'est pas certain que l'hébergeur bénéficierait de l'immunité de responsabilité de l'article 6 de la loi confiance dans l'économie numérique. En effet, la technique du *spamming*, envoi non sollicité de courriels, ne constitue pas à proprement parler un « contenu » hébergé, mais une méthode interdite à l'égard des personnes physiques¹³⁸⁹, dont l'hébergeur pourrait ou devrait s'apercevoir par lui-même.

Toutefois, aucune responsabilité ne peut être retenue en présence d'une force majeure.

357 ***Force majeure*** ◇ La clause la plus simple consiste pour ses rédacteurs à renvoyer à la définition française de la force majeure qui repose sur trois caractéristiques : l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité. Toutefois le plus souvent les clauses établissent une liste d'événements type qui entreraient dans cette définition comme : grèves, lock-out, intempéries, épidémies, tremblement de terre. Plus en lien avec l'activité même, l'hébergeur fait souvent entrer dans la force majeure, l'interruption totale ou partielle de la fourniture d'accès au réseau. C'est donc le fait du tiers (fournisseur d'accès Internet, exploitant du réseau de télécommunication) qui ici, serait constitutif de la force majeure. Pour constituer une véritable force majeure, il faut alors que cette défaillance soit soudaine et qu'il n'ait pas été possible pour l'hébergeur de prendre des mesures pour l'anticiper.

Un autre événement fréquemment mentionné réside dans le commandement de l'autorité publique qui rendrait le réseau de télécommunication inaccessible. Effectivement, le « fait du Prince » est généralement admis comme force majeure. En revanche, la défaillance de sous-traitants parfois mentionnée dans les contrats comme cause de force majeure est plus surprenante. En effet, un prestataire est toujours responsable du fait des sous-traitants qu'il s'est substitué ¹³⁹⁰. Il faudrait que la défaillance soit vraiment irrésistible pour entrer parmi les cas de force majeure.

Les clauses de force majeure permettent éventuellement de dilater cette catégorie afin d'exonérer plus facilement l'hébergeur de sa responsabilité ; toutefois, une fois encore, un tel procédé trouve sa limite dans le caractère déséquilibré de la clause qui peut la rendre abusive tant à l'égard d'un consommateur que d'un professionnel ¹³⁹¹. En outre, une exonération de responsabilité trop systématique et qui porterait sur la prestation caractéristique à fournir pourrait être considérée comme privant le contrat de cause ¹³⁹².

§ 3. Modification et résiliation du contrat

358 ***Modification unilatérale*** ◇ La clause indiquant que les clauses en ligne prévalent sur les clauses imprimées est fréquente dans les contrats des hébergeurs. Il est parfois précisé que les modifications sont portées à la connaissance du client et que celui-ci dispose d'un délai pour procéder

à la résiliation. Certains hébergeurs appliquent les mêmes dispositions à la modification des tarifs.

Ce type de clause pourrait être regardé comme abusive sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation et par application de l'article R. 132-1, 3° du même code qui déclare irréfragablement abusive la clause qui a pour effet de « réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre » ¹³⁹³. Toutefois, l'article R. 132-2-1 du même code prévoit une nuance en admettant la clause qui permet au professionnel de faire évoluer la technologie mise en œuvre sans modification de prix et de performances. À l'égard d'un consommateur, n'est donc pas abusive la clause autorisant par avance la modification de la technologie utilisée ; en revanche celle permettant la modification unilatérale d'une autre stipulation du contrat et *a fortiori* du prix sera considérée comme abusive. Il n'est pas certain que l'octroi d'un délai de résiliation rétablisse l'équilibre. Dans un contrat à tacite reconduction, il sera plus simple pour l'hébergeur d'attendre l'échéance pour proposer une modification du contrat.

À l'égard d'un client professionnel une clause de modification unilatérale pourrait être admise dès lors qu'elle ne crée pas un déséquilibre significatif aux termes de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ¹³⁹⁴.

359 ***Durée et résiliation*** ◇ Le plus souvent, afin de ne pas perdre de clientèle, le contrat est à tacite reconduction. Il est alors prévu une période de renonciation, avant l'échéance, pendant laquelle le client peut renoncer à la reconduction. Quand le client est un consommateur, l'hébergeur va devoir l'avertir trois mois avant l'échéance de la faculté de refuser la reconduction, par application de l'article L. 136-1 du Code de la consommation.

Le contrat peut également être à durée indéterminée, mais alors par application du droit commun, il peut être résilié à tout moment avec un préavis raisonnable.

Pendant la vie du contrat, la mise en œuvre de la clause de résiliation signe l'échec de la relation contractuelle. Elle peut être due à une force majeure prolongée. Elle peut également, être le fait de l'une des parties qui estime que l'autre manque à l'une des obligations prévue au contrat :

de paiement, technique ou déontologique. Pour qu'elle ne soit pas qualifiée de déséquilibrée à l'égard d'un consommateur ¹³⁹⁵, la clause doit comporter les mêmes conditions de résiliation et délais de préavis que celles applicables à l'hébergeur.

360 *Restitutions et confidentialité* ◇ Les données hébergées peuvent être qualifiées de numériques. Il est indispensable pour le client ou l'utilisateur qu'il puisse se les voir restituées à la fin du contrat. Il faut en outre que ce dernier prévoie bien la réversibilité des données, c'est-à-dire qu'elles seront dans un format qui lui permettra de les lire une fois restituées. Pour les besoins de l'exécution du contrat si l'hébergeur a eu accès aux données, il ne saurait ensuite les utiliser à son profit ou en communiquer la teneur à des tiers.

DEUXIÈME PARTIE

LES VALEURS IMMATÉRIELLES DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

TITRE 1 LA PROTECTION DES CRÉATIONS INTELLECTUELLES

TITRE 2 LA PROTECTION DES SIGNES

361 *Objets des valeurs immatérielles* ◇ L'expression « valeurs immatérielles » fait référence à des droits, appelés droits de propriété intellectuelle, qui protègent des objets incorporels (tels qu'œuvres littéraires, compositions musicales, interprétations artistiques, logiciels, marques ou encore noms de domaine). Ces divers objets ont deux points communs essentiels.

D'une part, ils sont indépendants de tout support. Il faut ainsi distinguer la création incorporelle des divers supports sur lesquels elle peut être reproduite – que ces supports soient eux-mêmes incorporels (site web, forum ou e-book, pour prendre l'exemple d'une œuvre littéraire) ou corporels (livre ou journal). Le Code de la propriété intellectuelle précise bien, en ce sens, que la propriété incorporelle est indépendante de la propriété de l'objet matériel ¹³⁹⁶. Toutefois, dans un environnement numérique qui voit les objets se dématérialiser, la distinction entre objets matériels et objets immatériels a tendance à se brouiller : témoin un intéressant arrêt dans lequel la cour d'appel de Paris a estimé que la propriété matérielle (si l'on ose dire) de fichiers numériques de photographies ne permettait pas à une société d'interdire au photographe auteur des clichés de reproduire lesdites photographies sur son site web personnel ¹³⁹⁷.

D'autre part, ces objets incorporels sont « issus de l'imagination humaine » ¹³⁹⁸ : c'est par un effort de l'Homme qu'ils naissent – que cet

effort soit de nature créative (œuvre littéraire ou artistique, logiciel) ou économique (constitution d'une base de données), ou qu'il se traduise par l'accomplissement d'une démarche d'enregistrement (marque ou nom de domaine ¹³⁹⁹).

362 *Valeur économique des droits de propriété*

intellectuelle ◇ Dans une société de l'information et des nouvelles technologies caractérisée par son immatérialité, les droits sur de tels objets incorporels ont une valeur économique considérable ¹⁴⁰⁰. Que l'on songe à la valeur attachée aux œuvres, interprétations ou sites web les plus populaires, ou encore aux logiciels les plus utilisés ou aux marques les plus célèbres. L'univers du numérique est d'ailleurs celui dans lequel on trouve les marques dotées de la plus forte valeur ¹⁴⁰¹. Les titulaires des droits sur ces objets tirent un avantage pécuniaire substantiel de leur exploitation ; les objets incorporels constituent des apports en nature venant enrichir le « capital intellectuel » d'une société ¹⁴⁰² ; et les droits de propriété intellectuelle peuvent faire l'objet de licences ou de cessions.

363 *Nature juridique des droits de propriété intellectuelle*

◇ Les droits de propriété intellectuelle sont des droits exclusifs permettant à leurs titulaires d'interdire aux tiers de faire un usage non autorisé des objets immatériels protégés. Il s'agit donc de monopoles d'exploitation, aux contours définis par la loi (et la jurisprudence ¹⁴⁰³). À l'instar des droits de propriété corporelle, les droits de propriété intellectuelle bénéficient de la protection fondamentale accordée à la propriété par la Constitution ¹⁴⁰⁴. Dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que le droit au respect des biens s'appliquait à la propriété intellectuelle en tant que telle ¹⁴⁰⁵. De son côté, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre expressément la propriété intellectuelle au rang de droit fondamental, dans son article 17 alinéa 2.

Les valeurs immatérielles de la société de l'information reposent ainsi sur des biens meubles incorporels qui font l'objet d'un droit de propriété ¹⁴⁰⁶ particulier (notamment en ce qu'il est limité dans le temps). Mis à part le cas des noms de domaine, dont la nature juridique est source de débats ¹⁴⁰⁷, il n'est plus guère contesté que les œuvres et créations protégées puissent être qualifiées de biens ¹⁴⁰⁸ appropriables et cessibles.

Enjeux liés aux valeurs immatérielles dans l'environnement numérique ◇

Les progrès des nouvelles technologies de l'information et de la communication sont source de bouleversements dans la diffusion et l'utilisation des biens protégés par le droit de la propriété intellectuelle ¹⁴⁰⁹. En effet, le développement d'Internet et du haut débit favorise l'accès du public aux contenus numériques ; dès lors, la protection de ces contenus est mise en péril par la croissante facilité de visionnage, de reproduction et de transmission. Par ailleurs, la multiplication des acteurs, et notamment des intermédiaires techniques, dans l'environnement numérique, soulève des questions relatives aux différentes responsabilités encourues. On peut également relever l'émergence de modèles alternatifs d'exercice des droits de propriété intellectuelle à travers l'apparition des licences libres ¹⁴¹⁰.

En somme, le droit de la propriété intellectuelle évolue avec le développement d'Internet ¹⁴¹¹. Devant les avancées technologiques, la protection des valeurs immatérielles se trouve confrontée à d'importants défis, tant d'ordre technique (identification des auteurs ou des contrefacteurs) que d'ordre juridique (adaptation du droit à l'univers numérique ¹⁴¹²).

Des travaux ont fait apparaître l'existence d'un certain nombre de menaces pesant sur la protection des valeurs immatérielles sur Internet ¹⁴¹³. Particulièrement porteur de dangers, en la matière, est le développement du web 2.0. Il s'agit d'un ensemble d'outils permettant aux internautes de ne plus seulement accéder de manière passive aux contenus sur Internet, mais de participer, en tant qu'acteurs, à leur élaboration et leur transmission. Également appelé web « contributif » ou « participatif », le web 2.0 repose sur des systèmes de stockage, d'hébergement, de partage, de téléchargement et de réseaux qui favorisent la diffusion publique et instantanée de contenus numériques dans un univers virtuel ¹⁴¹⁴.

Or, la mise à disposition croissante de ces outils a pour effet de faciliter les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur Internet. Sans étudier dès à présent la matière en détail, on peut toutefois proposer ici un rapide aperçu des menaces pesant sur les différentes valeurs immatérielles ¹⁴¹⁵ :

– *Sur les œuvres littéraires, photographiques et artistiques* : nombre d'extraits de livres sont mis en ligne illégalement par des internautes ou numérisés sans autorisation par des sociétés telles que *Google Books*.

Journaux et magazines sont également contrefaits : mis à disposition par des internautes en version numérique ou scannée, les articles sont dans bien des cas disponibles en ligne dès le jour de leur parution. Il en va de même pour les images protégées et les reproductions d'œuvres d'art. Les sites web sont également victimes d'imitations et de reproductions.

– *Sur les œuvres musicales et audiovisuelles* : bien connus sont les réseaux *peer-to-peer* (P2P) permettant l'échange de fichiers audio ou vidéo, ainsi que les systèmes de *streaming* et de *podcasting* permettant d'écouter ou de visionner un fichier sans attendre la fin du téléchargement, sur ordinateur ou sur *smartphone* ¹⁴¹⁶. Certains internautes utilisent des plate-formes et sites de stockage gratuits pour mettre à disposition des albums complets ou des films et séries télévisées disponibles en quelques minutes, d'autant plus aisément qu'il est facile de détourner les algorithmes des moteurs de recherche classiques pour optimiser la recherche d'œuvres contrefaisantes. Des centaines de sites amateurs indexent les liens hypertexte permettant d'accéder à ces contenus.

– *Sur les logiciels et les jeux vidéo* : étant donné que, contrairement aux fichiers audio et vidéo, un logiciel doit être complètement téléchargé pour être utilisable par l'internaute, la contrefaçon de logiciels s'appuie essentiellement sur des téléchargements massifs à débits rapides. Pour éviter de saturer les sites de stockage, les utilisateurs créent des liens miroirs indexant les mêmes contenus sur d'autres serveurs. Quant aux jeux vidéo, ils font l'objet d'un piratage ¹⁴¹⁷ de grande ampleur, notamment par le biais de *linkers*, dispositif de contournement des protections techniques.

– *Sur les bases de données* : fréquents sont les cas dans lesquels le contenu de bases de données numériques (calendriers, programmes télévisés, annuaires, fichiers de clientèle, *mailing lists*) est extrait sans autorisation et utilisé à des fins commerciales ou bien reproduit sur Internet.

– *Sur les marques* : la protection des marques sur Internet constitue un véritable défi pour leurs titulaires. En effet, ces signes sont victimes d'innombrables attaques, menées aussi bien par des concurrents désireux d'attirer les internautes vers leurs produits en enregistrant des mots-clés ou des noms de domaine identiques (*cybersquatting*) ou similaires (*typosquatting*) à des marques connues, que par des internautes critiquant, parodiant, louant ou simplement utilisant des marques.

– *Sur les noms de domaines* : la protection des noms de domaine sur

Internet est évidemment source de difficultés. Un nom de domaine connu attire inmanquablement la convoitise, et les tribunaux ont à connaître d'un nombre croissant d'actions en concurrence déloyale fondée sur l'imitation de noms de domaine.

– *Enfin, de manière transversale, sur tous les droits de propriété intellectuelle* : dans un futur proche, la démocratisation de l'impression 3D permettra à chacun de fabriquer, chez lui, tout objet de son choix. Le développement de cette nouvelle technologie numérique soulève des problématiques liées à la dématérialisation qui ne sont certes pas sans rappeler celles qu'a posées le déploiement d'Internet en matière musicale et audiovisuelle. Mais l'enjeu est sans doute encore plus important, dans la mesure où l'impression 3D constitue le premier outil à offrir les moyens potentiels de contrefaire à l'identique, à grande échelle et avec une qualité parfaite, l'ensemble des droits de propriété littéraire, artistique et industrielle (dessins et modèles, brevets et marques), ne se cantonnant ainsi plus seulement aux droits d'auteur et droits voisins ¹⁴¹⁸. En somme, ce qu'a connu l'industrie du disque avec le mp3 ne serait qu'un « apéritif » par rapport à ce que « la perspective de l'impression 3D promet au monde des objets s'il est possible demain de télécharger et de s'échanger des versions sans cesse améliorées des objets en plastique » ¹⁴¹⁹.

365 *Articulation de droits fondamentaux* ◇ Ce bref panorama fait entrevoir la difficulté, qui réside dans la régulation des droits de propriété intellectuelle sur Internet ¹⁴²⁰. En effet, dans l'environnement numérique, la libre circulation des contenus apparaît évidente à bien des égards, d'autant plus que le principe de la liberté de communication, posé par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, a été étendu à la communication électronique par la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) ¹⁴²¹, dont l'article premier dispose que « la communication au public par voie électronique est libre ». Qui plus est, le Conseil constitutionnel a considéré dans sa décision relative à la loi « HADOPI 1 » ¹⁴²² que ce droit impliquait la liberté d'accéder à Internet.

Néanmoins, la liberté de communication sur Internet n'est pas sans limites. La LCEN précise bien que celle-ci peut être limitée dans la mesure requise notamment par « le respect de la propriété d'autrui » ¹⁴²³ – ce qui inclut, on l'a exposé, la propriété intellectuelle. Dès lors, l'enjeu majeur est de mettre en œuvre un équilibre entre la protection de ces

deux droits fondamentaux ¹⁴²⁴. Le droit de la propriété intellectuelle s'attache à réaliser cet équilibre, en prévoyant de multiples exceptions à la protection des valeurs immatérielles au bénéfice de la liberté de communication, d'information ainsi que de commerce ¹⁴²⁵.

366 *Plan de la partie* ◇ Cette partie présente les règles de droit de la propriété intellectuelle applicables dans l'environnement numérique. Il ne s'agit donc pas d'une présentation exhaustive de la propriété intellectuelle en général ¹⁴²⁶, mais d'une étude centrée sur les questions liées à sa mise en œuvre dans le contexte des nouvelles technologies de l'information et de la communication. C'est la raison pour laquelle il ne sera que très peu question des brevets – pourtant objets essentiels de propriété industrielle –, qui, mis à part la question d'une éventuelle brevetabilité des logiciels, n'ont pas d'implication particulière dans le domaine.

Cette présentation du droit de la propriété intellectuelle dans l'environnement numérique suit la division classique de la matière entre propriété littéraire et artistique, d'une part, et propriété industrielle, d'autre part. Il est ainsi traité d'abord de la protection des créations intellectuelles, et ensuite de la protection des signes.

Titre 1 : La protection des créations intellectuelles.

Titre 2 : La protection des signes.

TITRE 1

LA PROTECTION DES CRÉATIONS INTELLECTUELLES

CHAPITRE 1 LE DROIT D'AUTEUR

CHAPITRE 2 LES DROITS VOISINS

CHAPITRE 3 LES DROITS PORTANT SUR LES CRÉATIONS À CARACTÈRE TECHNIQUE ET UTILITAIRE

367 *Sources* ◇ En droit français, les règles relatives à la protection des créations sont codifiées dans la première partie du Code de la propriété intellectuelle, intitulée « La propriété littéraire et artistique » (à l'exception du droit des dessins et modèles, qui se trouve dans la deuxième partie du Code, consacrée à la propriété industrielle). Ce Code, institué par une loi du 1^{er} juillet 1992 ¹⁴²⁷ ayant opéré une codification à droit constant des dispositions antérieures, a été maintes fois amendé, essentiellement par l'adoption de lois transposant des directives européennes.

En effet, les directives ont pris une importance croissante en droit de la propriété littéraire et artistique. Elles se sont multipliées, sur divers aspects ponctuels de la matière, sans qu'il existe encore de véritable harmonisation totale de la propriété littéraire et artistique. Ces directives sont les suivantes, classées par ordre chronologique :

– la directive du 14 mai 1991 ¹⁴²⁸ sur les logiciels (transposée en France par la loi du 10 mai 1994), remplacée par la directive n° 2009/24 du 23 avril 2009 ¹⁴²⁹ ;

– la directive du 19 novembre 1992 ¹⁴³⁰ sur le droit de prêt et de location ainsi que certains droits voisins (transposée en France par la loi du 18 juin 2003), codifiée dans la directive n° 2006/115 du 12 décembre 2006 ¹⁴³¹ ;

- la directive du 27 septembre 1993 ¹⁴³² sur le droit de retransmission par câble ou par satellite (transposée en France par la loi du 27 mars 1997) ;
- la directive du 29 octobre 1993 ¹⁴³³ sur la durée du droit d'auteur et des droits voisins (transposée en France par la loi du 27 mars 1997), codifiée dans la directive n° 2006/116 du 12 décembre 2006 ¹⁴³⁴, elle-même modifiée par la directive n° 2011/77 du 27 septembre 2011 ¹⁴³⁵ ;
- la directive du 11 mars 1996 ¹⁴³⁶ sur la protection des bases de données (transposée en France par la loi du 1^{er} juillet 1998) ;
- la directive du 13 octobre 1998 ¹⁴³⁷ sur les dessins et modèles (transposée en France par une ordonnance du 25 juillet 2001) ;
- la directive du 22 mai 2001 ¹⁴³⁸ sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (transposée en France par la loi du 1^{er} août 2006) ; il s'agit de l'harmonisation la plus importante, quoiqu'encore partielle, du droit d'auteur ;
- la directive du 27 septembre 2001 ¹⁴³⁹ sur le droit de suite (transposée en France par la loi du 1^{er} août 2006) ;
- la directive du 29 avril 2004 ¹⁴⁴⁰ sur le respect des droits de propriété intellectuelle (transposée en France par la loi du 29 octobre 2007) ;
- la directive du 25 octobre 2012 ¹⁴⁴¹ sur les œuvres orphelines (qui doit être transposée au plus tard le 29 octobre 2014) ;
- la directive du 26 février 2014 ¹⁴⁴² sur la gestion collective et les licences multiterritoriales (qui doit être transposée au plus tard le 10 avril 2016).

La Cour de justice de l'Union européenne joue un rôle croissant dans l'interprétation de ces directives ¹⁴⁴³, de sorte qu'émerge progressivement un véritable droit européen de la propriété littéraire et artistique ¹⁴⁴⁴. Il est d'ailleurs à noter que, parmi les propositions émises en 2011 par la Commission européenne en vue de développer le marché de la diffusion des œuvres de l'esprit en Europe ¹⁴⁴⁵, figurait l'élaboration d'un code européen du droit d'auteur ¹⁴⁴⁶.

368 *Plan du titre* ◇ Les créations intellectuelles présentes dans l'environnement numérique peuvent être réparties en trois catégories : les œuvres protégées par le droit d'auteur, les prestations qui relèvent des droits dits voisins du droit d'auteur, et les créations à caractère technique et utilitaire que sont les logiciels et les bases de données (étant précisé que ces dernières peuvent, à certaines conditions, être protégées par le

droit d'auteur, mais que le régime qui leur est applicable déroge largement au droit commun des œuvres en raison de leur caractère industriel).

Chapitre 1 : Le droit d'auteur.

Chapitre 2 : Les droits voisins.

Chapitre 3 : Les droits portant sur les créations à caractère technique et utilitaire.

CHAPITRE 1

LE DROIT D'AUTEUR

Section 1. L'OBJET DE LA PROTECTION

§ 1. **La formalisation**

- A. Absence de protection des idées par le droit d'auteur
- B. Nécessité d'une mise en forme

§ 2. **L'originalité**

- A. Définition
- B. Applications dans l'univers numérique

Section 2. LES TITULAIRES DE LA PROTECTION

§ 1. **La qualité d'auteur**

- A. La présomption de titularité
- B. L'influence des contrats de travail et d'entreprise

§ 2. **Les œuvres créées à plusieurs**

- A. Les œuvres de collaboration
- B. Les œuvres collectives
- C. Les œuvres audiovisuelles

Section 3. LE CONTENU DE LA PROTECTION

§ 1. **Les droits moraux**

- A. Contenu des droits moraux
- B. Caractères des droits moraux

§ 2. **Les droits patrimoniaux**

- A. Le monopole d'exploitation
- B. Les exceptions au monopole d'exploitation

Section 4. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION

§ 1. **Les mesures préventives**

- A. Les mesures d'information et d'identification

- B. Les mesures techniques de protection
- § 2. **Les mesures curatives**
 - A. L'action en contrefaçon
 - B. La répression du téléchargement illégal
 - C. Questions périphériques touchant à la contrefaçon sur Internet

369 *Une matière mouvante* ◇ Au premier rang des droits protégeant les créations intellectuelles, le droit d'auteur est tout particulièrement menacé par l'environnement numérique. Internet constitue en effet un véritable défi pour le droit d'auteur ¹⁴⁴⁷, bouleversé tant dans son objet même qu'en ce qui concerne les modes d'accès aux œuvres ¹⁴⁴⁸. La question de l'accès est cruciale, car « le droit d'auteur n'est pas conçu comme un tête-à-tête entre le propriétaire et sa chose, mais comme une relation triangulaire entre l'auteur, le public et l'œuvre » ¹⁴⁴⁹.

Devant ce défi, le droit d'auteur s'est adapté aux évolutions technologiques de la société de l'information, afin de lutter contre le développement de nouvelles pratiques de contrefaçon sur Internet. En témoigne ainsi la multiplication récente des interventions du législateur : pour n'en citer que quelques-unes, on peut mentionner la loi du 12 juin 2009, dite « HADOPI 1 » ¹⁴⁵⁰, favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, la loi du 29 octobre 2009, dite « HADOPI 2 » ¹⁴⁵¹, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, la loi du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique ¹⁴⁵², la loi du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée ¹⁴⁵³, ou encore la loi du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle ¹⁴⁵⁴.

À ces interventions il faut ajouter l'influence croissante du droit de l'Union européenne : les directives d'harmonisation du droit d'auteur se multiplient, et la Cour de justice de l'Union européenne est saisie d'un nombre de questions préjudicielles en constante augmentation ¹⁴⁵⁵.

370 *Plan du chapitre* ◇ Dans ce contexte, la présentation du droit d'auteur implique que les règles et mécanismes de base soient confrontés aux difficultés que soulève leur application au monde numérique.

L'étude de la protection des œuvres sur Internet suppose ainsi qu'on s'attache successivement, de façon classique, à l'objet de la protection (Section 1), aux titulaires de la protection (Section 2), au contenu de la

protection (Section 3) et à la mise en œuvre de la protection (Section 4).

SECTION 1. L'OBJET DE LA PROTECTION

371 *Absence de formalités* ◇ L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, *du seul fait de sa création*, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». Cela signifie qu'aucun dépôt ou enregistrement n'est nécessaire à la naissance de la protection ¹⁴⁵⁶. Il peut même suffire que le processus créatif soit simplement entamé : en vertu de l'article L. 111-2, « l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ».

Néanmoins, s'il n'est pas requis, l'accomplissement d'une formalité de dépôt présente l'avantage de constituer un mode de preuve de la date de création de l'œuvre. Cela peut se révéler utile dans le cadre d'éventuelles actions en contrefaçon dans lesquelles il serait nécessaire d'établir l'antériorité de l'œuvre. Un tel dépôt probatoire peut s'effectuer par le biais de l'envoi d'une lettre recommandée cachetée par l'auteur à lui-même, ou d'une enveloppe Soleau à l'INPI. L'auteur peut également déposer son œuvre auprès d'une société de gestion collective, ou encore d'un tiers (notaire, huissier ¹⁴⁵⁷). Sur Internet, il existe également des systèmes de dépôt ¹⁴⁵⁸ et de marquage numérique : les œuvres déposées en ligne sont identifiées de façon unique par des logiciels de génération de signatures numériques, et archivées. Ces signatures constituent de véritables empreintes numériques des fichiers : elles permettent d'identifier et de dater les œuvres de manière certaine ¹⁴⁵⁹.

372 *Conditions de protection* ◇ La protection d'une œuvre naissant du seul fait de sa création, il est nécessaire de définir avec précision ce qu'est une « œuvre de l'esprit » au sens du Code de la propriété intellectuelle. Deux conditions sont requises : pour être qualifiée d'œuvre protégeable, la création doit être formalisée (§ 1), et elle doit être originale (§ 2).

§ 1. La formalisation

373 Pour reprendre l'expression d'un auteur, « le droit d'auteur est le droit des belles formes » ¹⁴⁶⁰. Pour être protégée, une création doit donc avoir une forme. Mais qu'est-ce précisément que la forme ? La notion est difficile à définir. Il s'agit d'une extériorisation de l'œuvre, qui permet de l'opposer à l'idée qui a présidé à sa création. En effet, les seules idées ne peuvent donner lieu à une protection par le droit d'auteur (A) ; il est nécessaire que ces idées soient mises en forme (B).

A. Absence de protection des idées par le droit d'auteur

374 *Exclusion d'un monopole sur les idées* ◇ Selon une formule bien connue, « les idées sont de libre parcours » ¹⁴⁶¹. Cette théorie, développée au XIX^e siècle, repose sur plusieurs fondements. D'abord, les idées sont, bien souvent, le reflet d'une époque. Lorsque tel est le cas, elles ne sont donc pas personnelles à leur auteur. Ensuite, les idées en tant que telles doivent rester à la disposition de tous, afin que, pour une idée de départ, de multiples œuvres puissent voir le jour : pour cette raison, il n'est pas possible d'obtenir un monopole sur un style ou une démarche créative ¹⁴⁶². Enfin, les idées ne sont pas des œuvres : la qualification d'œuvre suppose que l'on se situe en aval dans le processus de création ¹⁴⁶³ : selon la Cour de cassation, « la protection de l'idée comme œuvre de l'esprit suppose la création de l'œuvre par la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur » ¹⁴⁶⁴. En somme, le droit d'auteur ne protège que la forme ; il ne protège pas le fond.

À partir de l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui implique que les œuvres aient une « forme d'expression », les tribunaux ont ainsi érigé en principe général du droit d'auteur que « la propriété littéraire ne protège pas les idées ou les concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés » ¹⁴⁶⁵.

En pratique, cette exclusion des concepts concerne surtout les domaines de la publicité et de l'audiovisuel, dans lesquels idées et « formats » d'émissions ¹⁴⁶⁶ ont une valeur économique considérable. Dans l'environnement numérique, la règle signifie que le droit d'auteur ne protégera pas, par exemple, l'idée de créer un site web sur tel ou tel thème (classement des restaurants de Paris, mise en relation de parents et de baby-sitters...), en l'absence de matérialisation originale de l'idée.

375 *Protection des idées par un droit non privatif* ◇ L'absence de

protection des idées par le droit d'auteur ne signifie pas pour autant que toute protection leur soit refusée. En effet, la jurisprudence a admis la possibilité d'une action en concurrence déloyale, « ayant pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif » ¹⁴⁶⁷. La reprise d'une idée constitue ainsi un acte de parasitisme ¹⁴⁶⁸.

376 *Critique de l'exclusion de la protection par le droit d'auteur* ◇ De nombreux auteurs ¹⁴⁶⁹ ont critiqué le caractère artificiel de la distinction entre fond et forme. Il est vrai que, dans bien des cas, il est malaisé de déterminer où s'arrête l'idée et où commence l'œuvre : où tracer précisément la ligne de démarcation entre une simple idée et sa mise en forme ? À partir de quel degré de matérialisation de l'idée y a-t-il une œuvre ? De fait, il est très difficile d'imaginer l'une sans l'autre.

Plus encore, est-il justifié d'exclure de la protection une idée brillante, originale, au même titre qu'une idée banale ? En réalité, devant cette difficulté, il apparaît que les juges ont tendance à invoquer l'exclusion de la protection des idées lorsque l'idée n'est pas originale ¹⁴⁷⁰, et à accepter de protéger une idée lorsqu'elle est originale ¹⁴⁷¹. En d'autres termes, ils procèdent à une confusion entre la forme et le fond, appréciant l'originalité ou la banalité de l'idée.

B. Nécessité d'une mise en forme

377 *Exigence de matérialisation* ◇ En dépit de ces hésitations, la jurisprudence continue formellement à exiger qu'une œuvre, pour être protégée par le droit d'auteur, présente un certain degré de matérialisation, une certaine forme d'expression. Cette expression n'est pas nécessairement écrite : il peut s'agir d'une forme orale (avec les difficultés probatoires que cela implique). Ainsi a-t-il été jugé que, la protection garantie à l'auteur par l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle ne s'étendant pas aux idées, « un auteur ne peut revendiquer aucun droit sur sa conception du rugby autrement dénommée théorie. Seuls le contenu des ouvrages et leur application originale à des techniques de jeu peuvent présenter le caractère d'une œuvre de l'esprit » ¹⁴⁷². De même les juges ont-ils considéré que les règles d'un jeu télévisé « ne constituent qu'une articulation de concepts ou de principes insusceptibles de donner prise au droit d'auteur [...], seule

important l'expression formelle du jeu » ¹⁴⁷³.

378 *Acception large de la notion de forme* ◇ La jurisprudence en la matière est nuancée, ce qui, en réalité, remet en cause la distinction entre idée et forme. En effet, sans abandonner l'exigence de matérialisation, elle l'interprète de façon extensive, si bien que le champ des œuvres se trouve élargi. Ainsi a-t-elle accepté de protéger le fait d'« emballer » le Pont Neuf ¹⁴⁷⁴ ou d'apposer le mot « Paradis » au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques d'un hôpital ¹⁴⁷⁵. En matière audiovisuelle, les juges ont accordé la protection du droit d'auteur à un projet de jeu télévisé caractérisé par un « format » ¹⁴⁷⁶, au motif qu'« un projet de jeu télévisé qui ne se limite pas à poser une règle de jeu abstraite, définie comme l'affrontement de deux équipes à travers des épreuves d'adresse et de mémoire, mais s'attache à décrire une règle précise décrivant l'atmosphère et la philosophie du jeu, ainsi que son déroulement, la comptabilisation des points, la teneur des questions et leur formulation et la nature des épreuves sportives, constituant un assemblage original d'éléments connus en eux-mêmes qui révèlent l'activité créatrice de ses auteurs, est protégeable sur le fondement du livre I du Code de la propriété intellectuelle ». De même le concept d'un autre jeu télévisé a-t-il été protégé au motif qu'il reposait « sur une règle précise et originale, à savoir une compétition entre deux candidats circulant en hélicoptère au-dessus d'une région de France, recherchant des morceaux de carte dont la reconstitution permet de tracer une rose des vents au centre géométrique de laquelle se trouve un trésor, le tout à l'aide d'un ordinateur portable permettant la consultation de l'énigme, de la documentation, de l'aire de jeu, etc. » ¹⁴⁷⁷. On le voit, les juges entendent la forme comme « la simple extériorisation de l'idée, son “émission”, quelle que soit celle-ci dès lors qu'elle est précise, sans qu'il y ait nécessairement une réalisation, une apparence » ¹⁴⁷⁸ : il existe une forme dès que l'idée ne réside plus seulement dans le cerveau de son auteur ¹⁴⁷⁹.

Tout aussi révélateur, dans le domaine du numérique, est l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 10 octobre 2003 ¹⁴⁸⁰. Dans cette décision, par laquelle ils ont accordé la protection du droit d'auteur à un site web, les juges ont retenu l'originalité de la caractéristique du site, qui permettait l'envoi, non d'une image, mais d'un lien hypertexte qui renvoyait sur le site concerné et permettait à l'internaute de visionner des

cartes postales, ainsi que l'originalité du « concept » (*sic*) qui prévoyait la commercialisation de l'édition de cartes postales sur le site, ce qui signifiait que toute société commerciale pouvait louer une partie du site pour y stocker ses cartes électroniques publicitaires. En l'espèce, la cour d'appel n'a pas tant caractérisé l'originalité du site web que, bien plutôt, celle d'une idée, d'un concept.

En définitive, davantage que la « forme d'expression », le critère réside dans la précision ¹⁴⁸¹ de l'idée, et fondamentalement, dans son originalité.

§ 2. L'originalité

379 *Condition nécessaire et suffisante* ◇ Le Code de la propriété intellectuelle ne pose pas explicitement la condition d'originalité des œuvres, si ce n'est à propos des titres (art. L. 112-4). Mais la jurisprudence a affirmé sans ambiguïté que « si les œuvres de l'esprit sont protégées quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination, c'est à la condition qu'elles soient originales » ¹⁴⁸².

L'originalité est la pierre angulaire du droit d'auteur. De fait, c'est (avec la formalisation, avec laquelle elle se confond) la seule condition de protection des œuvres. L'originalité est ainsi à la fois nécessaire et suffisante.

Elle est *nécessaire*, d'une part, en ce qu'elle doit être constatée par les tribunaux. Les juges du fond, souverains en la matière, s'exposent à la cassation s'ils ne procèdent pas à la recherche de l'originalité ¹⁴⁸³. En pratique, la question se posera au cours d'actions en contrefaçon dans lesquelles les prétendus contrefacteurs, par voie d'exception, soulèvent l'absence d'originalité des œuvres censément contrefaites.

L'originalité est *suffisante*, d'autre part, dans la mesure où il s'agit du seul critère auquel l'obtention de la protection est conditionnée. Les autres éléments sont indifférents : l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle interdit en effet aux juges de tenir compte du genre, de la forme d'expression, du mérite ou de la destination des œuvres. Cette règle d'égalité exclut l'appréciation subjective de la valeur artistique des œuvres, et permet la protection d'œuvres utilitaires autant que littéraires ou artistiques. Dans l'environnement numérique, peuvent ainsi être protégés des sites ou blogs de tous types (tutoriels en ligne,

guides de voyage, recettes de cuisine...), en dépit parfois de leur « médiocrité d'esprit » ¹⁴⁸⁴ ; il en va de même pour les jeux vidéo, quelle qu'en soit « la valeur esthétique ou artistique » ¹⁴⁸⁵. Encore faut-il, naturellement, que ces œuvres soient originales.

Si le principe est clair, il est en revanche plus ardu de déterminer précisément le contenu de l'originalité. On tentera de la définir (A), avant de donner quelques illustrations de sa mise en œuvre dans l'univers numérique (B).

A. Définition

380 *Empreinte de la personnalité de l'auteur* ◇ La loi ne donne aucune indication quant à la définition de l'originalité d'une œuvre. C'est la jurisprudence qui a décidé que l'originalité résidait dans l'empreinte ou le reflet de la personnalité de l'auteur ¹⁴⁸⁶. Selon cette conception subjective, une œuvre est originale dès lors qu'on peut la rattacher, par certains éléments, à la personne de son créateur. Ainsi a-t-il été jugé, par exemple, que des journaux télévisés devaient être considérés comme des œuvres de l'esprit dès lors qu'ils impliquaient « des choix, une sélection des sujets et des plans, un assemblage, une composition, un commentaire, un mode de présentation » qui constituaient « autant de manifestations de la personnalité des journalistes », auteurs de ces journaux ¹⁴⁸⁷. En ce sens, l'originalité se conçoit comme le contraire de la banalité ¹⁴⁸⁸.

Les directives d'harmonisation du droit d'auteur sont également silencieuses sur la question de l'originalité, hormis quelques rares dispositions éparses relatives à l'originalité des photographies ¹⁴⁸⁹, des bases de données ¹⁴⁹⁰ et des logiciels ¹⁴⁹¹. Néanmoins, la Cour de justice de l'Union européenne, « grignotant sur le domaine traditionnellement réservé aux États membres » ¹⁴⁹², est venue récemment exposer sa conception de l'originalité, proche de la conception française. Elle a ainsi indiqué, dans un important arrêt *Infopaq* ¹⁴⁹³, que « le droit d'auteur [...] n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur ». À propos de photographies, elle a précisé dans un arrêt *Painer* ¹⁴⁹⁴ que l'originalité se traduit par des « choix libres et créatifs » par lesquels l'auteur imprime à l'œuvre sa « touche personnelle », ces choix pouvant intervenir avant la réalisation de la photographie (mise en

scène, pose, éclairage), au moment de la prise de vue (cadrage, atmosphère créée) ou bien après la réalisation du cliché (développement, retouches)¹⁴⁹⁵. Ces critères paraissent pour l'essentiel semblables à ceux mis en œuvre par la jurisprudence française antérieure¹⁴⁹⁶. C'est donc sans difficulté que le juge national reprend désormais les termes de l'arrêt *Painer*.

La difficulté réside dans le caractère flou et variable de cette définition. Les juges du fond apprécient l'originalité au cas par cas, voire, pour une même œuvre, élément par élément¹⁴⁹⁷ – conformément à l'arrêt *Infopaq* de la CJUE¹⁴⁹⁸. L'appréciation est particulièrement fluctuante dans le domaine des œuvres utilitaires, techniques ou publicitaires, dans lequel il est moins aisé de toujours percevoir la personnalité d'un créateur. Ainsi, en matière de slogans publicitaires, il a été jugé que l'expression « Fashion Television » ne portait pas l'empreinte de la personnalité de son créateur et ne présentait pas l'originalité requise pour bénéficier en France de la protection du droit d'auteur¹⁴⁹⁹, tandis que le slogan « Donnez du goût à votre communication » reflétait la personnalité de son auteur¹⁵⁰⁰.

381 *Apport intellectuel de l'auteur* ◇ En raison de ces difficultés, les tribunaux ont développé une approche plus minimaliste, abaissant le seuil d'exigence en adoptant une conception plus objective de l'originalité, définie comme un simple « apport intellectuel » ou « effort créatif » de l'auteur, en particulier dans le domaine des œuvres utilitaires : ainsi l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a-t-elle jugé qu'un logiciel était original dès lors que « son auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée »¹⁵⁰¹. De même, en matière de bases de données¹⁵⁰² et de recueils, si le travail de compilation d'informations n'est pas protégé en soi, l'œuvre devient originale dès que sa forme comporte un apport intellectuel de l'auteur¹⁵⁰³. Cet apport doit s'apprécier « au regard du plan, de la composition, de la forme, de la structure, du langage et, plus généralement, de l'expression de la personnalité de l'auteur, et ne saurait être caractérisé par la simple mise en œuvre d'une écriture automatique et contraignante dans la conception et l'écriture de la base »¹⁵⁰⁴. En d'autres termes, les juges exigent que l'auteur ait effectué des choix

arbitraires ¹⁵⁰⁵ et personnels : ils refusent ainsi de protéger un recueil lorsque les données sont classées par ordre alphabétique ¹⁵⁰⁶, ou encore lorsque le classement est dicté par le sujet même de la base ¹⁵⁰⁷ ou par des impératifs purement fonctionnels ¹⁵⁰⁸, et accordent au contraire la protection lorsque la compilation suit une présentation thématique originale, selon un plan et un découpage propres ¹⁵⁰⁹. Dans le même sens, la CJUE a indiqué que l'originalité d'une base de données s'apprécie selon « le choix et la disposition des matières », et qu'un recueil ne peut être qualifié d'original lorsque sa constitution est dictée par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place à une liberté créatrice ¹⁵¹⁰.

Il n'en demeure pas moins que les contours de la notion d'originalité restent relativement flous, les juges oscillant entre la conception subjective et la conception objective ¹⁵¹¹.

Comment l'originalité est-elle appréciée dans le domaine numérique ?

B. Applications dans l'univers numérique

382 *Diversité des œuvres* ◇ À titre liminaire, il convient de préciser que la liste des œuvres pouvant bénéficier de la protection du droit d'auteur, pourvu qu'elles soient originales, n'est pas exhaustive. L'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose en effet que sont *notamment* considérés comme œuvres de l'esprit :

- 1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ;
- 2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ;
- 3° Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;
- 4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ;
- 5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ;
- 6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ;
- 7° Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;
- 8° Les œuvres graphiques et typographiques ;
- 9° Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ;

10° Les œuvres des arts appliqués ;

11° Les illustrations, les cartes géographiques ;

12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ;

13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ;

14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure.

Il est donc possible d'obtenir la protection du droit d'auteur pour des œuvres autres que celles visées dans la loi. Ainsi la jurisprudence a-t-elle admis qu'à côté des créations de mode mentionnées dans le Code, des défilés de mode originaux puissent être protégés, de sorte que leur communication au public par le biais de photographies mises en ligne sur Internet est contrefaisante ¹⁵¹². De même peut-on inclure parmi les œuvres susceptibles de protection les sites web ¹⁵¹³, ou bien encore des modèles de baladeurs numériques tels que l'iPod nano, dont l'originalité a été reconnue par le Tribunal de commerce de Paris ¹⁵¹⁴.

De fait, les œuvres pouvant être protégées par le droit d'auteur sont innombrables ¹⁵¹⁵. Il n'est pas question ici de les passer toutes en revue ¹⁵¹⁶, mais seulement d'envisager les catégories d'œuvres présentes dans l'environnement numérique.

383 *Œuvres écrites* ◇ On trouve sur Internet des écrits en tous genres, littéraires comme utilitaires. Certains n'ont pas été destinés à ce média mais ont ensuite été publiés en ligne (par exemple, articles de journaux reproduits ou livres numérisés), et d'autres, au contraire, ont directement été écrits pour Internet (tels que e-books ¹⁵¹⁷, blogs ou notices sur Wikipedia). Tous seront protégés par le droit d'auteur, à condition évidemment d'être originaux. Les sites d'information sont particulièrement nombreux. À ce sujet, il convient de préciser que sont exclues de la protection les informations brutes telles que les nouvelles de presse livrées par les agences de presse ¹⁵¹⁸, sur papier ou en ligne, car elles ne doivent pas pouvoir faire l'objet d'une appropriation exclusive ¹⁵¹⁹. Un minimum de travail intellectuel est requis, si bien que ne peuvent davantage être qualifiés d'œuvres de l'esprit de simples comptes rendus de faits ou reproductions d'informations sans enrichissement apporté par la personnalité de l'auteur ¹⁵²⁰, ou encore « des articles ne donnant pas lieu à recherche dans la présentation, ni à l'expression d'opinions ou de réactions personnalisées » ¹⁵²¹. De même a-

t-il été jugé que n'étaient pas protégeables des conditions générales de vente qui n'offraient, ni dans leur forme ni dans leur composition, une singularité de nature à les distinguer d'emblée des autres textes juridiques ou notices techniques rencontrés sur le marché des produits de consommation courante, et dont la présentation suivait « un ordre imposé par la chronologie de l'opération commerciale et commandé par la logique nécessaire à la bonne compréhension de son déroulement, tandis que leur teneur était certes exposée en des termes simples et précis, mais par nécessité de satisfaire à leur fonction qui est de renseigner utilement et loyalement la clientèle sur les obligations respectives des parties » ¹⁵²².

En revanche, dès lors que la matière fait l'objet d'un traitement original, l'article est protégeable ¹⁵²³ : ainsi la protection du droit d'auteur a-t-elle été accordée à des comptes rendus de courses hippiques, avec rappel des cotes et pronostics, dès lors qu'ils ne se bornaient pas à retranscrire des résultats sportifs, mais livraient une analyse précise des performances passées et des potentialités des chevaux participant aux courses, de telle sorte que ces comptes rendus portaient l'empreinte de la personnalité de leur auteur ¹⁵²⁴.

Les créations automatisées, telles celles issues de logiciels d'écriture, sont, en revanche, exclues de la protection dès lors qu'aucun choix humain ne traduit une personnalité particulière ¹⁵²⁵.

Les œuvres écrites peuvent également être constituées par la traduction ou l'adaptation d'autres œuvres de l'esprit. Selon l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle, « les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale ».

384 *Titres* ◇ Enfin, en vertu de l'article L. 112-4, alinéa premier, du Code, les titres d'œuvres peuvent eux-mêmes bénéficier d'une protection, dès lors qu'ils présentent un caractère original ¹⁵²⁶. On peut se demander si les noms de domaines pourraient être considérés comme les « titres » des sites qu'ils désignent ¹⁵²⁷, et protégés comme tels s'ils sont originaux. En l'absence de jurisprudence significative sur ce point, la question demeure ouverte. Un arrêt rendu le 30 novembre 2011 par la cour d'appel de Paris en a admis la possibilité ¹⁵²⁸. On peut toutefois avancer que, d'une part, les noms de domaine sont rarement originaux, et que, d'autre part, quand

bien même ils le seraient, une telle protection serait inopportune, étant donné qu'elle aurait pour effet d'interdire aux tiers l'usage du nom de domaine quel qu'en soit le contexte, ce qui restreindrait très fortement la liberté du commerce et de l'industrie ¹⁵²⁹.

L'article L. 112-4 du Code précise, en outre, que nul ne peut, même si l'œuvre n'est plus protégée, utiliser ce titre pour individualiser une œuvre du même genre, dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion. Les titres sont ainsi protégés en toute hypothèse, indépendamment de leur originalité, contre les actes de concurrence déloyale. Cette règle interdit la reprise du titre – même banal – d'un site web pour désigner un autre site dès lors que cette reprise engendre un risque de confusion ¹⁵³⁰.

385 ***Bases de données*** ◇ Innombrables sont, sur Internet, les compilations, recueils, anthologies en tous genres (sites d'indexation, recueils de liens hypertexte, portails de référencement, etc.). Les bases de données sont un élément incontournable du web. Par le choix ou la disposition des matières, elles peuvent constituer des créations intellectuelles protégeables par le droit d'auteur ou par un droit *sui generis* qui est étudié dans le Chapitre 3 de ce Titre.

386 ***Œuvres sonores*** ◇ Les compositions musicales, protégées par le droit d'auteur sous condition d'originalité, sont également très présentes sur Internet. Il en va de même des *samples*, fichiers numériques produits d'une opération d'échantillonnage d'un son ou d'une séquence sonore ¹⁵³¹. Il faut noter que la protection accordée à l'auteur de la composition se cumule avec des droits dits voisins ¹⁵³², notamment celui de l'artiste-interprète sur son interprétation. L'appréciation de l'originalité de ces œuvres musicales ne soulève guère de difficulté particulière, contrairement à leur téléchargement massif. Il faut toutefois évoquer le cas des œuvres créées par ordinateur ¹⁵³³. Celles-ci peuvent être qualifiées d'originales dans la mesure où le compositeur intervient dans le processus en effectuant des choix qui reflètent sa personnalité : « une œuvre de l'esprit même créée à partir d'un système informatique peut bénéficier des règles protégeant les droits d'auteur, à condition qu'elle laisse apparaître même de façon minime l'originalité qu'a voulu apporter son concepteur » ¹⁵³⁴. En revanche, si le logiciel associe les sons sans aucune intervention humaine, l'œuvre ne sera pas protégeable.

Les œuvres sonores incluent également discours et interviews originaux ¹⁵³⁵. De même les cours constituent-ils des œuvres de l'esprit, si bien qu'un étudiant ne peut, sans s'exposer à une action en contrefaçon, reproduire le contenu d'un cours sur un blog sans l'autorisation de l'enseignant, à condition naturellement que ce cours présente une originalité ¹⁵³⁶.

387 *Œuvres dramatiques* ◇ Les œuvres dramatiques sont les poésies, pièces de théâtre et opéras. Leur protection s'accompagne de celle des mises en scènes originales ¹⁵³⁷, ainsi que des droits voisins, notamment ceux des artistes-interprètes ¹⁵³⁸. Nombre de représentations d'œuvres dramatiques sont pourtant mises en ligne, notamment sur des sites de partage de vidéos, sans l'autorisation des titulaires de droits.

388 *Œuvres photographiques et artistiques ; modélisations numériques* ◇ Très nombreuses sur Internet (et donc également sur les *smartphones* et autres tablettes numériques ¹⁵³⁹) sont les œuvres photographiques et les reproductions d'œuvres d'art. Comme en matière d'œuvres écrites et musicales, l'appréciation de l'originalité s'effectue par la recherche de l'empreinte de la personnalité ou, du moins, d'un effort créatif de l'auteur pour chaque œuvre en question ¹⁵⁴⁰. Les tribunaux ont admis l'originalité de photographies documentaires, dès lors qu'on relève l'existence de « choix libres et créatifs » par lesquels l'auteur imprime à l'œuvre sa « touche personnelle » ¹⁵⁴¹. Ainsi même des clichés pris automatiquement par une machine peuvent-ils être protégés : les juges ont par exemple accordé la protection du droit d'auteur à des images satellite du fait d'une « mise en œuvre personnalisée d'une technologie complexe par un processus de transformation et d'amélioration » ainsi que de « choix, notamment de couleurs, de contrastes et de luminosité, d'harmonisation et de mise en valeur par estompage du pourtour » ¹⁵⁴². L'originalité peut également ressortir d'un travail personnel d'assemblage dans la réalisation d'un photomontage ¹⁵⁴³. À l'inverse, les juges ont refusé la protection du droit d'auteur à des clichés pris automatiquement « en rafale », dans la mesure où les photographies « ne reproduisaient qu'une scène d'une grande banalité », sans que la sensibilité des photographes ou leur compétence professionnelle transparaissent, en l'absence d'une quelconque mise en scène, d'un cadrage particulier, du choix d'un angle de vue ou du moment de la prise de vue,

et d'une quelconque retouche des clichés ¹⁵⁴⁴. De même des images réalisées par un chercheur à l'aide d'un microscope électronique se sont-elles vu refuser la protection du droit d'auteur, au motif qu'elles n'étaient « que la représentation objective de phénomènes biologiques, qui ne présente en elle-même aucune originalité » ¹⁵⁴⁵.

Dans le cas d'œuvres d'art (graphiques, plastiques, architecturales...) reproduites sur Internet, il faudra veiller à articuler les droits portant sur les œuvres elles-mêmes avec, le cas échéant, les droits couvrant les photographies les reproduisant ¹⁵⁴⁶ et ceux portant sur les sites web où elles figurent, dès lors que ces photographies et sites sont eux aussi originaux. En effet, de telles œuvres, auxquelles sont incorporées des œuvres préexistantes sans la collaboration des auteurs de ces dernières, sont dites composites aux termes de l'article L. 113-2, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle. Elles obéissent à la règle de l'article L. 113-3, selon laquelle « l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante ». C'est ainsi que, par exemple, l'auteur d'une photographie ayant cédé les droits de reproduction pour la réalisation d'une affiche publicitaire pourra s'opposer à la publication de cette affiche sur Internet par un tiers ¹⁵⁴⁷.

Précisions enfin, en ce qui concerne la numérisation ou modélisation, bidimensionnelle ¹⁵⁴⁸ ou tridimensionnelle, d'œuvres préexistantes, que – comme pour toute copie ou reproduction d'œuvre ¹⁵⁴⁹ – l'objet résultant de ces opérations ne peut être qualifié d'œuvre originale (dérivée) que s'il est le fruit d'un travail créatif portant l'empreinte de la personnalité de son auteur ¹⁵⁵⁰. Tel ne sera donc pas le cas d'une modélisation ne traduisant que des choix dictés par des considérations purement techniques, révélant un travail qui, « loin d'avoir pour finalité l'expression de la personnalité de son auteur, doit au contraire, pour répondre le mieux à sa destination, faire le plus possible abstraction de celle-ci pour être le plus fidèle à un objet qu'il s'agit de modéliser avec le plus grand réalisme compatible avec le matériel et les logiciels utilisés » ¹⁵⁵¹.

389 **Œuvres audiovisuelles** ◇ L'article L. 122-2, 6°, du Code de la propriété intellectuelle définit les œuvres audiovisuelles comme « les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non ». Cette catégorie

désigne les œuvres « vidéo » que l'on trouve au cinéma, à la télévision, sur des supports matériels tels que DVD ou disques Blu-Ray, mais également sous forme numérique (fichiers <.avi> notamment) sur les disques durs d'ordinateur et en ligne sur Internet. Comme en matière d'œuvres musicales, l'appréciation de l'originalité des œuvres audiovisuelles ne soulève pas de difficulté particulière, contrairement à leur piratage massif par le biais de téléchargement et de visionnage en *streaming*. La jurisprudence relative aux photographies documentaires peut ainsi être transposée aux vidéos documentaires : par exemple, un jugement a logiquement considéré qu'une personne ne peut revendiquer la protection du droit d'auteur pour une vidéo prise sur le vif, sans que l'auteur ait eu le temps d'opter pour un cadrage plutôt qu'un autre, d'influer sur l'exposition ou la lumière, ni d'intervenir sur l'assemblage ou la composition du film ¹⁵⁵².

L'originalité des œuvres audiovisuelles tient à son régime dérogatoire en matière de titularité des droits, qui est exposé dans la section 2 de ce Titre. Par ailleurs, la catégorie des œuvres audiovisuelles se rapproche de celle des œuvres multimédia, sans se confondre avec ces dernières.

Abordons à présent les œuvres plus spécifiques à l'environnement numérique.

390 *Logiciels* ◇ La protection des logiciels par le droit d'auteur est prévue expressément par le Code de la propriété intellectuelle (art. L. 112-2, 13°). Conformément au droit commun, leur originalité doit être pour cela rapportée, ce qui soulève un certain nombre de difficultés étant donné la nature essentiellement technique de ces œuvres. En réalité, les logiciels font l'objet d'un droit d'auteur aménagé, qui est exposé dans le Chapitre 3 de ce Titre.

391 *Œuvres multimédia* ◇ Contrairement à celle des œuvres audiovisuelles, la catégorie des œuvres multimédia n'a pas été prévue par les rédacteurs du Code de la propriété intellectuelle. Ces œuvres empruntent certains traits aux œuvres audiovisuelles (présence de séquences d'images et de son) et d'autres aux logiciels (programme informatique sous-jacent), mais ne peuvent s'y réduire. En effet, les œuvres multimédia sont des œuvres complexes qui résistent à l'assimilation aux qualifications spéciales ¹⁵⁵³. Pour autant, en raison du caractère non exhaustif de l'article L. 112-2 du Code, elles peuvent sans

aucun doute constituer des œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur, dès lors qu'elles sont originales.

La définition précise de l'œuvre multimédia a été donnée par la cour d'appel de Paris ¹⁵⁵⁴, approuvée par la Cour de cassation ¹⁵⁵⁵ : il s'agit d'une « création complexe, réunissant, après mise en forme informatique, un ensemble de textes, d'images fixes et/ou animées et/ou de musique, accessible en ligne ou sur un support. Elle nécessite de ce fait l'usage d'un matériel adéquat (lecteur CD, écran ordinateur ou télé) ainsi que de logiciels particuliers ». Il existe des œuvres multimédia hors ligne (sur CD-Rom ou DVD notamment) et des œuvres multimédia en ligne (par exemple, les contenus pédagogiques numériques mis à disposition des étudiants dans le cadre de l'*e-learning* ¹⁵⁵⁶).

Après quelques hésitations ¹⁵⁵⁷, la jurisprudence a fermement refusé d'assimiler les œuvres multimédia aux logiciels ou aux œuvres audiovisuelles, en constatant « l'absence d'un défilement linéaire des séquences, l'intervention toujours possible de l'utilisateur pour en modifier l'ordre, et la succession non de séquences animées d'images mais de séquences fixes pouvant contenir des images animées » ¹⁵⁵⁸. En d'autres termes, la principale différence avec les œuvres audiovisuelles tient à l'interactivité et l'absence de linéarité des œuvres multimédia, caractérisées par la participation de l'utilisateur à leur déroulement, notamment à travers la présence de liens hypertexte ¹⁵⁵⁹.

Les œuvres multimédia réunissent une multitude de créations de genres différents (textes, sons, images, logiciels), et par conséquent une multitude de coauteurs. À la question de la titularité des droits, la jurisprudence a apporté une réponse au cas par cas, selon laquelle « la qualification de l'œuvre multimédia doit être recherchée d'après les conditions de création de chaque œuvre, considérée dans sa particularité » ¹⁵⁶⁰.

392 *Jeux vidéo* ◇ Les jeux vidéo sont un type d'œuvre particulièrement répandu dans l'environnement numérique. Par un arrêt rendu le 7 mars 1986 en Assemblée Plénière ¹⁵⁶¹, la Cour de cassation leur a conféré la qualité d'œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur. Pour autant, la qualification juridique précise des jeux vidéo est source de difficultés ¹⁵⁶². La jurisprudence, un temps tentée par la qualification de logiciel au motif que les autres éléments des jeux vidéo n'étaient qu'accessoires ¹⁵⁶³, a réfuté cette qualification au profit de celle d'œuvre multimédia : un

arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 20 septembre 2007 a ainsi indiqué qu'« un jeu vidéo ne peut être qualifié de logiciel car, s'il est exact qu'il comprend un tel outil, il s'agit d'une œuvre de l'esprit complexe élaborée au moyen de cet outil avec un scénario, des images, des sons, des compositions musicales, etc. ; les jeux vidéos sont donc des œuvres multimédia qui ne se réduisent pas au logiciel qui permet leur exécution » ¹⁵⁶⁴. Cette qualification se justifie par le caractère interactif, composite et évolutif des jeux vidéo.

Le pourvoi dirigé contre la décision de la cour d'appel de Paris a été rejeté par la Cour de cassation, qui a apporté des précisions supplémentaires quant à la qualification des jeux vidéo. Dans un important arrêt *Cryo* ¹⁵⁶⁵, la Haute juridiction a ainsi affirmé qu'« un jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature ». C'est donc une qualification distributive qu'opère la Cour de cassation : selon l'élément considéré, le jeu vidéo sera soumis au régime des logiciels, des œuvres audiovisuelles ou au droit commun du droit d'auteur pour les éléments écrits ou sonores. Cette position a été adoptée par des décisions postérieures des juges du fond ¹⁵⁶⁶, et a été confortée par l'arrêt *Nintendo* ¹⁵⁶⁷ rendu le 23 janvier 2014 par la Cour de justice de l'Union européenne, qui souligne que les jeux vidéo « constituent un matériel complexe comprenant non seulement un programme d'ordinateur, mais également des éléments graphiques et sonores qui, bien qu'encodés dans le langage informatique, ont une valeur créatrice propre qui ne saurait être réduite audit encodage. Dans la mesure où les parties d'un jeu vidéo, en l'occurrence ses éléments graphiques et sonores, participent à l'originalité de l'œuvre, elles sont protégées, ensemble avec l'œuvre entière, par le droit d'auteur dans le cadre du régime instauré par la directive 2001/29 ». La complexité issue de cette application distributive de régimes différents a été soulignée dans un rapport sur « le régime juridique du jeu vidéo en droit d'auteur » ¹⁵⁶⁸, remis le 21 décembre 2011 au ministre de la Culture par le député Patrice Martin-Lalande, qui propose de rattacher le jeu vidéo aux œuvres audiovisuelles.

Il reste à définir l'originalité d'un jeu vidéo. En application de la jurisprudence *Cryo*, c'est l'originalité de chaque composante du jeu qui devra être constatée. L'appréciation du caractère original des éléments graphiques ou sonores ne pose pas de difficultés spécifiques. Quant à

l'appréciation de l'originalité du programme du jeu vidéo, elle s'effectuera selon les critères applicables aux logiciels, au sujet desquels de plus amples indications sont données dans le Chapitre 3 de ce Titre.

393 *Sites web* ◇ Dernière catégorie d'œuvres de l'esprit ici examinées, les sites web sont particulièrement importants dans l'univers numérique. La question de leur qualification juridique est également source de débats. La définition donnée par la jurisprudence de l'œuvre multimédia s'applique bien aux sites web ¹⁵⁶⁹, œuvres complexes, interactives, constituées de multiples éléments de genres différents (textes, images, vidéos, données, logiciels...) qui constituent autant de créations particulières ¹⁵⁷⁰.

La jurisprudence accepte de protéger par le droit d'auteur tantôt des parties, tantôt la totalité des sites web, lorsque la condition d'originalité est remplie.

Une appréciation distributive de l'originalité des différents éléments d'un même site, comme en matière de jeux vidéo, permet de faire le départ entre les éventuels éléments protégeables par le droit d'auteur et les autres. Ainsi la cour d'appel de Paris a-t-elle adopté, dans un arrêt relatif au site <sexyavenue.com> ¹⁵⁷¹, une approche élément par élément, constatant l'originalité des éléments graphiques du site (présentation, organisation des rubriques, choix des couleurs et des logos), mais rejetant l'originalité de la page de référencement du site, « dont ni la présentation ni le contenu ne traduisaient une démarche créative portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur ». S'agissant de ces derniers éléments, non protégés par le droit d'auteur, la Cour a néanmoins qualifié leur reprise par un concurrent d'acte de concurrence déloyale ¹⁵⁷² ; de même en a-t-elle jugé pour la reprise de conditions générales de vente ¹⁵⁷³.

Plus délicate est la question de l'originalité de l'ensemble d'un site web, en tant qu'œuvre complexe. Les juges ont admis qu'un site puisse en lui-même constituer une œuvre de l'esprit protégeable : dès 1998, il a été affirmé – sans plus de précisions – que « la création originale d'une présentation d'offres de service sur un site Internet donne droit à la protection envisagée » ¹⁵⁷⁴ par le Code de la propriété intellectuelle. De même a-t-il été indiqué que les caractéristiques d'un site telles que le titre, la présentation, la mise en page, les couleurs ou les intitulés des rubriques, pouvaient être originales et susceptibles de protection ¹⁵⁷⁵.

Depuis ces jugements, les tribunaux ont eu l'occasion d'approfondir la question, en définissant l'originalité d'un site web comme le choix, propre à son auteur, d'une présentation particulière, d'une forme spécifique tenant à une disposition des rubriques originale ¹⁵⁷⁶. En d'autres termes, ils exigent que le site révèle un « parti-pris créatif » ¹⁵⁷⁷ (ce qui exclut les interfaces répondant uniquement à des impératifs techniques ou « finalités fonctionnelles » ¹⁵⁷⁸), ou possède une « particularité notable révélant l'apport intellectuel créatif de son auteur dans la composition, la forme, le graphisme » ¹⁵⁷⁹, ou encore que le choix des éléments caractéristiques du site résulte « d'un travail de création et de conception important et d'un effort personnalisé pour se démarquer des concurrents » ¹⁵⁸⁰. Ainsi la cour d'appel de Paris a-t-elle indiqué dans un arrêt du 12 octobre 2005 ¹⁵⁸¹ que « sont protégeables au titre du droit d'auteur les sites Internet qui, par la combinaison de leur présentation et de leur contenu, révèlent un effort créatif ». Tel était le cas en l'espèce : la Cour caractérise l'originalité du site <blueacacia-multimedia.com> par les motifs suivants : le concepteur du site « a choisi de présenter ses activités sous la forme d'un cahier disposant en son centre d'une spirale et comportant une découpe sur le bord inférieur droit ainsi que des onglets de six différentes couleurs, permettant de tourner les pages du cahier et d'accéder aux rubriques proposées, lesquelles sont accompagnées sur la page de gauche d'une photographie en couleurs, pleine page, et dont les textes figurent sur la page de droite dans la couleur dominante de la photographie ». Les juges en déduisent que « l'énoncé des activités par le choix des mots et expressions employées, leur mise en forme, le plan adopté, l'ordonnancement des rubriques, reflètent la personnalité de l'auteur ».

Les juges apprécient donc l'originalité tant des composantes d'un site web que de leur combinaison. Dans plusieurs décisions, les juges du fond ont ainsi conclu à l'absence d'originalité de sites en raison de la banalité de leurs différents éléments individuels (présentation, couleurs, polices de caractères...), « même pris en combinaison » ¹⁵⁸². La Cour de cassation a précisé en 2011 que les juges du fond ne pouvaient, pour refuser la protection à un site web, se contenter de relever l'absence d'originalité de ses éléments ; ils doivent, en outre, rechercher si la combinaison de l'ensemble n'est pas originale ¹⁵⁸³. Elle a ainsi cassé un arrêt relatif au site <venteprivee.com>, dans lequel la cour d'appel avait considéré que ce site ne pouvait bénéficier de la protection du droit d'auteur au motif que chacun des éléments du site (la présence d'une

fenêtre blanche permettant au client de s'identifier, la bande-annonce animée, la mise en place d'un espace de dialogue impératif, et le choix de dominantes de couleur rose et noir) était dépourvu d'originalité ¹⁵⁸⁴. La Cour de cassation affirme très clairement « qu'en statuant ainsi sans justifier en quoi le choix de combiner ensemble ces différents éléments selon une certaine présentation serait dépourvu d'originalité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » au regard de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle ¹⁵⁸⁵. En somme, la combinaison d'éléments en eux-mêmes banals peut être originale, ce qu'un auteur rapproche justement de l'application nouvelle de moyens connus en droit des brevets ¹⁵⁸⁶.

Cette appréciation globale de l'originalité ne peut toutefois être effectuée dans les cas où la protection n'est pas réclamée sur le site web dans son ensemble, mais ne l'est que pour quelques-uns de ses éléments (logo, foire aux questions, charte graphique ¹⁵⁸⁷...). Dans pareil cas, les juges du fond doivent rechercher « si et en quoi chacune des œuvres, dont la protection est sollicitée, résulte d'un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de ses auteurs, seul de nature à leur conférer le caractère d'une œuvre originale protégée, comme telle, par le droit d'auteur » ¹⁵⁸⁸.

Après avoir étudié l'objet de la protection par le droit d'auteur, il convient de s'intéresser aux titulaires de cette protection.

SECTION 2. LES TITULAIRES DE LA PROTECTION

- 394 ***Unité et pluralité de titulaires*** ◇ Traditionnellement, le droit français conçoit l'auteur d'une œuvre comme une personne physique, ayant seule créé l'objet de la protection. Le Code de la propriété intellectuelle comporte en ce sens des dispositions précises relatives à la qualité d'auteur (§ 1). Néanmoins, dans le monde moderne, et particulièrement dans l'environnement numérique, la majorité des œuvres sont créées à plusieurs, ce qui conduit à l'application de règles particulières (§ 2).

§ 1. La qualité d'auteur

Principe ◇ L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». Le principe est donc clair : c'est le créateur de l'œuvre, personne physique dont l'œuvre porte l'empreinte de la personnalité, qui est titulaire des droits. Une personne ne peut donc être auteur « qu'autant qu'est établi son apport créatif original » ¹⁵⁸⁹, ce principe étant d'ordre public.

Certaines situations, toutefois, peuvent soulever le doute quant à la titularité des droits. Tel est évidemment au premier chef le cas des œuvres dites orphelines, définies à l'article L. 113-10 comme des œuvres protégées et divulguées, dont les titulaires des droits ne peuvent pas être identifiés ou retrouvés, malgré des recherches diligentes, avérées et sérieuses ¹⁵⁹⁰. Cet article est issu de la loi du 1^{er} mars 2012, qui prévoit un régime spécifique pour l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle ¹⁵⁹¹.

Mais même en dehors de ce cas de figure particulier, il n'est pas toujours aisé de déterminer qui est l'auteur d'une œuvre. Pour cette raison, le Code de la propriété intellectuelle prévoit une présomption de titularité (A). Par ailleurs, le doute survient plus particulièrement dans le cas des œuvres créées par des auteurs salariés ou par des créateurs dans le cadre d'une commande : il convient alors d'examiner si l'existence d'un contrat influe sur la titularité (B).

A. La présomption de titularité

396 **Présomption légale** ◇ Afin de faciliter l'exercice de la défense des droits d'auteur par des actions en contrefaçon, l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle édicte la présomption suivante : « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ». Il s'agit d'une règle probatoire issue d'une jurisprudence ancienne. Elle signifie que la personne sous le nom de laquelle l'œuvre est divulguée est dispensée de rapporter la preuve de sa qualité d'auteur, lorsqu'elle agit contre un prétendu contrefacteur ¹⁵⁹². Cette règle, en ce qu'elle emporte présomption de la qualité d'auteur, ne peut s'appliquer qu'à des personnes physiques, en dépit de certaines affirmations jurisprudentielles en sens contraire ¹⁵⁹³ malheureusement appuyées par le Tribunal de l'Union européenne ¹⁵⁹⁴.

La Cour de cassation a précisé que cette présomption ne peut se déduire que de « mentions exemptes d'ambiguïté » ¹⁵⁹⁵. En conséquence, des indications telles qu'« avec le concours de » ne sont pas de nature à déclencher l'application de l'article L. 113-1 du Code ¹⁵⁹⁶. De même, un arrêt de la cour d'appel de Paris a considéré que la pratique des « crédits photographiques » ne peut emporter présomption de titularité au bénéfice des personnes citées si ces crédits apparaissent en bloc, par exemple en bas d'une page web. Il faut que soit précisé, au côté de chaque photographie reproduite, le crédit qui revient à chacun des photographes cités ¹⁵⁹⁷. De la même façon encore, la seule présence d'un pseudonyme au côté d'un contenu stocké sur Internet est équivoque et ne peut suffire à faire jouer la présomption de l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle. En effet, il est courant qu'un contenu soit posté sur Internet avec l'indication d'un pseudonyme sans que celui-ci indique autre chose que l'origine de l'opération de chargement et de stockage, sans aucune revendication de la qualité d'auteur. Dès lors, il ne peut se déduire du seul postage d'un contenu sur Internet avec la mention d'un pseudonyme que la personne ainsi désignée entend se prévaloir de la qualité d'auteur de ce contenu, en l'absence d'autres mentions manifestant une telle volonté ¹⁵⁹⁸.

397 *Nature de la présomption* ◇ Comme le prévoit la loi, la présomption est simple, de sorte qu'elle peut être renversée par l'administration de la preuve contraire, qui peut s'effectuer par tout moyen ¹⁵⁹⁹. Les tiers pourront ainsi démontrer que celui qui se prévaut des droits n'est pas auteur en réalité ¹⁶⁰⁰. De même les véritables auteurs pourront-ils apporter la preuve de leur qualité. C'est en ce sens que la Cour de cassation a affirmé que la présomption de l'article L. 113-1 ne joue qu'à l'égard des tiers, c'est-à-dire « à l'égard de tout autre que l'auteur » ¹⁶⁰¹.

398 *Présomption prétorienne* ◇ Cette présomption légale est complétée par une présomption d'origine prétorienne, selon laquelle en l'absence de toute revendication de la part de la ou des personnes physiques ayant réalisé l'œuvre, les actes d'exploitation commerciale sous le nom d'une personne morale constituent des actes de possession de nature à faire présumer, à l'égard des tiers contrefacteurs, que la personne morale est titulaire sur cette œuvre, quelle que soit sa qualification, du droit de propriété incorporelle de l'auteur ¹⁶⁰². La différence est que la

présomption légale ne concerne que la qualité d'auteur, tandis que la présomption prétorienne vise la titularité des droits ¹⁶⁰³. Cette dernière présomption bénéficie à toute personne qui exploite l'œuvre sous son nom, peu important qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale ¹⁶⁰⁴.

Si l'on applique cette règle à un site web, il sera présumé appartenir aux personnes physiques ou aux sociétés qui l'exploitent – qu'elles soient d'ailleurs françaises ou étrangères ¹⁶⁰⁵ ; les mentions à considérer se trouvent, dans la très grande majorité des cas, dans le paragraphe « Propriété intellectuelle » de la rubrique « Mentions légales » ou « Conditions générales d'utilisation ». Par exemple, on trouve, sur le site <www.lemonde.fr> la mention suivante : « Le Monde Interactif et/ou ses partenaires sont les titulaires exclusifs de tous les droits de propriété intellectuelle portant tant sur la structure que sur le contenu du site www.lemonde.fr et ce dans le monde entier ». Sur le site <www.lefigaro.fr>, il est indiqué que « Lefigaro.fr est édité par Société du Figaro, SAS ». Quant au site <www.liberation.fr>, il annonce qu'« en se connectant au site de Libération, et de ce seul fait, l'utilisateur reconnaît accepter de la Sarl Libération, éditrice du site, une licence dans les présentes conditions ». Les sites marchands comportent des mentions analogues : ainsi, sur le site <www.vente-privee.com>, « il est précisé que la Charte Graphique et les Contenus VP du Site sont protégés par la législation relative à la propriété intellectuelle actuellement en vigueur en France, et ce pour le monde entier. VENTE-PRIVEE.COM est titulaire de l'intégralité des droits y afférant ».

La présomption s'applique également aux éléments contenus dans un site web, tels que des photographies les illustrant, pourvu que la société titulaire du site les exploite de façon paisible et non équivoque sous son nom ¹⁶⁰⁶.

La question de la titularité des droits est également rendue plus complexe par l'existence fréquente de contrats liant le créateur des œuvres.

B. L'influence des contrats de travail et d'entreprise

399 *L'indifférence des contrats de travail ou d'entreprise* ◇ En principe, l'existence d'un contrat de travail ou d'entreprise liant le créateur d'une œuvre n'emporte aucune conséquence sur la titularité des droits. L'article L. 111-1, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle,

est très clair en ce sens : il dispose que « l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code ».

Ce principe signifie, d'une part, que c'est dans le patrimoine de l'auteur que naissent les droits d'auteur, et, d'autre part, que le contrat de travail ou de commande n'emporte aucune cession automatique des droits ¹⁶⁰⁷. Si l'employeur ou le maître de l'ouvrage désire se voir céder les droits, il devra recourir à une convention expresse ¹⁶⁰⁸. À défaut de telle convention – ainsi que dans l'hypothèse où cette dernière serait annulée pour vice du consentement, notamment la violence économique ¹⁶⁰⁹ –, l'auteur demeure maître de son œuvre.

Il est par ailleurs évident que l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle ne s'applique qu'en présence d'une œuvre de l'esprit originale. En conséquence, faute d'apports personnels de son auteur, le créateur d'une œuvre dépourvue d'originalité commandée par un employeur ou un client et rémunéré par ce dernier ne peut prétendre à une rémunération spécifique complémentaire au titre du droit d'auteur ¹⁶¹⁰.

400 ***Application aux sites web*** ◇ La règle édictée à l'article L. 111-1, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle, trouve une application particulière en matière de sites web ¹⁶¹¹. En effet, les sites sont dans la plupart des cas des œuvres commandées à des prestataires spécialisés ou à des employés. En l'absence de cession automatique des droits au client ou à l'employeur, ce dernier devra veiller à inclure une clause expresse en ce sens, en veillant à respecter les prescriptions du Code de la propriété intellectuelle quant à la délimitation des droits cédés ¹⁶¹².

Dès lors, sauf clause de cession, les droits d'auteur sur un site web resteront la propriété de son ou ses créateurs ¹⁶¹³. Eux seuls sont à même d'autoriser la reproduction du site ¹⁶¹⁴. Ainsi un jugement a-t-il affirmé clairement que « la société qui a fait faire son site par une *web agency* n'est pas titulaire des droits » ¹⁶¹⁵. La Cour de cassation en a logiquement déduit que le refus de l'auteur d'autoriser la reproduction du site, fût-ce à son employeur, n'est pas constitutif d'une faute grave justifiant un licenciement ¹⁶¹⁶.

Il faut toutefois réserver l'hypothèse, abordée ci-après, dans laquelle

le site serait qualifié d'œuvre collective ¹⁶¹⁷.

Le principe d'indifférence de l'existence d'un contrat de travail trouve deux exceptions, prévues par la dernière phrase de l'article L. 111-1 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle, en matière de logiciels et d'œuvres créées par des journalistes.

401 *Première exception : les logiciels* ◇ Lorsqu'un logiciel est créé par un salarié, s'applique l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle, aux termes duquel « sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer ». Les conséquences de cette disposition sont développées dans le Chapitre consacré aux créations utilitaires ¹⁶¹⁸.

402 *Seconde exception : les œuvres des journalistes* ◇ La question des droits d'auteur des journalistes a longtemps été source d'un abondant contentieux. La difficulté principale était de savoir si la mise en ligne d'articles déjà publiés dans un journal papier devait donner lieu à une autorisation de la part des journalistes salariés, et par là même, à une nouvelle rémunération de la part des employeurs. Conformément au principe posé par l'article L. 111-1, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle, la jurisprudence refusait d'admettre que le contrat de travail puisse avoir une incidence sur la titularité des droits d'auteur, considérant qu'« à défaut de convention expresse conclue dans les conditions de la loi, l'auteur salarié ne transmettait pas à son employeur, du seul fait de la première publication rémunérée à titre de salaire, le droit de reproduction des œuvres » ¹⁶¹⁹. En outre, même en présence d'un contrat de cession des droits, il était nécessaire que les modes d'exploitation cédés soient expressément mentionnés, les modes non prévus étant conservés par les journalistes ¹⁶²⁰.

Ce régime très favorable aux journalistes a été profondément modifié par la loi du 12 juin 2009 relative à la diffusion et la protection de la création sur Internet ¹⁶²¹. Issu de cette loi, l'article L. 132-36 du Code de la propriété intellectuelle dispose désormais que « la convention liant un journaliste professionnel ou assimilé [...] qui contribue, de manière permanente ou occasionnelle, à l'élaboration d'un titre de presse, et

l'employeur emporte, sauf stipulation contraire, cession à titre exclusif à l'employeur des droits d'exploitation des œuvres du journaliste réalisées dans le cadre de ce titre, qu'elles soient ou non publiées ».

La loi introduit ainsi la nouvelle notion de « titre de presse », définie à l'article L. 132-35 comme « l'organe de presse à l'élaboration duquel le journaliste professionnel a contribué, ainsi que l'ensemble des déclinaisons du titre, quels qu'en soient le support, les modes de diffusion et de consultation »¹⁶²². Cette nouvelle définition « rend compte de la réalité d'une publication multisupports des œuvres journalistiques et rompt avec l'idée d'un cloisonnement entre l'offre papier et l'offre numérique »¹⁶²³. En outre, les alinéas 2 et 3 de l'article L. 132-35 précisent qu'est assimilée à la publication dans le titre de presse « la diffusion de tout ou partie de son contenu par un service de communication au public en ligne ou par tout autre service, édité par un tiers, dès lors que cette diffusion est faite sous le contrôle éditorial du directeur de la publication dont le contenu diffusé est issu ou dès lors qu'elle figure dans un espace dédié au titre de presse dont le contenu diffusé est extrait », ainsi que « la diffusion de tout ou partie de son contenu par un service de communication au public en ligne édité par l'entreprise de presse ou par le groupe auquel elle appartient ou édité sous leur responsabilité, la mention dudit titre de presse devant impérativement figurer ». Ces dispositions visent les sites portails qui publient des œuvres journalistiques.

La loi du 12 juin 2009 pose le principe d'une cession automatique, par l'effet du contrat de travail, des droits patrimoniaux du journaliste à son employeur pour toute exploitation des œuvres. Les articles L. 132-37 et L. 132-38 du Code prévoient des conditions de rémunération qui varient selon que l'exploitation des œuvres dans le titre de presse intervient pendant ou après une « période fixée par un accord d'entreprise ». Dans le premier cas, l'exploitation a pour seule contrepartie le salaire. Dans le second cas, l'exploitation est rémunérée « à titre de rémunération complémentaire sous forme de droits d'auteur ou de salaire, dans des conditions déterminées par l'accord d'entreprise ».

Par dérogation à ces principes, l'article L. 132-41 du Code dispose que « lorsque l'auteur d'une image fixe est un journaliste professionnel qui tire le principal de ses revenus de l'exploitation de telles œuvres et qui collabore de manière occasionnelle à l'élaboration d'un titre de presse, la cession des droits d'exploitation telle que prévue à l'article L. 132-36 ne s'applique que si cette œuvre a été commandée par

l'entreprise de presse ».

En dehors de ces hypothèses, l'article L. 132-40 prévoit, conformément au système antérieur à la loi de 2009, que toute exploitation de l'œuvre est soumise à « l'accord exprès et préalable de son auteur ». Ces exploitations donnent lieu à rémunération « sous forme de droits d'auteur ».

Enfin, concernant l'application dans le temps de la loi du 12 juin 2009, il convient de se demander si le système antérieur à celle-ci continue à s'appliquer aux œuvres créées avant l'entrée en vigueur de ce texte mais dont l'exploitation litigieuse y est postérieure. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris ¹⁶²⁴ (approuvé de manière étrange et sur un autre terrain par la Cour de cassation ¹⁶²⁵) va en ce sens. Pourtant, il est préférable d'appliquer à ces œuvres le régime issu de la loi du 12 juin 2009 dès lors que la publication litigieuse a eu lieu après son entrée en vigueur, comme l'a fait cette même Cour dans un arrêt ultérieur ¹⁶²⁶, car, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, « la loi qui a vocation à s'appliquer est celle qui est en vigueur à la date de l'acte qui provoque la mise en œuvre de la protection légale » ¹⁶²⁷.

Dans tous les cas, les journalistes conservent leurs droits moraux ainsi que le droit, accordé à tous les auteurs par l'article L. 121-8 du Code, de réunir leurs articles en recueil et de les publier ou d'en autoriser la publication sous cette forme ¹⁶²⁸, mais seulement en l'absence de stipulation contraire et à condition de ne pas concurrencer le titre de presse.

De plus en plus fréquemment, et en particulier dans l'environnement numérique, les œuvres sont le fruit d'une création par plusieurs personnes.

§ 2. Les œuvres créées à plusieurs

403 ***Multiplicité des figures*** ◇ Le Code de la propriété intellectuelle distingue trois catégories d'œuvres créées à plusieurs : les œuvres de collaboration (A), les œuvres collectives (B) et les œuvres audiovisuelles (C). La qualification, qui n'est pas toujours aisée, notamment dans le cas des œuvres multimédia, emporte des différences de régime importantes.

A. Les œuvres de collaboration

404 **Définition** ◇ Selon l'article L. 113-2, alinéa premier, du Code de la propriété intellectuelle, « est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques ». La définition est vague, et peut sembler à première vue inclure toutes les œuvres créées à plusieurs. C'est la confrontation avec les autres catégories, notamment celle des œuvres collectives, qui permet de saisir les contours de la notion d'œuvre de collaboration.

En effet, les deux types d'œuvres sont des créations collégiales, mais l'élaboration d'une œuvre de collaboration résulte d'un « processus créatif horizontal »¹⁶²⁹ et non pas vertical : « les auteurs s'unissent sur un pied d'égalité sans que leur travail ait été contrôlé par une entreprise »¹⁶³⁰. Peuvent ainsi entrer dans cette catégorie des ouvrages scientifiques, des chansons, des opéras, des interviews, des logiciels¹⁶³¹, etc. Les coauteurs doivent naturellement établir leur qualité en rapportant la preuve d'une activité créatrice dans l'élaboration de l'œuvre¹⁶³², à défaut de bénéficier de la présomption édictée par l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle.

A priori les œuvres multimédia ressortissent plutôt à la catégorie des œuvres collectives, étant donné qu'elles sont le plus souvent réalisées sous la direction d'une personne morale. Mais cela n'est pas une règle absolue : la jurisprudence a bien précisé que « la qualification de l'œuvre multimédia doit être recherchée d'après les conditions de création de chaque œuvre, considérée dans sa particularité »¹⁶³³. Ainsi le jeu vidéo sur CD-Rom, *Versailles, une journée avec Louis XIV*, a-t-il été qualifié d'œuvre de collaboration, aux motifs qu'il n'était pas établi « que les personnes morales productrices auraient eu un rôle de direction dans l'élaboration de l'œuvre et le travail des auteurs », qu'au contraire, ces auteurs n'avaient reçu aucune directive dans la conduite de leur travail, et que la séquence du crédit figurant à la fin du jeu confirmait que les contributions de chacun étaient discernables par le découpage, la forme, l'intrigue et les intervenants historiques, éléments essentiels du jeu. Il résultait de ces éléments que les producteurs ne démontraient pas « que la contribution personnelle des auteurs participant à l'élaboration de l'œuvre multimédia se serait fondue dans un ensemble au sens de l'alinéa 3 de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle » (relatif aux œuvres collectives)¹⁶³⁴. Dans le même sens, et pour les

mêmes motifs, un jeu vidéo en ligne a été récemment qualifié d'« œuvre de collaboration audiovisuelle » (*sic*) ¹⁶³⁵.

405 *Régime* ◇ L'article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs. Les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord ». Il s'agit d'une forme d'indivision, qui rend contraignante l'exploitation de l'œuvre, subordonnée à l'unanimité des coauteurs. Le Code de la propriété intellectuelle précise ainsi qu'« en cas de désaccord, il appartient à la juridiction civile de statuer ».

Il existe toutefois une dérogation à la règle de l'unanimité : selon le dernier alinéa de l'article L. 113-3, « lorsque la participation de chacun des coauteurs relève de genres différents, chacun peut, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune ». Ainsi la musique d'un film ou d'un jeu vidéo pourra-t-elle être réutilisée de façon séparée, par exemple par le biais de son inclusion dans une compilation ¹⁶³⁶.

Dans le cadre d'une action en contrefaçon, la jurisprudence exige de façon constante que le demandeur, s'il agit contre l'un des coauteurs, mette également en cause tous les autres coauteurs dès lors que la contribution du défendeur ne peut être séparée des autres ¹⁶³⁷. En revanche, « la recevabilité de l'action engagée par l'auteur de l'œuvre première et dirigée exclusivement à l'encontre de l'exploitant d'une œuvre de collaboration arguée de contrefaçon n'est pas subordonnée à la mise en cause de l'ensemble des coauteurs de celle-ci » ¹⁶³⁸.

B. Les œuvres collectives

406 *Définition* ◇ L'article L. 113-2, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle, définit l'œuvre collective comme « l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». Ce sont donc le processus vertical d'élaboration et le rôle essentiel joué par la personne – le plus souvent morale – instigatrice de l'œuvre qui

caractérisent les œuvres collectives et les distinguent des œuvres de collaboration ¹⁶³⁹.

Entrent fréquemment dans cette catégorie les dictionnaires, encyclopédies ¹⁶⁴⁰, bases de données ¹⁶⁴¹, guides ¹⁶⁴² et journaux ¹⁶⁴³. Les œuvres collectives sont surtout le domaine des œuvres issues des nouvelles technologies. Ainsi sont le plus souvent qualifiés d'œuvres collectives les CD-Rom ¹⁶⁴⁴ et autres jeux vidéo ¹⁶⁴⁵. Ont également été considérés comme des œuvres collectives des sites web ¹⁶⁴⁶. Mais les tribunaux considèrent à juste titre que si les œuvres multimédia sont le plus souvent des œuvres collectives, la qualification doit se faire au cas par cas. Si la création de l'œuvre est due à l'initiative d'une personne physique qui en est seule l'auteur, peu important la divulgation sous le nom de l'éditeur, si ce dernier ne peut faire valoir aucun rôle de direction et de coordination pour assurer la fusion de contribution, l'œuvre n'est pas collective ¹⁶⁴⁷.

407 *Régime* ◇ Aux termes de l'article L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle, « l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur ». Il s'agit d'une fiction légale, qui confère les droits sur l'œuvre à la personne instigatrice de l'œuvre, directement et sans cession. Cette règle, qui vise à faciliter l'exploitation des œuvres, déroge fortement au principe selon lequel les droits appartiennent à l'auteur, personne physique ayant créé l'œuvre.

La jurisprudence a précisé que l'article L. 113-5 concernait tant les droits patrimoniaux que les droits moraux ¹⁶⁴⁸.

Les auteurs se trouvent ainsi dépourvus de droits sur l'œuvre collective dans son ensemble. En revanche, la jurisprudence admet qu'ils conservent un droit sur leurs contributions personnelles, qu'ils peuvent exploiter pourvu qu'ils ne concurrencent pas l'œuvre collective ¹⁶⁴⁹. Cette solution rappelle tant le régime des œuvres de collaboration que celui, applicable aux journalistes, issu de la loi du 12 juin 2009 ¹⁶⁵⁰.

C. Les œuvres audiovisuelles

408 *Coauteurs* ◇ Les « œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non »

(art. L. 112-2, 6° CPI) semblent, à première vue, entrer dans la catégorie des œuvres collectives, étant réalisées à l'initiative d'un producteur. Néanmoins, le Code de la propriété intellectuelle prévoit un régime particulier pour ces œuvres, afin de mieux protéger ses auteurs.

L'article L. 113-7 dispose qu'« ont la qualité d'auteur d'une œuvre audiovisuelle la ou les personnes physiques qui réalisent la création intellectuelle de cette œuvre », ce qui est conforme au principe général du droit d'auteur, et rapproche les œuvres audiovisuelles de la catégorie des œuvres de collaboration. Ce texte précise que sont présumés, sauf preuve contraire, coauteurs d'une œuvre audiovisuelle réalisée en collaboration :

- 1° L'auteur du scénario ;
- 2° L'auteur de l'adaptation ;
- 3° L'auteur du texte parlé ;
- 4° L'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre ;
- 5° Le réalisateur.

De plus, lorsque l'œuvre audiovisuelle est tirée d'une œuvre ou d'un scénario préexistants encore protégés, les auteurs de l'œuvre originale sont assimilés aux auteurs de l'œuvre nouvelle.

La loi ne s'oppose pas à ce que d'autres personnes (cadreurs, directeurs de la photographie, etc.) puissent être qualifiées d'auteurs d'une œuvre audiovisuelle ; mais, dans ce cas, la présomption ne pourra leur être appliquée, et leur qualité devra être démontrée.

409 ***Présomption de cession des droits d'auteur*** ◇ En dépit de cette reconnaissance légale de leur qualité, les coauteurs d'une œuvre audiovisuelle (à l'exception du compositeur) se voient appliquer une présomption de cession de leurs droits. L'article L. 132-24 du Code de la propriété intellectuelle dispose en effet que « le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, sauf clause contraire [...], cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle ». Le producteur est défini par l'article L. 132-23 du code comme « la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de l'œuvre », étant précisé que la responsabilité dont il s'agit concerne tout particulièrement les risques financiers liés à la production de l'œuvre ¹⁶⁵¹.

Le contrat doit être conclu par écrit, et mentionner précisément la rémunération due pour chaque mode d'exploitation (art. L. 132-25).

Un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 9 février 2012 ¹⁶⁵² a apporté des précisions importantes quant à la titularité des droits sur les œuvres audiovisuelles. Dans cette décision, la Cour a indiqué que le droit de l'Union impose que les droits d'exploitation reviennent de plein droit, directement et originairement, au réalisateur principal. Ce faisant, elle a érigé au rang de principe général de droit d'auteur des dispositions éparses selon lesquelles « le réalisateur principal d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle est considéré comme l'auteur ou l'un des auteurs » ¹⁶⁵³. La Cour en déduit que les législations nationales ne peuvent attribuer, de plein droit et exclusivement, les droits d'exploitation au producteur de l'œuvre. En revanche, le droit de l'Union laisse aux États membres la faculté d'établir une présomption de cession de ces droits au profit du producteur, pourvu qu'une telle présomption ne revête pas un caractère irréfragable qui exclurait la possibilité pour le réalisateur principal d'en convenir autrement. C'est précisément ce mécanisme que met en œuvre l'article L. 132-24 du Code de la propriété intellectuelle. Le droit français est donc conforme, sur ce point, au droit de l'Union européenne.

L'objet et les titulaires de la protection par le droit d'auteur ayant été définis, il convient d'étudier le contenu de cette protection.

SECTION 3. LE CONTENU DE LA PROTECTION

- 410** *Dualité des droits* ◇ Selon l'article L. 111-1, alinéa premier, du Code de la propriété intellectuelle, « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». L'alinéa 2 de cet article précise que le droit exclusif de l'auteur « comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial ». Ainsi apparaît la dualité qui caractérise le droit d'auteur français. Les droits moraux (§ 1) et les droits patrimoniaux (§ 2) diffèrent profondément dans leur nature et leur régime.

§ 1. Les droits moraux

- 411** Les droits moraux des auteurs consistent en différents attributs extrapatrimoniaux, ayant trait non pas à l'exploitation des œuvres, mais à la personne de l'auteur et à l'esprit des œuvres. On en étudiera le contenu (A) avant d'en présenter les caractères (B).

A. Contenu des droits moraux

- 412** *Attributs* ◇ Les articles L. 121-1 à L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle distinguent quatre attributs moraux accordés à l'auteur d'une œuvre de l'esprit : le droit de divulgation (1), le droit de repentir et de retrait (2), le droit de paternité (3) et le droit au respect (4).

1. Le droit de divulgation

- 413** *Principe et exception* ◇ L'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24 [relatives aux œuvres audiovisuelles], il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci ». Le principe est donc que seul l'auteur peut décider du moment et des conditions de la divulgation de son œuvre. Il peut également choisir de ne pas révéler son œuvre au public.

Néanmoins, une exception est prévue au bénéfice des œuvres audiovisuelles. L'article L. 121-5, alinéa 5, du Code, énonce en effet que les droits moraux des auteurs « ne peuvent être exercés par eux que sur l'œuvre audiovisuelle achevée ». L'œuvre audiovisuelle est réputée achevée, selon l'alinéa premier de ce même article, « lorsque la version définitive a été établie d'un commun accord entre, d'une part, le réalisateur ou, éventuellement, les coauteurs et, d'autre part, le producteur ». La Cour de cassation en a logiquement déduit que, si tel n'est pas le cas, les auteurs ne sont pas fondés à se prévaloir d'une privation de leur droit de divulgation ¹⁶⁵⁴. L'objectif du législateur est d'éviter que l'exercice du droit de divulgation par l'un des auteurs ne fasse obstacle au processus d'élaboration et d'exploitation de l'œuvre. L'article L. 121-6 prévoit ainsi expressément le cas où l'un des auteurs refuserait d'achever sa contribution à l'œuvre audiovisuelle : il ne pourra alors s'opposer à l'utilisation, en vue de l'achèvement de l'œuvre, de la partie de cette contribution déjà réalisée.

Application à l'environnement numérique : la question de l'épuisement ◇

Le droit de divulgation s'applique évidemment dans l'environnement numérique. Une œuvre de l'esprit ne peut donc pas être divulguée sur Internet sans le consentement de l'auteur ¹⁶⁵⁵, fût-ce sous forme de résumé ou d'extraits. Ainsi la divulgation non autorisée du résumé d'un scénario inédit constitue-t-elle une atteinte au droit moral de l'auteur ¹⁶⁵⁶. Le droit de divulgation interdit clairement toute révélation inédite non consentie sur Internet.

La question principale que soulève la mise en œuvre du droit de divulgation dans l'environnement numérique est celle de l'épuisement de ce droit ¹⁶⁵⁷. Il semble acquis que la divulgation ne s'exerce qu'une fois : l'auteur ne peut plus contester la divulgation après y avoir procédé lui-même. En ce sens, il est important de distinguer ce droit, qui a trait au principe même de la révélation de l'œuvre au public, du droit patrimonial d'autoriser la reproduction, lequel s'exerce pour chaque reproduction en cause. En d'autres termes, la première divulgation épuise le droit. Pour autant, la divulgation vaut-elle pour toutes les formes de publication de l'œuvre, même celles non prévues par l'auteur ? En particulier, faudra-t-il considérer que la divulgation d'une œuvre sur papier ou sur CD épuise le droit de l'auteur de s'opposer à une divulgation numérique ? La jurisprudence est partagée sur cette question. La Cour de cassation a un temps semblé pencher contre l'épuisement dans pareil cas. Ainsi, dans deux arrêts de 2005 ¹⁶⁵⁸ et 2006 ¹⁶⁵⁹, elle a considéré qu'en diffusant une œuvre dont la destination avait été radicalement changée, sans autorisation des auteurs, on avait en réalité procédé à un nouvel acte de divulgation. Dans le premier arrêt, il s'agissait d'une chanson adaptée pour une œuvre publicitaire ; dans le second, d'une bande dessinée publiée sous forme d'albums, puis divulguée sous forme de prime gratuite. Dans les deux cas, la Cour de cassation a jugé que le droit de divulgation n'avait pas été complètement épuisé par le premier usage qu'en avaient fait les auteurs. En revanche, les juges du fond sont plutôt enclins à appliquer la règle de l'épuisement, estimant que la conclusion de contrats d'édition ne prévoyant pas la divulgation numérique épuisait le droit de consentir à ce mode de révélation de l'œuvre ¹⁶⁶⁰. On peut citer en ce sens deux jugements selon lesquels « l'atteinte au droit de divulgation ne saurait être constituée par la diffusion d'une œuvre sur Internet dès lors que cette œuvre avait été présentée lors d'un festival, puis sur une chaîne de télévision, avant sa

diffusion sur Internet, et qu'il n'est pas démontré que cette dernière divulgation portait sur une version différente de l'œuvre » ¹⁶⁶¹. En toute hypothèse, l'auteur conserve la possibilité d'invoquer une violation de ses droits patrimoniaux pour toute reproduction non autorisée. La divergence entre Cour de cassation et juges du fond a toutefois pris fin avec l'affirmation très claire, par la haute juridiction, dans un arrêt du 11 décembre 2013, du principe selon lequel « le droit de divulgation s'épuis[e] par le premier usage qu'en fait l'auteur » ¹⁶⁶².

Cette position est opportune, dans la mesure où la divulgation, par définition, consiste en la révélation de l'œuvre au public. Elle ne doit donc pouvoir s'exercer qu'une seule fois ¹⁶⁶³. Vouloir faire renaître ce droit pour des modes d'exploitation autres que ceux de la première divulgation revient à transposer sur le terrain du droit moral une règle qui ressortit en réalité au droit patrimonial – celle de la délimitation stricte des droits cédés – et à permettre à l'auteur d'obtenir réparation sur deux terrains d'une exploitation non consentie.

2. Le droit de repentir et de retrait

415 *Conditions de mise en œuvre* ◇ Le droit de repentir et de retrait est prévu à l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle. Il permet à l'auteur d'une œuvre publiée de modifier ou de retirer son œuvre de la circulation. Étant donné que l'exercice de ces droits porte fortement atteinte à la force obligatoire du contrat d'édition, la loi l'assortit de conditions restrictives : la mise en œuvre du droit de repentir ou de retrait ne peut s'exercer que vis-à-vis du cessionnaire des droits d'exploitation, et à condition que l'auteur l'indemnise préalablement du préjudice. La jurisprudence a ajouté que ce droit ne devait pas être exercé de façon abusive ¹⁶⁶⁴.

Dans l'environnement numérique, l'effectivité du droit de retrait est quelque peu illusoire. En effet, cette faculté vise essentiellement le retrait des exemplaires matériels de l'œuvre ; il est très difficile d'obtenir avec certitude un retrait définitif des réseaux, en raison des multiples copies techniques effectuées par les différents opérateurs et prestataires de service.

3. Le droit de paternité

Paternité dans l'environnement numérique ◇ L'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que l'auteur jouit du droit au respect de son nom et de sa qualité. Il en va de même pour les auteurs de traductions et d'adaptations, en vertu de l'article L. 112-3. Tout auteur doit donc voir indiquer son nom lorsque son œuvre est divulguée, à moins qu'il ne préfère rester anonyme.

Comme les autres droits des auteurs, le droit de paternité s'applique dans l'environnement numérique. Une personne ne peut donc, sous peine de sanction, taire le nom de l'auteur d'une œuvre reproduite sur Internet. Même sur des sites collaboratifs fonctionnant selon un système ne revendiquant pas la protection du droit d'auteur, tel que Wikipedia¹⁶⁶⁵, il est impératif que toute œuvre citée ou reproduite s'accompagne de la mention du nom de l'auteur. Ainsi ont été sanctionnés pour atteinte au droit de paternité les producteurs d'un jeu vidéo dépourvu de générique¹⁶⁶⁶, les internautes ayant diffusé un film sur Internet sans mention relative aux coauteurs de l'œuvre¹⁶⁶⁷ ou encore la société Google ayant reproduit sur le site *Google Images* une photographie sans indiquer le nom de son auteur¹⁶⁶⁸. En revanche, l'internaute ayant mis en ligne un film en indiquant qu'il « présentait » cette œuvre n'a pas été condamné pour atteinte au droit de paternité dans la mesure où le générique du film diffusé sur Internet faisait mention du réalisateur, et qu'il ne pouvait exister aucune confusion avec la mention du pseudonyme de l'internaute¹⁶⁶⁹.

En ce qui concerne les modalités de la mention du nom de l'auteur sur Internet, trois décisions permettent d'apporter des précisions. La première¹⁶⁷⁰ indique que le renvoi effectué sur un site web au magazine d'où sont extraites des photographies reproduites ne satisfait pas au droit de paternité. La deuxième¹⁶⁷¹ condamne pareillement le renvoi, au moyen d'un lien hypertexte, à un autre site sur lequel est mentionné le nom des auteurs de photographies, au motif que ce procédé technique ne respecte pas le droit à la paternité des auteurs dès lors qu'il « oblige l'internaute à se diriger vers le site d'un tiers ». La troisième¹⁶⁷², quant à elle, valide en revanche la mention du nom de l'auteur d'un cliché par le biais d'une « infobulle », c'est-à-dire dans un encadré qui apparaît lorsque le curseur de l'ordinateur se déplace sur le cliché photographique.

En raison du caractère d'ordre public du droit à la paternité, les tribunaux ont déclaré illicite la clause d'aliénation du droit de paternité

stipulée par un hébergeur, au motif qu'elle porte atteinte au droit moral des auteurs publiant un contenu sur son site ¹⁶⁷³.

4. Le droit au respect de l'œuvre

417 Le droit au respect de l'œuvre, prévu à l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, est celui des droits moraux qui suscite le plus grand contentieux. Il interdit de porter atteinte à l'œuvre, que cette atteinte soit physique ou matérielle.

418 *Atteinte physique* ◇ L'usage des nouvelles technologies est particulièrement susceptible de venir altérer les œuvres. En effet, les procédés relatifs à la numérisation et à la mise en ligne des œuvres ont nécessairement un impact sur leur qualité d'origine. Or, comme l'a indiqué la Cour de cassation, « le respect dû à l'œuvre en interdit toute altération ou modification, quelle qu'en soit l'importance » ¹⁶⁷⁴. La jurisprudence récente regorge de décisions des juges du fond ayant constaté une atteinte à l'intégrité des œuvres du fait d'opérations de numérisation :

- en matière de livres, l'atteinte peut résulter de la numérisation et de l'affichage sur Internet d'extraits sous la forme tronquée et aléatoire de bandeaux de papier déchirés ¹⁶⁷⁵ ;

- en matière d'images, il peut s'agir de la reproduction d'une photographie sous forme de « vignette » recadrée, ne permettant qu'une visualisation de mauvaise qualité en raison notamment de la taille du cliché ¹⁶⁷⁶ ; ou du recentrage d'une photographie, quand bien même il aurait été réalisé « pour des nécessités techniques de mise en page » ¹⁶⁷⁷ ;

- en matière d'œuvres musicales, l'atteinte peut résulter de l'exploitation de chansons sous forme de sonneries téléphoniques ¹⁶⁷⁸ ; dans une autre affaire, il a été jugé que la transformation de la bande sonore d'un film, à l'origine enregistrée dans un format stéréophonique à deux canaux, par son mixage dans un format numérique, avait altéré la version originale et définitive de la bande sonore et porté atteinte à la qualité de celle-ci, sans que le choix du format numérique puisse se justifier par des raisons techniques ¹⁶⁷⁹ ; dans un troisième arrêt, la cour d'appel de Paris a estimé que le fractionnement d'une chanson utilisée comme bande sonore d'un film portait atteinte au droit au respect de l'œuvre ¹⁶⁸⁰ ; il a également été jugé que la reprise, dans une chanson

interprétée par Janet Jackson, d'un *sample* d'Érik Satie dont la base harmonique avait été modifiée méconnaissait le droit au respect de l'œuvre première (ainsi que de son esprit) ¹⁶⁸¹ ; et enfin le droit au respect de l'œuvre était violé par l'insertion d'un fragment de 20 secondes d'une composition de 3 minutes dans un *medley* ou pot-pourri musical, dans la mesure où l'œuvre était amputée et altérée par un procédé de fondu-enchaîné ¹⁶⁸² ;

– en matière d'œuvres audiovisuelles, enfin, l'atteinte peut résulter du mode de diffusion en *streaming* d'un film ne permettant qu'une visualisation de mauvaise qualité, du fait notamment d'un cadre très réduit, inadapté pour un film de long-métrage, et de l'effet saccadé, ainsi que du découpage de ce film en deux parties troublant son unité ¹⁶⁸³ ; il en va de même pour la réduction de la durée d'un film mis en ligne, qui porte également atteinte à l'intégrité de l'œuvre ¹⁶⁸⁴.

À côté de ces procédés de numérisation, d'autres techniques portent tout autant atteinte à l'intégrité physique des œuvres : par exemple, la technique du *morphing*, consistant à créer des images ou des mélodies virtuelles à partir d'œuvres « déformées », ou bien encore la superposition numérique d'œuvres (ou d'interprétations) aboutissant à des « duos » virtuels. En somme, toutes les opérations visant à produire une œuvre nouvelle à partir d'œuvres existantes portent atteinte au droit moral des auteurs des œuvres premières, dès lors que celles-ci se trouvent altérées. Ainsi en est-il, par exemple, de l'insertion dans des œuvres audiovisuelles karaoké de compositions musicales, dès lors que la musique est dissociée de la voix de l'artiste-interprète, laquelle n'est pas reproduite, et synchronisée avec un texte fragmenté ¹⁶⁸⁵.

Pour autant, le droit au respect ne doit pas conduire à faire sanctionner les procédés que l'adaptation des œuvres à l'univers numérique rend strictement nécessaires (notamment l'utilisation de bandeaux, de lucarnes et d'incrustations visant à permettre la navigation sur Internet ¹⁶⁸⁶).

419 *Atteinte à l'esprit de l'œuvre* ◇ Au-delà de sa simple intégrité physique, l'œuvre doit également être respectée dans son esprit. L'atteinte est ainsi constituée dès lors que l'œuvre est exploitée – fût-ce sans altération matérielle – dans un contexte qui dégrade ou déconsidère l'œuvre d'origine. Quelques exemples illustrent ce propos :

– en matière littéraire, il a été jugé que la transformation, dans une

œuvre audiovisuelle, du personnage d'*Angélique, Marquise des Anges*, héroïne romantique, en une « esclave sexuelle », dépréciait l'œuvre originale ¹⁶⁸⁷ ; et que la reproduction de vignettes du personnage de Tintin, aux côtés d'illustrations à caractère érotique, portait gravement atteinte au droit au respect de l'œuvre originale ¹⁶⁸⁸ ;

– en matière musicale, la Cour de cassation a estimé que l'utilisation de la musique d'une chanson à des fins publicitaires (y compris par l'auteur lui-même de la musique) portait atteinte à l'œuvre commune, dès lors que l'exploitation publicitaire, agrémentée de paroles concernant le produit à promouvoir, galvaudait cette œuvre commune ¹⁶⁸⁹. Quant à l'insertion d'une composition musicale dans une compilation, elle ne porte pas, en soi, atteinte à l'esprit de l'œuvre ¹⁶⁹⁰ ; mais tel est le cas lorsque l'œuvre est reproduite avec une qualité sonore d'une grande médiocrité, au sein d'une compilation vendue au prix dérisoire d'un euro, en grande surface, contexte étranger à la sphère artistique ¹⁶⁹¹ ;

– en matière picturale, il a été jugé que l'association de tableaux au commerce de spécialités charcutières, lequel n'a aucun rapport avec l'art pictural ni avec le sujet du tableau, portait atteinte à l'esprit de l'œuvre ¹⁶⁹².

Il est donc nécessaire que l'auteur de l'œuvre en cause prouve l'existence d'un préjudice ; l'atteinte au droit au respect de son œuvre ne saurait être constituée par la simple utilisation de l'œuvre dans un contexte étranger à celui d'origine. Cela est heureux car, dans l'environnement numérique, la coexistence d'œuvres est de plus en plus courante. Dans le cas d'œuvres dérivées (suites ¹⁶⁹³, adaptations), les tiers doivent également disposer d'une certaine marge de manœuvre créative. En ce sens, la Cour de cassation a rappelé que si la conclusion d'un contrat d'adaptation n'emporte aucune renonciation au droit au respect de l'œuvre, l'adaptation au cinéma d'une œuvre littéraire implique néanmoins qu'une certaine liberté soit reconnue à l'adaptateur, pourvu qu'il respecte l'esprit de l'œuvre préexistante ¹⁶⁹⁴.

B. Caractères des droits moraux

420 *Énoncé des caractères* ◇ L'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que les droits moraux de l'auteur sont attachés à sa personne et perpétuels, imprescriptibles et inaliénables.

421 ***Caractère personnel*** ◇ En tant que droits de la personnalité, les droits moraux traduisent le lien de filiation qui unit une œuvre à son auteur. Pour cette raison, ils sont attachés à l'auteur, personne physique à l'origine de l'œuvre – hormis dans le cas, déjà évoqué, de l'œuvre collective ¹⁶⁹⁵. En conséquence, si le cessionnaire des droits d'auteur peut agir au titre des droits patrimoniaux, il est en revanche irrecevable à invoquer une atteinte au droit moral ¹⁶⁹⁶.

Le caractère personnel des droits moraux étant d'ordre public ¹⁶⁹⁷, la titularité de ces droits ne peut davantage être attribuée par le biais d'un contrat désignant fictivement une personne comme auteur.

422 ***Caractère perpétuel et imprescriptible*** ◇ Les droits moraux ne s'éteignent jamais : après la mort de l'auteur, ils se transmettent à ses héritiers, et continuent de perdurer même après l'extinction des droits patrimoniaux et l'entrée de l'œuvre dans le domaine public qui en résulte.

Quant à leur caractère imprescriptible, il signifie qu'ils ne se prescrivent pas par le non-usage.

423 ***Caractère inaliénable*** ◇ Corollaire du caractère personnel des droits moraux, leur caractère inaliénable fait référence à leur indisponibilité : les droits moraux sont incessibles ¹⁶⁹⁸. Plus précisément, cette règle signifie que toute clause par laquelle un auteur renoncerait par avance à ses droits moraux est nulle. Dans le feuillet judiciaire « On va fluncher », la Cour de cassation a jugé que « l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder » ¹⁶⁹⁹, et que, dès lors, constitue une aliénation du droit au respect de l'œuvre un contrat par lequel l'auteur cède le droit d'exploiter directement ou indirectement l'œuvre musicale en dissociant paroles et musique, en fond sonore de films ou de toute représentation théâtrale, radiodiffusée, télévisée, publicitaire ou autre, avec possibilité corrélative d'ajouts à la partition et de modifications, même parodiques, du texte, ces diverses possibilités équivalant à une renonciation globale et anticipée illicite. Face à la résistance des juges du fond ¹⁷⁰⁰, qui avaient estimé qu'en acceptant expressément, par une clause précise et circonstanciée, que leur œuvre

soit utilisée à des fins publicitaires, et puisse être modifiée en conséquence dans toutes ses composantes, les auteurs n'ont pas aliéné par anticipation leur droit moral, mais l'ont exercé en définissant les limites de l'exploitation permise, la Cour de cassation a réitéré sa position absolue, en affirmant que « toute modification, quelle qu'en soit l'importance, apportée à une œuvre de l'esprit, porte atteinte au droit de son auteur au respect de celle-ci »¹⁷⁰¹.

Cette jurisprudence a pour conséquence, dans le domaine numérique, que seront considérées comme nulles en droit français les clauses par lesquelles les auteurs renonceraient à leur droit de paternité¹⁷⁰² ou au droit au respect des œuvres qu'ils publient sur Internet. Cela concerne notamment les licences de type *creative commons*, par lesquelles les auteurs acceptent de renoncer à certaines prérogatives de droit moral que leur confère le Code de la propriété intellectuelle. La conformité de ces licences au droit français est ainsi discutable ; ce point fait l'objet d'une étude dans le § 2 de cette Section¹⁷⁰³.

- 424** *Caractère discrétionnaire ?* ◇ Le caractère discrétionnaire des droits moraux n'est pas mentionné par la loi, mais certaines décisions ont posé la règle selon laquelle l'exercice, de son vivant, de ses droits patrimoniaux et moraux par l'auteur d'une œuvre originale revêt en principe un caractère discrétionnaire¹⁷⁰⁴. Toutefois, il est aujourd'hui admis que le droit moral est susceptible d'abus¹⁷⁰⁵, ce que sanctionnent les tribunaux¹⁷⁰⁶.

§ 2. Les droits patrimoniaux

- 425** *Un monopole délimité* ◇ La branche patrimoniale des droits des auteurs est constituée des prérogatives économiques¹⁷⁰⁷ que confère le Code de la propriété intellectuelle aux créateurs d'œuvres de l'esprit originales (ou, le cas échéant, aux autres personnes identifiées comme titulaires de droits). Il s'agit d'un monopole d'exploitation conféré par la loi (A), et encadré par un certain nombre d'exceptions (B).

A. Le monopole d'exploitation

- 426** *Contours du monopole* ◇ Le monopole d'exploitation se traduit par

des droits exclusifs (1), d'une durée limitée (2), susceptibles de faire l'objet de conventions (3).

1. Les droits exclusifs

427 *Énoncé des droits* ◇ L'article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction ». Ces droits, qui sont développés dans les paragraphes suivants, constituent le cœur du monopole d'exploitation de l'auteur.

S'y ajoutent d'autres prérogatives, issues du droit de l'Union européenne, qui ne concernent guère l'environnement numérique car elles portent sur les objets matériels supports des œuvres ; pour cette raison, elles ne feront pas l'objet de développements détaillés. Il s'agit :

- du droit de suite, prévu à l'article L. 122-8 du Code, qui permet à l'auteur d'une œuvre graphique ou plastique de percevoir un pourcentage du prix de chaque vente du support de l'œuvre ¹⁷⁰⁸ ;

- du droit de prêt, prévu à l'article L. 133-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui autorise l'auteur d'une œuvre de l'esprit ayant fait l'objet d'un contrat d'édition en vue de sa publication et de sa diffusion sous forme de livre à percevoir une rémunération ¹⁷⁰⁹ au titre du prêt d'exemplaires de cette édition par une bibliothèque accueillant du public ;

- du droit de location, issu de la directive du 19 novembre 1992, remplacée par la directive n° 2006/115 du 12 décembre 2006, reconnu par la jurisprudence française, qui permet à l'auteur de contrôler la location du support matériel de l'œuvre ¹⁷¹⁰.

428 *Droit de reproduction* ◇ Aux termes de l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle, la reproduction « consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». Elle peut s'effectuer « notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique ». Il s'évince de cette définition, à la formulation désormais quelque peu datée, que la reproduction implique l'utilisation d'un support intercalé entre l'œuvre et le public, lequel accédera à l'œuvre par l'intermédiaire de ce support. Si

l'article L. 122-3 visait à l'origine la reproduction dite « mécanique » sur un support matériel traditionnel (papier, disque...), le caractère non exhaustif de la disposition permet sans conteste d'y inclure la reproduction sur des supports numériques (CD-Rom ¹⁷¹¹, DVD, baladeurs numériques, *smartphones*, etc.) ainsi que sur des supports immatériels (Internet) – en dépit de l'expression « fixation matérielle ».

On perçoit d'emblée l'intérêt de la diffusion numérique des œuvres, synonyme d'un large accès pour le public. Ainsi en va-t-il, par exemple, de la constitution d'archives scientifiques ouvertes, garantes d'une diffusion étendue des travaux des chercheurs sur la toile ¹⁷¹². Dès lors que l'auteur consent à cette reproduction, la diffusion ne soulève pas de difficulté.

En revanche, lorsque l'auteur n'a pas autorisé la reproduction numérique de son œuvre, toute diffusion sur Internet est constitutive de contrefaçon. Le droit de reproduction est en effet synonyme pour l'auteur du droit d'autoriser (en la monnayant), ou au contraire d'interdire, la reproduction de son œuvre. Les tribunaux ont très tôt appliqué cette règle à la reproduction numérique : ainsi, dans le premier jugement relatif aux droits d'auteur sur Internet, le tribunal de grande instance de Paris a estimé que des étudiants qui avaient reproduit sur leurs pages personnelles le texte de chansons avaient porté atteinte au droit de reproduction des auteurs, estimant au passage que ces pages personnelles constituaient bien un espace public et non pas, comme le soutenaient les étudiants, un « domicile privé virtuel » ¹⁷¹³. De même la règle a-t-elle par la suite été appliquée à la reproduction en ligne d'œuvres originales aussi diverses que des poèmes ¹⁷¹⁴, des modèles de lettres de motivation ¹⁷¹⁵ et de *curriculum vitae* ¹⁷¹⁶, des bandes dessinées ¹⁷¹⁷, des œuvres d'art ¹⁷¹⁸, des photographies ¹⁷¹⁹, des œuvres audiovisuelles ¹⁷²⁰ ou encore des modèles ¹⁷²¹.

429 *Reproduction totale ou partielle* ♦ L'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle prohibe « toute reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit », ainsi que « la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque ».

La Cour de justice de l'Union européenne a apporté quelques précisions sur la notion de reproduction partielle d'une œuvre, en interprétant l'article 2 de la directive « Droits d'auteurs et droits voisins

dans la société de l'information », relative au droit de reproduction. Dans son arrêt *Infopaq* du 16 juillet 2009 ¹⁷²², elle a indiqué que le droit de reproduction devait avoir une portée large : en conséquence, « un acte effectué au cours d'un procédé d'acquisition de données, qui consiste à mettre en mémoire informatique un extrait d'une œuvre protégée composé de onze mots ainsi qu'à imprimer cet extrait, est susceptible de relever de la notion de reproduction partielle [...] si – ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier – les éléments ainsi repris sont l'expression de la création intellectuelle propre à leur auteur ».

430 *Modes de reproduction et droit de destination* ◇ En application du principe de destination des droits, dégagé par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ¹⁷²³ et de la Cour de cassation ¹⁷²⁴, l'auteur d'une œuvre peut contrôler l'usage des reproductions de son œuvre. Cela signifie que l'auteur peut interdire l'usage de certaines reproductions, et en autoriser d'autres. Le droit de reproduction se décline ainsi selon les modes d'exploitation de l'œuvre. Par exemple, un auteur peut céder le droit de reproduire son œuvre sur un livre, mais ne pas consentir à la reproduction numérique sur Internet. Chaque mode d'exploitation suppose ainsi une autorisation distincte, ce qui est conforme à l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, relatif aux contrats d'édition, qui dispose que « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». En somme, tous les droits qui ne sont pas cédés sont retenus par l'auteur.

431 *Droit de représentation* ◇ Seconde branche du droit exclusif d'exploitation, le droit de représentation est défini à l'article L. 122-2 Code de la propriété intellectuelle comme le droit d'autoriser,

« la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment :

1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ;

2° Par télédiffusion ».

Il est en outre précisé que la télédiffusion « s'entend de la diffusion

par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature ». Le Code de la propriété intellectuelle prévoit, conformément au droit de l'Union européenne, des dispositions spécifiques à la diffusion par câble et par satellite. À ce sujet, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que « le fournisseur de bouquet satellitaire est tenu d'obtenir une autorisation des titulaires de droits concernés pour son intervention dans des transmissions directe et indirecte de programmes télévisés » ¹⁷²⁵.

La représentation s'entend donc de l'exécution publique de l'œuvre, que sa transmission au public soit directe (représentation théâtrale, musicale) ou indirecte (télédiffusion et donc notamment diffusion sur Internet). De même que pour le droit de reproduction, les tribunaux ont admis très tôt que le droit de représentation s'appliquait sur Internet ¹⁷²⁶.

432 ***Droit de communication au public*** ◇ En réalité, la pertinence de la distinction traditionnelle entre reproduction et représentation est contestée dans l'environnement numérique. En effet, ces actes sont étroitement liés dans le contexte numérique : afin de représenter une œuvre sur Internet, il est nécessaire de la reproduire préalablement sur un serveur. Il devient dès lors difficile de déterminer si un acte de diffusion en ligne est constitutif d'une reproduction ou d'une représentation. C'est en ce sens que, dans le jugement précité ¹⁷²⁷, les juges ont interdit la « reproduction et/ou représentation totale ou partielle » d'une œuvre protégée sur Internet.

Devant cette difficulté a émergé la notion transversale de « communication au public » – point commun des articles L. 122-2 et L. 122-4 Code de la propriété intellectuelle –, qui supprime la distinction fondée sur le procédé par lequel le public a été mis en contact avec l'œuvre. Cette notion, sur le modèle du droit accordé aux artistes-interprètes par l'article L. 212-3 du Code de la propriété intellectuelle et sur l'article 3, § 1, de la directive « Droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information », est plus adaptée à l'environnement numérique, ainsi que le soulignait déjà le Conseil d'État dans son rapport intitulé « Internet et les réseaux numériques », en date du 2 juillet 1998.

433 ***Notion de communication au public : interprétation de la CJUE*** ◇ La « communication au public » est ainsi constituée dès lors qu'une œuvre est diffusée à un public. Le véritable critère de la

communication numérique est donc l'accès de ce public à l'œuvre. Il est important de préciser que la notion de public, entendue à l'origine comme un ensemble de personnes présentes en même temps au même endroit, a connu une extension sous l'influence des nouvelles technologies. C'est d'abord l'unité de lieu qui a été supprimée, à propos de la télédiffusion simultanée d'œuvres dans des chambres d'hôtel : la Cour de cassation a décidé que « l'ensemble des clients d'un hôtel, bien que chacun occupe à titre privé une chambre individuelle, constitue un public »¹⁷²⁸. Cette jurisprudence a été adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁷²⁹, à son tour citée par les juges français du fond¹⁷³⁰ et la Cour de cassation¹⁷³¹. Il est désormais bien acquis que la communication au public est constituée par la distribution d'un signal au moyen d'appareils de télévision par un établissement hôtelier aux clients installés dans les chambres de cet établissement, quelle que soit la technique de transmission du signal utilisée. La notion de « communication au public » doit donc être entendue au sens large, le « public » visant un nombre indéterminé de spectateurs potentiels, peu important qu'ils soient réunis. Le caractère public ou privé de l'endroit où a lieu la communication est sans incidence, dès lors que chaque personne peut avoir accès à l'œuvre diffusée de l'endroit où elle se trouve. En conséquence, l'exploitant est tenu de recueillir l'autorisation des auteurs des œuvres diffusées et de verser les redevances y afférentes afin de pouvoir procéder à la transmission des œuvres. Dans une ordonnance du 18 mars 2010, la Cour de justice de l'Union européenne a réitéré ces principes, en précisant qu'il suffit que l'hôtelier installe des appareils de télévision aptes à capter les émissions pour qu'il se livre à un acte de communication au public¹⁷³². De même pour un établissement thermal qui installe des téléviseurs dans les chambres des curistes¹⁷³³.

434 *Critère du public nouveau* ◇ En définitive, le critère permettant de déterminer s'il est nécessaire d'obtenir l'autorisation de l'auteur pour la diffusion de son œuvre est celui de la communication à un « public nouveau », distinct de celui pour lequel l'auteur a pu déjà donner son consentement. Ainsi, par exemple, l'autorisation donnée pour la télédiffusion aux usagers directs, c'est-à-dire ceux qui captent les programmes à l'aide de leur télévision, individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, ne vaut pas pour la diffusion à la clientèle d'un hôtel¹⁷³⁴ ou d'un *pub*¹⁷³⁵, car ces clients constituent un public

supplémentaire qui n'a pas été pris en considération par les auteurs lors de l'autorisation de la diffusion de leurs œuvres. De même, l'autorisation accordée pour la diffusion primaire d'œuvres par un organisme de radiodiffusion ne s'applique pas à la diffusion par un bouquet satellitaire, car l'œuvre est alors communiquée à un public nouveau ¹⁷³⁶.

435 *Communication au public et Internet* ◇ La communication au public par la voie de représentations « traditionnelles » impliquait aussi une unité de temps. Or, afin d'appliquer le droit de communication au public à l'environnement numérique, il est nécessaire de la faire également disparaître, et d'admettre que puissent constituer un public les internautes ayant accès, chez eux, au moment de leur choix, à des contenus numériques (sur Internet ou par voie de vidéo ou télévision à la demande). Rien dans l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle n'interdit de le faire. Bien plus, l'article 3 § 1 de la directive « Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information » impose aux États membres de prévoir « pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». Ainsi la communication d'œuvres au public par Internet (mais également par téléphone, le cas échéant, comme dans le cas de la diffusion d'une musique d'attente ¹⁷³⁷) relève-t-elle du droit exclusif des auteurs. Ce n'est que si les œuvres sont communiquées à une personne déterminée (par exemple, en tant que pièce jointe à un courriel ¹⁷³⁸, ou encore par le biais d'un lien vers un site hébergeur sur lequel l'accès au fichier est protégé par un mot de passe) que la communication sera privée, et échappera au droit exclusif des auteurs. Encore faut-il qu'il s'agisse véritablement d'un cadre privé. Ainsi la cour d'appel de Paris a-t-elle précisé que l'exploitant d'une base de données en ligne qui envoie des reproductions d'œuvres d'art à ses abonnés sur demande ne saurait se prévaloir de l'existence de correspondances privées, dès lors qu'il « agit en qualité de prestataire d'un service contractuellement lié au public particulier que constitue la masse de ses abonnés, fût-ce au moyen de courriels adressés à des personnes physiques ou morales sollicitant personnellement ses services dans le cadre de cette convention » ¹⁷³⁹.

La Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs expressément

indiqué que « la notion de “communication au public”, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive n° 2001/29 [...], couvre une retransmission des œuvres incluses dans une radiodiffusion télévisuelle terrestre qui est effectuée par un organisme autre que le radiodiffuseur original, au moyen d'un flux Internet mis à disposition des abonnés de cet organisme qui peuvent recevoir cette retransmission en se connectant au serveur de celui-ci, bien que ces abonnés se trouvent dans la zone de réception de ladite radiodiffusion télévisuelle terrestre et puissent recevoir légalement celle-ci sur un récepteur de télévision » ¹⁷⁴⁰.

436 *Harmonisation limitée à la communication indirecte à la demande* ◇ Dans deux arrêts rendus en 2011 et 2012, la Cour de justice de l'Union européenne a fortement limité la portée de l'article 3 de la directive « Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information », et donc de l'interprétation harmonisée qu'elle en a donnée.

En premier lieu, dans un arrêt en date du 24 novembre 2011 ¹⁷⁴¹, la Cour a opéré une interprétation restrictive de cette disposition, en indiquant qu'elle ne s'applique pas aux formes « traditionnelles » de communication. Cela signifie que l'obligation de prévoir un droit exclusif pour les auteurs n'est applicable qu'à la communication indirecte d'une œuvre au public, à l'exclusion de la communication « traditionnelle », directe, qui implique la présence du public à la représentation. La conséquence est que les États membres sont libres de déroger au droit exclusif de l'auteur en lui imposant, par exemple, une licence légale pour la communication directe de ses œuvres.

En second lieu, dans un arrêt du 15 mars 2012 ¹⁷⁴², la Cour de justice a estimé, en s'appuyant sur l'exposé des motifs de la directive en cause, que ce texte ne s'applique qu'aux seules « transmissions interactives à la demande », qui supposent un rôle actif de la part des utilisateurs finaux. Tel n'est pas le cas, par exemple, de la clientèle d'un cabinet médical ou d'un supermarché qui ne sélectionne pas la musique diffusée.

Ayant défini l'étendue du droit exclusif des auteurs, il convient à présent de l'appliquer à diverses formes d'exploitation numérique.

437 *La numérisation de livres : Google Books* ◇ Il est incontestable que la numérisation ou « scannérisation » d'œuvres écrites relève du droit exclusif de l'auteur ¹⁷⁴³. Selon les termes d'une ordonnance de référé

rendue en 1997 à propos de la numérisation par un internaute de poèmes de Raymond Queneau, « la numérisation d'une œuvre, technique consistant à traduire le signal analogique qu'elle constitue en un mode numérique ou binaire, qui représentera l'information dans un symbole à deux valeurs 0 et 1 dont l'unité est le Bit, constitue une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle lorsqu'il s'agit d'une œuvre originale, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droit »¹⁷⁴⁴.

Cette règle a été appliquée par le juge français à la société américaine Google, lancée depuis 2005 dans une gigantesque entreprise de numérisation et de référencement de plus de vingt millions de livres sur Internet, dénommée « *Google Books* »¹⁷⁴⁵. Des livres protégés par le droit d'auteur et des ouvrages tombés dans le domaine public, de plus de cent pays, ont ainsi été indifféremment numérisés sans autorisation. L'outil « Google recherche de livres » permettait aux utilisateurs d'accéder à la reproduction des couvertures de livres numérisées, ainsi qu'à des extraits apparaissant au terme d'une recherche par mots-clés. Le tribunal de grande instance de Paris a estimé, dans une décision remarquée¹⁷⁴⁶, que la numérisation de livres scannés constituait une reproduction des œuvres qui requérait une autorisation, peu important que cette numérisation ne reproduise pas « la forme intelligible des œuvres », dès lors qu'elle permettait de « communiquer l'œuvre au public de manière indirecte ». Au-delà de cette décision, le projet de bibliothèque numérique de Google a fait l'objet de nombreuses contestations. Aux États-Unis, une *class action* engagée par des auteurs et des éditeurs s'est soldée en 2008 par une transaction, le *Google Book settlement*¹⁷⁴⁷, qui imposait aux ayants droit soit d'accepter les conditions financières fixées par l'accord, soit de se retirer sans indemnité (système d'*opt-out*). Les éditeurs et auteurs européens, qui avaient jusqu'au 4 septembre 2009 pour se rallier à cet accord concernant les titres européens numérisés dans les bibliothèques américaines, ont refusé cette proposition, arguant de sa contrariété aux principes du droit d'auteur¹⁷⁴⁸.

Aux États-Unis même, le « *Google Book settlement* » a été contesté par le ministère de la Justice, qui a demandé à la Cour fédérale de New York de ne pas le valider au motif de sa contrariété au droit d'auteur et au droit de la concurrence. Dans sa décision du 22 mars 2011¹⁷⁴⁹, le Juge Chin a refusé d'homologuer cet accord, estimant qu'il n'était ni équitable, ni proportionné, ni raisonnable. En particulier, il a considéré que la transaction conférait à Google un avantage excessif sur ses concurrents potentiels en matière de numérisation de livres (Amazon, Microsoft...),

que le système d'*opt-out*, en vertu duquel les auteurs étaient censés avoir accepté l'accord à défaut de refus exprès, était contraire aux règles du *copyright*, et que l'accord ne pouvait pas être opposable aux titulaires de droits étrangers. En conséquence, l'affaire s'est poursuivie sur le terrain judiciaire, devant le même juge. Ce dernier a, par une décision du 14 novembre 2013 ¹⁷⁵⁰, estimé que la numérisation et la publication d'extraits de livres par Google pouvait relever de l'exception de *fair use* prévue par le droit américain.

Parallèlement, Google a conclu différents accords avec plusieurs éditeurs français, puis avec le Syndicat national de l'édition et la Société des gens de lettres, avant de signer un accord avec l'association des éditeurs américains le 4 octobre 2012 ¹⁷⁵¹.

438 *Les bibliothèques numériques en Europe* ◇ L'affaire *Google Books* a mis en lumière la nécessité d'une réponse harmonisée en Europe, afin d'éviter que, sous l'effet de réponses nationales différentes au projet de Google, le marché du livre numérique ne se fragmente. C'est d'ailleurs dans cette perspective que la Commission européenne a lancé en 2009 une consultation publique sur le projet européen de bibliothèque numérique, Europeana ¹⁷⁵². La différence entre Europeana et *Google Books* est que la première, qui compte quinze millions d'objets numériques (images, textes, sons et vidéos) n'archive pas les œuvres, mais sert seulement de catalogue de recherche, par le biais d'une mise en commun des ressources numériques des bibliothèques nationales, des archives et des musées des États membres. Les œuvres sont disponibles sur les sites des institutions nationales ayant numérisé les œuvres, telle que Gallica en France ¹⁷⁵³. Sur Gallica, les œuvres tombées dans le domaine public sont en accès libre. Quant aux œuvres protégées, numérisées avec l'accord des ayants droit, peuvent être affichées de courts extraits ainsi qu'une notice enrichie ; l'accès aux ouvrages s'opère par un renvoi aux sites d'e-distributeurs, qui proposent l'accès à la version intégrale du livre numérique, ayant obtenu l'accord préalable des ayants droit.

De façon pratique, les entreprises de constitution de bibliothèques numériques ¹⁷⁵⁴ supposent la conclusion d'accords collectifs entre les auteurs et éditeurs, d'une part, et les exploitants des bibliothèques en ligne, d'autre part ¹⁷⁵⁵.

439 *Œuvres orphelines et indisponibles* ◇ L'exploitation numérique des livres, notamment par le biais de bibliothèques numériques, pose une difficulté particulière dans l'hypothèse où pèsent des incertitudes sur l'identité des titulaires de droits sur les œuvres, ou bien dans celle où il s'avère très difficile d'obtenir leur autorisation. Comment faire en sorte, dans pareil cas, de concilier les intérêts des ayants droit et ceux du public ? Il s'agit là de la problématique des œuvres dites orphelines, soulevée par les exploitants de bibliothèques numériques, parmi lesquelles Google. Différents groupes de travail nationaux et transnationaux ont été constitués pour étudier la question, dont les enjeux sociétaux, juridiques et économiques sont considérables ¹⁷⁵⁶.

440 *Loi du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles* ◇ En France a été adoptée le 1^{er} mars 2012 une loi « relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle » ¹⁷⁵⁷. Elle a inséré dans le Code de la propriété intellectuelle un article L. 113-10, aux termes duquel « l'œuvre orpheline est une œuvre protégée et divulguée, dont le titulaire des droits ne peut pas être identifié ou retrouvé, malgré des recherches diligentes, avérées et sérieuses ». Il est précisé que « lorsqu'une œuvre a plus d'un titulaire de droits et que l'un de ces titulaires a été identifié et retrouvé, elle n'est pas considérée comme orpheline ». Néanmoins, la loi ne prévoit aucun régime juridique spécifique pour ces œuvres.

Elle se borne à traiter des « livres indisponibles » – ce que sont vraisemblablement la plupart des œuvres littéraires orphelines –, qu'elle définit à l'article L. 134-1 du Code de la propriété intellectuelle comme des livres publiés en France avant le 1^{er} janvier 2001 qui ne font plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur et qui ne font pas actuellement l'objet d'une publication sous une forme imprimée ou numérique.

Ces livres, répertoriés à l'aide d'une « base de données publique, mise à disposition en accès libre et gratuit par un service de communication au public en ligne », gérée par la Bibliothèque nationale de France, peuvent faire l'objet d'une exploitation sous forme numérique autorisée par une société de gestion collective spécialement créée à cet effet. L'autorisation est donnée à titre non exclusif et pour une durée limitée à cinq ans, renouvelable. L'exploitation numérique s'effectuera alors contre une rémunération répartie de façon « équitable » entre les auteurs

et les éditeurs. En outre, la loi accorde un droit de préférence à l'éditeur disposant du droit de reproduction du livre sous une forme imprimée : il se voit proposer par la société de gestion collective une autorisation d'exploitation numérique, à titre exclusif, d'une durée de dix ans (art. L. 134-5).

Les droits des auteurs, quant à eux, se voient protégés par une faculté d'*opt-out* du système de gestion collective : selon l'article L. 134-4, « l'auteur d'un livre indisponible ou l'éditeur disposant du droit de reproduction sous une forme imprimée de ce livre peut s'opposer à l'exercice du droit d'autorisation [par la société de gestion collective] au plus tard six mois après l'inscription du livre concerné dans la base de données ». En outre, après l'expiration de ce délai, l'auteur d'un livre indisponible peut s'opposer à l'exercice du droit de reproduction ou de représentation de ce livre s'il juge que la reproduction ou la représentation de ce livre est susceptible de nuire à son honneur ou à sa réputation ; ce droit est exercé sans indemnisation. Par ailleurs, l'article L. 134-6, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle, dispose que « l'auteur d'un livre indisponible peut décider à tout moment de retirer à la société de perception et de répartition des droits [...] le droit d'autoriser la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique s'il apporte la preuve qu'il est le seul titulaire des droits [d'exploitation numérique] ».

La loi du 1^{er} mars 2012, complétée par un décret d'application du 27 février 2013¹⁷⁵⁸, met ainsi en place un mécanisme complexe, dont on peut estimer qu'il porte une atteinte importante au droit des auteurs, qui ne peuvent échapper au système qu'à des conditions restrictives (soit en exerçant la faculté d'*opt-out*, pourtant critiquée par la France à propos de *Google Books*, soit en apportant la preuve – négative ! – de l'absence de cession des droits d'exploitation numérique). C'est d'ailleurs pour ces raisons que le Conseil d'État a accepté, le 19 décembre 2013¹⁷⁵⁹, de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité, accédant ce faisant à la demande de deux écrivains qui soulevaient la contrariété du dispositif au droit de propriété des auteurs. Par une décision du 28 février 2014¹⁷⁶⁰, le Conseil constitutionnel a rejeté ces griefs, aux motifs suivants : « Considérant que les dispositions contestées ont pour objet de permettre la conservation et la mise à disposition du public, sous forme numérique, des ouvrages indisponibles publiés en France avant le 1^{er} janvier 2001 qui ne sont pas encore tombés dans le domaine public, au moyen

d'une offre légale qui assure la rémunération des ayants droit ; qu'ainsi, ces dispositions poursuivent un but d'intérêt général ; [...] que les dispositions contestées n'affectent ni le droit de l'auteur au respect de son nom, ni son droit de divulgation, lequel, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, s'épuise par le premier usage qu'il en fait ; qu'elles sont également dépourvues d'effet sur le droit de l'auteur d'exploiter son œuvre sous d'autres formes que numérique ; [...] Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, d'une part, le régime de gestion collective applicable au droit de reproduction et de représentation sous forme numérique des "livres indisponibles" n'entraîne pas de privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ; que, d'autre part, l'encadrement des conditions dans lesquelles les titulaires de droits d'auteur jouissent de leurs droits de propriété intellectuelle sur ces ouvrages ne porte pas à ces droits une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ; que, par suite, les griefs tirés de l'atteinte au droit de propriété doivent être écartés ».

Dans l'attente de précisions jurisprudentielles quant aux modalités d'application de ce système, on peut se référer à l'accord-cadre conclu le 21 mars 2013 entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition ¹⁷⁶¹. Ce texte prévoit de redéfinir le contrat d'édition et son régime afin de l'adapter au livre numérique ¹⁷⁶², et prévoit de compléter le dispositif par l'adoption d'un code des usages, dont les principes devraient devenir loi et être insérés au Code de la propriété intellectuelle par voie d'ordonnance en 2014.

441 *Directive sur les œuvres orphelines* ◇ Le 25 octobre 2012 a été adoptée une directive sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines ¹⁷⁶³. Son objectif est de créer un cadre juridique facilitant la numérisation et la diffusion des œuvres et autres objets protégés par le droit d'auteur ou des droits voisins et dont le titulaire de droits n'a pu être identifié ou, bien qu'ayant été identifié, n'a pu être localisé. La directive prévoit un système d'accès transfrontière aux œuvres orphelines figurant dans les bibliothèques ou archives en ligne, administré par ces institutions, dès lors que ces œuvres sont utilisées dans l'exercice de leur mission d'intérêt public (ce qui exclut toute utilisation marchande). Ce système repose sur une reconnaissance mutuelle du statut d'œuvre orpheline (acquis à l'issue de « recherches diligentes ») qui déclenchera la possibilité de « mettre de telles œuvres

en ligne sans autorisation préalable, dans un but culturel ou éducatif, à moins que leur propriétaire ne mette fin à ce statut d'œuvre orpheline ». En revanche, l'utilisation des œuvres ne donne pas lieu à une rémunération. Seules peuvent être perçues par les institutions concernées des recettes ayant pour but exclusif de couvrir leurs frais liés à la numérisation et à la mise à disposition du public des œuvres orphelines.

La directive devant être transposée au plus tard le 29 octobre 2014, il sera intéressant de voir si le législateur français adoptera des dispositions spécifiques ou considérera que la question des œuvres orphelines est déjà régie par la loi du 1^{er} mars 2012, bien que cette dernière ne prévoie aucun régime pour ces œuvres.

442 ***Du livre numérisé au livre numérique*** ◇ L'exploitation du livre dans l'environnement numérique ¹⁷⁶⁴, d'abord opérée par la numérisation d'œuvres sur papier, s'effectue désormais de plus en plus sous forme de livres numériques, c'est-à-dire de livres directement conçus dans un format numérique. La loi du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique ¹⁷⁶⁵, quant à elle, définit cet objet comme « une œuvre de l'esprit créée par un ou plusieurs auteurs [...] à la fois commercialisée sous sa forme numérique et publiée sous forme imprimée ou [...], par son contenu et sa composition, susceptible d'être imprimée, à l'exception des éléments accessoires propres à l'édition numérique ». Ainsi défini, le livre numérique constitue un objet juridique nouveau, œuvre multimédia dont le régime soulève de multiples questions ¹⁷⁶⁶, notamment quant à son prix et à ses modes de rémunération.

Sur la question du prix, la loi du 26 mai 2011 oblige les éditeurs de livres situés en France à fixer le prix de vente au public des livres numériques qu'ils éditent, et oblige toutes les personnes proposant des offres de livres numériques aux acheteurs situés en France à s'y conformer. Il est précisé que le prix de vente au public « peut différer en fonction du contenu de l'offre et de ses modalités d'accès ou d'usage », ce que le décret d'application de la loi ¹⁷⁶⁷ a explicité en indiquant que :

- le contenu d'une offre peut être composé de tout ou partie d'un ou plusieurs livres numériques ainsi que de fonctionnalités associées ;
- les modalités d'accès au livre numérique s'entendent des conditions dans lesquelles un livre numérique est mis à disposition sur un support d'enregistrement amovible ou sur un réseau de communication au public

en ligne, notamment par téléchargement ou diffusion en flux (*streaming*) ;

– les modalités d'usage du livre numérique se rapportent notamment au caractère privé ou collectif de cet usage, à la durée de mise à disposition du livre numérique, à la faculté d'impression, de copie et de transfert du livre numérique sur divers supports de lecture.

Sur la question de la rémunération des auteurs, la loi du 26 mai 2011 a introduit à l'article L. 132-5 du Code de la propriété intellectuelle un alinéa selon lequel « le contrat d'édition garantit aux auteurs, lors de la commercialisation ou de la diffusion d'un livre numérique, que la rémunération résultant de l'exploitation de ce livre est juste et équitable. L'éditeur rend compte à l'auteur du calcul de cette rémunération de façon explicite et transparente ». La mise en œuvre de cette disposition soulève évidemment des interrogations que seul l'avenir pourra dissiper.

443 *Indexation des contenus de presse par les moteurs de recherche* ◇ En 2012, l'idée a été avancée, en Allemagne puis en France, de créer un nouveau droit au profit des organismes de presse ¹⁷⁶⁸. Il s'agissait de leur permettre de percevoir une rémunération en contrepartie de l'indexation de leurs contenus par les moteurs de recherche, au premier rang desquels le service *Google News*. La justification en était que les moteurs de recherche, en référençant les contenus de presse, captaient la valeur de ces contenus sans bourse délier. Qualifié de « droit voisin » par ses partisans, et de « taxe » par ses opposants ¹⁷⁶⁹, ce système a été abandonné, en France, au profit d'un accord conclu le 1^{er} février 2013 entre Google et les éditeurs de presse. Aux termes de cet accord a été créé un fonds pour l'innovation de la presse numérique doté de 60 millions d'euros par Google ¹⁷⁷⁰.

444 *Peer-to-peer et téléchargement* ◇ Le phénomène du *peer-to-peer* ¹⁷⁷¹ désigne l'échange de fichiers numériques (audio, vidéo, logiciels) par le biais de réseaux aujourd'hui décentralisés qui mettent en connexion directe des ordinateurs entre eux, sans qu'il existe de serveur central ¹⁷⁷². C'est précisément cette absence de serveur central qui pose des difficultés aux titulaires de droits : il est évidemment plus difficile de poursuivre les internautes échangeant les fichiers qu'il ne l'était d'agir contre les responsables de serveurs centraux tels que Napster, fermé en 2008 et depuis fusionné avec le service de *streaming* légal, Rhapsody.

Après avoir signé une charte anti-piraterie en juillet 2004, les représentants de l'édition phonographique ont engagé en grand nombre des actions contre les internautes ¹⁷⁷³, et les premières décisions ont été rendues au cours de l'année 2005. Les juges, confrontés au phénomène du *peer-to-peer*, ont analysé juridiquement la situation en distinguant l'*upload* et le *download*.

445 *Upload* ◇ L'*upload*, c'est-à-dire le téléchargement montant ou mise à disposition d'œuvres protégées, a rapidement été qualifié de reproduction (ou communication au public) relevant du droit exclusif de l'auteur. En effet, tout comme la mise en ligne d'œuvres protégées ¹⁷⁷⁴, l'*upload* facilite l'utilisation collective des reproductions. Cet acte ne soulève pas de difficultés, dans la mesure où les internautes ne peuvent s'abriter derrière aucune exception au droit d'auteur. Ainsi un enseignant a-t-il été condamné pour avoir mis à disposition du public, par le biais du logiciel DC ++, des milliers d'œuvres musicales : les juges ont considéré qu'il avait commis des actes de contrefaçon par édition ou reproduction d'œuvres de l'esprit au mépris des droits des auteurs ¹⁷⁷⁵. De même l'éditeur d'un site qui recensait des centaines de fichiers *torrent* permettant de télécharger des œuvres audiovisuelles a-t-il été jugé contrefacteur ¹⁷⁷⁶. D'autres décisions ¹⁷⁷⁷ ont également sanctionné la pratique du *peer-to-peer*, en indiquant que le téléchargement des fichiers s'effectuait « grâce à des logiciels d'échange peer-to-peer permettant d'accéder à des fichiers stockés par d'autres internautes, *sous réserve que dans le même temps ils mettent à disposition des autres internautes une partie de leurs fichiers* », ce qui constitue un téléchargement montant, qualifié de « mise à disposition par télédiffusion d'œuvres » constitutive du délit de contrefaçon. C'était ainsi, initialement, la seule émission d'œuvres qui se trouvait sanctionnée.

446 *Download* ◇ Le *download*, c'est-à-dire le téléchargement descendant ou réception d'œuvres, a soulevé au départ davantage de difficultés. Dans les premiers temps, les juges ont refusé de sanctionner le *download*, à moins que, pendant le temps du téléchargement, le fichier ait été proposé en téléchargement sur le réseau ¹⁷⁷⁸, ce qui revenait à ne sanctionner que l'*upload*. Ce refus de sanctionner le *download* se justifiait par l'application de l'exception de copie privée ¹⁷⁷⁹ au bénéfice des internautes ¹⁷⁸⁰.

Cette jurisprudence critiquable a rapidement été abandonnée : plusieurs des jugements rendus en 2005 ont été infirmés en 2007¹⁷⁸¹, au motif que l'exception de copie privée ne peut recevoir application au téléchargement par *peer-to-peer*, dans la mesure où les copies des œuvres ont été réalisées à partir de sources non autorisées par leurs auteurs respectifs et sans qu'aucune rémunération ne soit versée à ces derniers. En d'autres termes, l'illicéité de la source vicie la copie. La Cour de cassation a conforté ce raisonnement en 2006, en affirmant que « l'exception de copie privée [...] en ce qu'elle constitue une dérogation au monopole de l'auteur sur son œuvre, suppose, pour pouvoir être retenue, que sa source soit licite et nécessairement exempte de toute atteinte aux prérogatives des titulaires de droits sur l'œuvre concernée »¹⁷⁸². La loi du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée a consacré cette exigence, en modifiant en ce sens l'article L. 122-5, 2°, Code de la propriété intellectuelle. En application de ce raisonnement, la reproduction numérique de morceaux diffusés légalement (par exemple, sur une webradio) pourrait, elle, être qualifiée de copie privée, à condition toutefois de remplir les conditions d'application de l'exception¹⁷⁸³.

La question des sanctions des internautes téléchargeant des œuvres par le biais du *peer-to-peer* a depuis lors pris un nouveau jour avec l'adoption du dispositif HADOPI, qui est détaillé dans la Section 4 de ce Chapitre. Il n'en demeure pas moins que ce mécanisme n'est pas applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur¹⁷⁸⁴.

Par ailleurs, l'article L. 331-23 du Code de la propriété intellectuelle prévoit le développement de l'offre légale « des œuvres et des objets protégés par le droit d'auteur » sur les réseaux de communications électroniques, notamment à travers l'identification des offres légales comme c'est le cas par le biais du label PUR (Promotion des usages responsables) attribué par la HADOPI – label devenu en décembre 2013 « Offre légale HADOPI »¹⁷⁸⁵. Une initiative « Carte musique jeune » a ainsi vu le jour¹⁷⁸⁶, visant à encourager le téléchargement légal de musique sur Internet par les jeunes de 12-25 ans par la subvention de 50 % du prix de leurs achats.

447 *Logiciels de partage de fichiers* ◇ En raison des difficultés pratiques qu'ils rencontrent lorsqu'il s'agit d'identifier et de sanctionner les internautes qui téléchargent des œuvres protégées, les titulaires de

droits ont adopté une nouvelle approche, en envisageant une riposte contre les concepteurs de logiciels de *peer-to-peer*. L'idée est ainsi d'attaquer le phénomène à la source. Pour ce faire, les ayants droit s'appuient sur l'article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle, issu de la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, qui dispose qu'« est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait :

1° D'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés ;

2° D'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1° ».

Des actions ont ainsi été engagées contre les éditeurs des logiciels de *peer-to-peer* Vuze, Morpheus, Shareaza et Limewire en 2007. À titre préalable, ces sociétés américaines ont contesté la compétence du juge français. Par des ordonnances rendues en 2008 ¹⁷⁸⁷, elles se sont vu débouter ; elles ont décidé de faire appel de ces décisions, mais aucune décision au fond n'a été rendue, les instances s'étant périmées ¹⁷⁸⁸ ou conclues par des désistements ¹⁷⁸⁹.

La première décision ayant appliqué l'article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle est un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 3 septembre 2009 ¹⁷⁹⁰, confirmé par un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 22 mars 2011 ¹⁷⁹¹, contre lequel la Cour de cassation a rejeté un pourvoi le 25 septembre 2012 ¹⁷⁹². Il s'agissait d'un site proposant aux internautes de télécharger un logiciel dénommé Radioblogclub, qui permettait de diffuser sur Internet des fichiers musicaux sous la forme de *playlists* accessibles à tous. Les juges ont considéré que « le logiciel téléchargeable à partir de <radioblog.fr>, ayant pour unique vocation la mise à disposition des internautes de phonogrammes protégés, les usagers étant informés de la finalité du logiciel qu'ils téléchargeaient, doit être considéré, aux termes de l'article L. 335-4, alinéa 1, du Code de la propriété intellectuelle, comme étant manifestement destiné à la mise à disposition du public, non autorisée, d'œuvres protégées ». Cette décision est intéressante en ce qu'elle applique la disposition répressive non pas à un logiciel de *peer-to-peer*, mais à un logiciel de *streaming* ou téléchargement au fil de l'eau : selon les juges, « la référence, non exhaustive dans les travaux parlementaires précédant le vote du texte, [au téléchargement] n'excluait

pas que le texte s'appliquât à des moyens techniques différents aboutissant cependant aux mêmes résultats, comme le “streaming”, sans doute moins développé en 2005 ».

448 ***Streaming*** ◇ Le *streaming* consiste en le visionnage (ou l'écoute) d'un flux média numérique continu, sans téléchargement autre que la copie de quelques secondes de flux dans la mémoire tampon de l'ordinateur. L'accès à l'œuvre est ainsi possible de façon immédiate. De plus en plus, cette pratique tend à remplacer le téléchargement illégal ¹⁷⁹³. La situation de l'internaute qui met en ligne un contenu destiné à être ainsi regardé ne diffère pas de celle de l'internaute qui diffuse un fichier destiné à être téléchargé : l'un comme l'autre portent atteinte aux droits exclusifs des auteurs en communiquant l'œuvre au public sans autorisation. En revanche, plus délicate est la situation de l'internaute qui visionne une œuvre en *streaming* ¹⁷⁹⁴. Son cas est-il assimilable à celui de l'internaute auteur d'un *download* ? Non, car contrairement à ce dernier, celui qui visionne une œuvre n'en fait pas de reproduction. Il n'en fait pas non plus de représentation : la représentation ou communication au public a déjà été effectuée au moment de la mise en ligne de l'œuvre ¹⁷⁹⁵. Une décision a estimé néanmoins, à propos d'images pédopornographiques, que le seul fait de regarder des images provenant de la commission d'une infraction constituait en lui-même un recel ¹⁷⁹⁶. Cette jurisprudence pourrait être transposée au visionnage d'œuvres en *streaming*. En effet, l'article 321-1 du Code pénal définit le recel comme « le fait de dissimuler, de détenir [...] une chose en sachant qu'elle provient d'un délit », ou comme « le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit ». Cela peut s'appliquer au *streaming* : l'internaute qui visionne des œuvres détient la chose à travers le flux de données provisoirement stockées dans la mémoire de son ordinateur, et, surtout, il bénéficie du produit de la communication au public. La bonne foi est, en outre, difficilement soutenable dans le cas du *streaming*.

449 ***Webradios*** ◇ Les webradios sont des stations de radio diffusées sur Internet par le procédé du *streaming* ¹⁷⁹⁷. Elles peuvent procéder à des actes de *webcasting* (diffusion exclusivement sur Internet) ou de *simulcasting* (diffusion simultanée sur le réseau hertzien et sur Internet). Dans les deux cas, en tant qu'elles communiquent des œuvres musicales

au public sur Internet, elles doivent obtenir l'autorisation des titulaires de droits, ce qui s'effectue à travers des accords passés avec les sociétés de gestion collective ¹⁷⁹⁸. Le mécanisme est d'autant plus contraignant que le système de la licence légale – dont il sera question à propos des droits voisins ¹⁷⁹⁹ –, qui s'applique aux radios hertziennes, n'est pour l'instant pas appliqué aux webradios, lesquelles restent soumises aux droits exclusifs ¹⁸⁰⁰.

450 ***Magnétoscopes numériques*** ◇ Des logiciels sont apparus sur la toile qui permettent d'enregistrer sur un ordinateur une copie numérique des programmes diffusés en *streaming*, contournant ainsi l'impossibilité de télécharger ces œuvres. Certains de ces logiciels, comme *Stationripper*, disponible gratuitement, permettent aux internautes d'enregistrer directement sur leur ordinateur les flux de webradios sous forme de fichiers mp3 ¹⁸⁰¹. D'autres permettent d'accéder à l'enregistrement de programmes vidéo diffusés sur la TNT. Tel était le cas du logiciel *iWizz*, qui procurait aux internautes, sur demande de leur part sur le site Wizzgo, une copie numérique des programmes diffusés sur les chaînes M6 et W9. Ces logiciels ne sont-ils que de simples outils comparables aux magnétoscopes analogiques qui permettaient d'obtenir une copie des programmes diffusés à la télévision, ou doivent-ils être considérés comme illicites en tant que portant atteinte aux droits exclusifs sur les œuvres ? Dans une décision du 25 novembre 2008 ¹⁸⁰², confirmée en appel ¹⁸⁰³, le tribunal de grande instance de Paris a estimé que la société Wizzgo, en proposant un service qui permettait d'obtenir des enregistrements des programmes de télévision, avait commis des actes de contrefaçon en reproduisant et en communiquant au public, sans autorisation, des programmes protégés. Il en a conclu que ce logiciel ou service permettant d'enregistrer de manière numérique des programmes télévisés était « manifestement illicite », la société Wizzgo ne pouvant par ailleurs se prévaloir d'aucune exception au droit d'auteur. Ce jugement rejoint des décisions antérieures ¹⁸⁰⁴ ayant estimé que des intermédiaires ayant fourni les moyens de copier des œuvres (photocopieuses, graveurs de CD...) devaient être considérés comme les véritables copistes contrefacteurs.

La portée de cette décision doit toutefois être relativisée, dans la mesure où le logiciel en cause diffère d'un simple magnétoscope en ce qu'il ne permet pas aux internautes de faire eux-mêmes leur propre copie

des programmes. Il s'agit d'un mécanisme par l'intermédiaire duquel les internautes accèdent à la copie, réalisée quant à elle par *iWizz*. C'est donc Wizzgo qui copie les œuvres et les communique au public. Pour cette raison, on peut penser que la solution serait différente s'agissant d'un logiciel comme *Stationripper*, véritable magnétoscope numérique comparable aux magnétoscopes de salon, car alors les copistes sont les internautes eux-mêmes, et ils pourraient bénéficier de l'exception de copie privée. Toutefois, dès lors que la conception d'un tel logiciel suppose le contournement des mesures techniques de protection des œuvres mises en place par les diffuseurs, l'infraction définie à l'article L. 335-3-1 du Code de la propriété intellectuelle est constituée ¹⁸⁰⁵.

451 ***Liens hypertexte*** ◇ Les liens hypertexte se définissent comme des références actives, appelées pointeurs, le plus souvent constituées de mots ou d'expressions, qui, lorsqu'elles sont activées par un clic, affichent une page de destination située sur un site cible ¹⁸⁰⁶. Ces liens établissent ainsi des passerelles entre les sites, en permettant aux internautes de naviguer d'une page à une autre sans avoir besoin de saisir les URL correspondantes. Il existe des liens dits simples, qui renvoient à la page d'accueil du site cible, et des liens dits profonds, qui conduisent aux pages intérieures du site lié. Le Code de la propriété intellectuelle étant muet sur la licéité des liens hypertexte, il convient de se tourner vers la jurisprudence. Les tribunaux français ont affirmé de manière constante le principe de la liberté de lier sur Internet, au motif que « la raison d'être d'Internet et ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que des liens hypertexte et intersites puissent être effectués librement » ¹⁸⁰⁷. Pour cette raison, le seul fait d'établir un lien vers un autre site n'est pas, en soi ¹⁸⁰⁸, contrefaisant – à moins que le lien lui-même ne reproduise, sans autorisation, un objet protégé par le droit de la propriété intellectuelle, et notamment une marque ¹⁸⁰⁹.

En réalité, deux cas de figure doivent être distingués en jurisprudence, selon que le lien pointe vers des contenus licites ou des contenus illicites.

Dans le premier cas, le lien n'est pas contrefaisant, peu important qu'il s'agisse d'un lien simple ou d'un lien profond : selon les tribunaux, « il n'existe aucune obligation légale de ne proposer que des liens hypertextes dirigeant l'internaute vers la page d'accueil » ¹⁸¹⁰. Les juges

ont précisé que l'usage d'un lien hypertexte ne constitue pas une communication au public des œuvres du site cible, mais une simple « mise à disposition »¹⁸¹¹ des liens permettant au public de les visionner, la représentation s'effectuant sur le site cible. Dans une affaire *www.tv-replay.fr*, les juges ont pareillement considéré que le fait de renvoyer les internautes vers une fenêtre de visionnage d'une émission de télévision du site M6 ne constituait pas une représentation de ces programmes, mais une simple « mise à disposition »¹⁸¹² des contenus. Cette dernière décision peut, à première vue, sembler contradictoire avec la décision *Wizzgo*. Il n'en est rien, dans la mesure où Wizzgo effectuait bien une copie et une communication au public des œuvres, tandis que le service de *catch-up TV* ne fait qu'indiquer le chemin vers les sites des chaînes concernées.

Qu'en est-il, en revanche, lorsque les liens hypertexte renvoient vers des contenus diffusés en violation du droit d'auteur, telles que des chansons ou films piratés ?¹⁸¹³ Certaines décisions ont estimé que ces liens étaient constitutifs de contrefaçon, au motif qu'« en reproduisant, en diffusant et en mettant à la disposition des utilisateurs du réseau Internet [par des liens hypertextes] des phonogrammes numérisés sans l'autorisation des cessionnaires des droits de reproduction », les auteurs des liens avaient porté atteinte au droit de communiquer les œuvres au public¹⁸¹⁴. Ces décisions sont toutefois difficilement compatibles avec celles relatives aux liens jugés licites : pourquoi les liens vers des contenus illicites seraient-ils constitutifs de communication au public alors que les liens vers des contenus licites ne le seraient pas ? Qui plus est, on peine à justifier la distinction entre « communication au public » et simple « mise à disposition », d'autant plus que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne affirme clairement que pour qu'un acte de communication au public soit caractérisé, il suffit qu'une œuvre soit « mise à la disposition d'un public » de sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir accès sans qu'il soit déterminant qu'elles utilisent ou non cette possibilité¹⁸¹⁵. Il serait donc plus logique de considérer, comme l'ont fait certains arrêts, que la mise à disposition de liens vers des contenus illicites constitue une fourniture de moyens¹⁸¹⁶ caractérisant la complicité de contrefaçon¹⁸¹⁷. Encore faut-il que la connaissance de l'illicéité soit établie¹⁸¹⁸, et que des téléchargements aient effectivement lieu¹⁸¹⁹.

Ces débats prennent un tour nouveau à la lecture de l'important arrêt *Svensson*¹⁸²⁰ rendu le 13 février 2014 par la Cour de justice de l'Union

européenne. Dans cette décision très attendue, la Cour, au terme d'un raisonnement technique, s'est prononcée en faveur de la licéité des liens hypertexte. Elle a d'abord indiqué que le fait de fournir des liens cliquables vers des œuvres protégées devait être qualifié de « mise à disposition » et, par conséquent, d'« acte de communication » au sens de l'article 3 de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information – ce qui invalide la justification de la jurisprudence française antérieure. Néanmoins, selon la Cour de justice, les liens hypertexte ne contreviennent pas – en principe – aux droits exclusifs car, « pour relever de la notion de “communication au public”, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, encore faut-il qu'une communication [...] soit adressée à un public nouveau, c'est-à-dire à un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public »¹⁸²¹. Or, la Cour estime que « la mise à disposition des œuvres concernées au moyen d'un lien cliquable ne conduit pas à communiquer les œuvres en question à un public nouveau », dans la mesure où le public ciblé par la communication initiale était « l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné »¹⁸²², c'est-à-dire en réalité tous les internautes. Ce dernier point est sans doute discutable, car on pourrait aussi estimer que tous les sites web ne ciblent pas le même public. Néanmoins, la Cour conclut de ce qui précède que « faute de public nouveau, l'autorisation des titulaires du droit d'auteur ne s'impose pas » pour les liens hypertexte. Ainsi consacre-t-elle le principe de la licéité des liens hypertexte, éléments essentiels sur Internet. Ce principe s'impose avec d'autant plus de force dans l'Union européenne que la Cour de justice exclut la possibilité pour les États membres « de protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations »¹⁸²³ que celles ainsi définies.

L'arrêt *Svensson* pose toutefois une limite à ce principe. En effet, selon la Cour de justice, « dans l'hypothèse où un lien cliquable permet aux utilisateurs du site sur lequel ce lien se trouve de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés et, ainsi, constitue une intervention sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées, il y a lieu de considérer l'ensemble de ces utilisateurs comme un public nouveau, qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la

communication initiale de sorte que l'autorisation des titulaires s'impose à une telle communication au public. Tel est le cas, notamment, lorsque l'œuvre n'est plus à disposition du public sur le site sur lequel elle a été communiquée initialement ou qu'elle l'est désormais sur ce site uniquement pour un public restreint, alors qu'elle est accessible sur un autre site Internet sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur » ¹⁸²⁴. En d'autres termes, les liens hypertexte vers des contenus protégés relèvent, eux, du monopole des titulaires de droits d'auteur.

452 *Moteurs de recherche* ◇ Les moteurs de recherche fournissent de nombreux liens hypertexte. Certains sont commerciaux, ce qui soulève des questions liées au droit des marques, lesquelles sont étudiées dans le Titre 2 de cette Partie. D'autres liens peuvent renvoyer vers des sites où sont diffusées illégalement des œuvres protégées. À ce sujet, une décision rendue par la cour d'appel de Paris relativement au moteur « *Google Suggest* » a indiqué que les suggestions du moteur de recherche faisant apparaître les termes « *torrent* », « *rapidshare* » ou « *megaupload* » lorsqu'un internaute tape le nom d'un artiste ou d'un album ne portent pas atteinte aux droits d'auteur, « dès lors que, d'une part, les fichiers figurant sur ces sites ne sont pas tous nécessairement destinés à procéder à des téléchargements illégaux, et que, d'autre part, la suggestion automatique de ces sites ne peut générer une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin que si l'internaute se rend sur le site suggéré et télécharge un phonogramme protégé et figurant en fichier sur ces sites » ¹⁸²⁵. En d'autres termes, selon les juges du fond, la société Google ne peut être tenue pour responsable du contenu éventuellement illicite des fichiers échangés figurant sur les sites incriminés ni des actes des internautes recourant au moteur de recherche ; le téléchargement de tels fichiers suppose un acte volontaire de l'internaute dont la société Google ne peut être déclarée responsable. Mais cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation, qui a estimé que « le service de communication au public en ligne des sociétés Google orientait systématiquement les internautes, par l'apparition des mots-clés suggérés en fonction du nombre de requêtes, vers des sites comportant des enregistrements mis à la disposition du public sans l'autorisation des artistes interprètes ou des producteurs de phonogrammes, de sorte que ce service offrait les moyens de porter atteinte aux droits des auteurs ou aux droits voisins » ¹⁸²⁶.

Framing ◇ L'usage de liens hypertexte peut s'accompagner de *framing*, c'est-à-dire de l'affichage du site cible dans un cadre qui est celui du site d'origine. Cette pratique est susceptible de créer une confusion dans l'esprit de l'internaute qui a le sentiment de rester sur le site d'origine (titres, logos, menus, URL identiques) alors qu'en réalité il consulte des informations relevant d'un site tiers. Dans un jugement du 25 juin 2009 ¹⁸²⁷, le tribunal de grande instance de Paris a estimé que cette pratique était constitutive de contrefaçon, dans la mesure où elle consistait à reproduire sans autorisation un site web protégé : « en représentant sur le site Internet <pressvoyages.com> le site <voyanet.com> sans l'autorisation de la société titulaire des droits d'auteurs, la contrefaçon de l'œuvre est constituée ». En somme, le *framing* ferait basculer le lien hypertexte : de simple indication d'un chemin, il deviendrait véritable reproduction du site cible.

En revanche, selon un jugement du tribunal de grande instance de Nancy du 6 décembre 2010 ¹⁸²⁸, le *framing* ne porte pas atteinte au droit d'auteur lorsque l'on peut considérer que le lien hypertexte renvoie bien sur le site Internet distant, dans sa complète intégrité, à l'intérieur duquel l'internaute peut librement naviguer et pouvant être ouvert sans *frame* dans un nouvel onglet, nonobstant « la persistance de l'adresse URL du site d'origine dans la barre d'adresses du navigateur Internet et l'utilisation du *frame* ». En l'espèce, le lien hypertexte menait sur une page composée :

- d'un *frame* supérieur, en forme de bandeau recouvrant moins d'un cinquième de la page, comportant le logo du site d'origine (<dijonscope.fr>) ainsi que la mention « la page ci-dessous ne fait pas partie d[u site d'origine]. Adresse du lien externe (suit l'URL complète de la page concernée). Cliquez sur le logo dijonscope pour revenir au site » ;

- d'un *frame* inférieur, dans lequel s'ouvrait la page du site externe cible.

Toute la difficulté serait donc, d'après ces deux décisions, de déterminer si le *framing* cache la reproduction d'un site dans un autre ou ne fait que mener au site cible. Telle n'est cependant pas la position de la Cour de justice de l'Union européenne, qui n'est pas entrée, pour sa part, dans ces débats. En effet, dans son arrêt *Svensson* ¹⁸²⁹, la Cour a étendu le principe de licéité des liens hypertexte aux cas où « lorsque les internautes cliquent sur le lien en cause, l'œuvre apparaît en donnant

l'impression qu'elle est montrée depuis le site où se trouve ce lien, alors que cette œuvre provient en réalité d'un autre site »¹⁸³⁰. En d'autres termes, pour la Cour de justice, la pratique du *framing* sous toutes ses formes est licite – excepté lorsque le contenu du site cible est protégé¹⁸³¹.

En toute hypothèse, la conservation d'un cadre faisant référence au site d'origine est susceptible de constituer un acte de concurrence déloyale si la pratique génère un risque de confusion et altère le référencement du site cible par les moteurs de recherche, entraînant un détournement de clientèle¹⁸³².

- 454** *Phishing* ◇ Une dernière pratique courante sur Internet mérite d'être mentionnée ici. Il s'agit du *phishing*¹⁸³³, qui consiste à imiter, souvent dans un e-mail, la page d'accueil du site d'une institution ou d'une banque, afin de soutirer à l'internaute ses identifiants et codes. *A priori*, l'infraction intéresse peu le droit de la propriété intellectuelle, et a plus à voir avec l'escroquerie ou l'usurpation. Néanmoins, il est incontestable que la reproduction d'un site web ou d'un élément protégé par le droit de la propriété intellectuelle est constitutive de contrefaçon. C'est en ce sens qu'un jugement a retenu qu'un étudiant qui avait effectué sur son propre site la copie servile d'une des pages du site portail MSN dans le but d'inciter les clients de la société Microsoft à saisir, sur le site falsifié, un certain nombre de données à caractère personnel, avait commis une contrefaçon par reproduction et représentation d'une œuvre de l'esprit¹⁸³⁴.

2. La durée du monopole

- 455** *Principe* ◇ Contrairement aux droits moraux, qui sont perpétuels, les droits patrimoniaux sont limités dans le temps. L'article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « l'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ». La durée des droits patrimoniaux est donc de 70 ans *post mortem auctoris*, les droits se transmettant aux héritiers de l'auteur à son décès. À l'expiration de cette période, les œuvres tombent dans le domaine public, et peuvent être exploitées librement, sous réserve que soit respecté le droit moral.

Cette durée connaît des aménagements pour certaines catégories

particulières d'œuvres.

456 *Œuvres de collaboration et œuvres audiovisuelles* ◇ Pour ces œuvres, la durée est la même, mais la loi apporte des précisions quant au point de départ des soixante-dix ans. En vertu de l'article L. 123-2 du Code de la propriété intellectuelle, pour les œuvres de collaboration, l'année civile prise en considération est celle de la mort du dernier vivant des collaborateurs ; pour les œuvres audiovisuelles, l'année civile prise en considération est celle de la mort du dernier vivant des collaborateurs suivants : l'auteur du scénario, l'auteur du texte parlé, l'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre, le réalisateur principal.

Il faut noter, dans le même sens, que la directive n° 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011¹⁸³⁵, modifiant la directive n° 1006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, a inséré dans cette dernière une disposition prévoyant que « la durée de protection d'une composition musicale comportant des paroles prend fin soixante-dix ans après la mort du dernier survivant parmi les personnes suivantes, que ces personnes soient ou non désignées comme coauteurs : l'auteur des paroles et le compositeur de la composition musicale, à condition que les deux contributions aient été spécialement créées pour ladite composition musicale comportant des paroles ».

457 *Œuvres pseudonymes, anonymes et collectives* ◇ Selon l'article L. 123-3 du Code de la propriété intellectuelle, pour les œuvres pseudonymes, anonymes ou collectives, la durée du droit exclusif est de soixante-dix années à compter du 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle où l'œuvre a été publiée. La date de publication est déterminée par tout mode de preuve de droit commun, et notamment par le dépôt légal.

Les droits exclusifs ainsi délimités dans leur étendue et dans leur durée, il convient d'étudier l'exploitation conventionnelle qui peut en être faite.

3. L'exploitation conventionnelle des droits patrimoniaux

458 *Encadrement légal des contrats* ◇ Les contrats ayant pour objet l'exploitation des droits patrimoniaux sont des conventions par

lesquelles l'auteur cède ces droits à des tiers. En tant que contrats, ils sont naturellement soumis aux règles applicables du Code civil ¹⁸³⁶.

Plus spécifiques sont les règles posées aux articles L. 131-1 à L. 131-9 du Code de la propriété intellectuelle, applicables à tous les contrats portant sur l'exploitation des œuvres. Ces règles visent à offrir une forte protection à l'auteur contre son cocontractant. Parmi elles, on soulignera l'article L. 131-2, qui impose que les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle soient constatés par écrit. Naturellement, l'écrit peut prendre une forme électronique. La jurisprudence a interprété cette disposition comme une exigence *ad probationem* et non pas *ad validitatem* ¹⁸³⁷.

La loi prohibe la cession globale des œuvres futures (art. L. 131-1), sanctionnée par la nullité ¹⁸³⁸.

459 *Règle de délimitation des droits* ◇ Tout aussi essentielle est la règle posée à l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, déjà évoqué, selon lequel « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». Cette disposition impose une délimitation expresse des droits cédés, les droits qui ne seraient pas mentionnés étant conservés par l'auteur. La jurisprudence l'interprète strictement ¹⁸³⁹. Ainsi a-t-il été jugé, par exemple, que la cession du droit d'exploiter la pochette d'un disque dans le cadre de la vente en ligne du disque matériel n'emportait pas cession du droit d'exploiter « l'image virtuelle » de la pochette du disque dans le cadre du téléchargement de l'enregistrement ¹⁸⁴⁰, ou encore que la cession du droit de reproduire une œuvre sous forme de livre n'autorisait pas l'éditeur à republier l'œuvre sous forme de CD-Rom ¹⁸⁴¹.

Il est, dès lors, crucial de bien rédiger les contrats de cession afin d'éviter d'éventuelles actions en contrefaçon de l'auteur contre le cessionnaire. En particulier, les modes d'exploitation de l'œuvre doivent être soigneusement énumérés (reproduction ¹⁸⁴² sous forme de livre papier, de livre numérique, sur un site web ; représentation directe, indirecte...), de même que la destination de l'exploitation (scientifique, commerciale ¹⁸⁴³, publicitaire...). Dès lors qu'un mode d'exploitation n'a pas été prévu dans le contrat, le cessionnaire ne peut se livrer à cette

forme d'exploitation. La question s'est présentée à propos de l'exploitation numérique des œuvres, inconnue avant la fin du XX^e siècle : en application de l'article L. 131-3 du Code, la cour d'appel de Paris a ainsi condamné l'agence France Presse pour contrefaçon pour avoir reproduit des photographies sur son site web alors que les contrats conclus avec les journalistes auteurs des clichés n'avaient pas mentionné l'exploitation numérique ¹⁸⁴⁴. La lecture d'un arrêt rendu le 30 mai 2012 par la première chambre civile de la Cour de cassation ¹⁸⁴⁵ invite toutefois à nuancer l'affirmation de l'interprétation restrictive par les juges des droits cédés. En effet, dans cette affaire, similaire à la précédente, une agence de presse avait numérisé et diffusé des photographies sans l'autorisation de l'auteur, le contrat ne prévoyant ni la numérisation des œuvres, ni leur exploitation sur Internet. Alors que la cour d'appel avait fait une interprétation restrictive du contrat, la Cour de cassation affirme, au contraire, au visa des articles L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle mais également 1134 et 1135 du Code civil, qu'« il appartenait à la cour d'appel de rechercher si les exploitations litigieuses ne découlaient pas du mandat de commercialiser ces images et du besoin d'en permettre la visualisation par des acheteurs potentiels ». En d'autres termes, la référence à l'économie du contrat peut permettre d'inclure dans la cession des modes d'exploitation qui, bien que n'étant pas expressément prévus, sont conformes à la volonté des parties ou nécessaires à l'exploitation ¹⁸⁴⁶ selon les modes expressément prévus ¹⁸⁴⁷.

L'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle permet par ailleurs que soit stipulée une clause de cession du droit d'exploitation de l'œuvre sous une forme « non prévisible ou non prévue à la date du contrat », à condition qu'elle soit expresse et stipule « une participation corrélative aux profits d'exploitation ». Ainsi l'exploitation numérique pouvait-elle être couverte « par un contrat conclu à l'époque où seule l'exploitation analogique pouvait être envisagée si une telle clause y était insérée » ¹⁸⁴⁸. Par ailleurs, avant l'adoption de la loi du 11 mars 1957, la règle posée à l'article L. 131-6 n'existait pas. Ainsi les contrats conclus sous l'empire du régime antérieur pouvaient-ils licitement prévoir une cession pleine et entière des droits d'exploitation. Dès lors, il convient de considérer qu'en l'absence de réserve sur la portée de la cession, ces contrats emportent transfert des droits numériques, alors inconnus ¹⁸⁴⁹.

L'étendue territoriale de la cession doit être précisée. Ce point soulève une interrogation dans l'environnement numérique : qu'en est-il de

l'effectivité de la règle sur Internet, si dans tous les cas les œuvres mises en ligne sont accessibles partout dans le monde ? On peut répondre que la délimitation d'une zone d'exploitation doit permettre la mise en ligne des œuvres sur les sites destinés aux internautes des pays de ladite zone, la destination se déduisant notamment de la langue du site ¹⁸⁵⁰.

Quant à l'étendue temporelle de la cession, la jurisprudence autorise des clauses de cession pour toute la durée de la protection des œuvres.

460 *Rémunération de l'auteur* ◇ En contrepartie de la cession des droits d'exploitation, l'auteur se voit généralement offrir une rémunération, quoique l'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle autorise les cessions à titre gratuit ¹⁸⁵¹. En principe, la rémunération doit être proportionnelle « aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation » (art. L. 131-4). Ce principe s'applique aux œuvres exploitées sur des supports physiques comme aux œuvres exploitées sur Internet ; dans ce cas, la rémunération sera proportionnelle au prix du téléchargement de l'œuvre. À titre d'exception, l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle permet de fixer une rémunération forfaitaire dans certains cas, et notamment lorsque l'application de la règle de rémunération proportionnelle est impossible. En matière de livre numérique, la loi du 26 mai 2011, déjà mentionnée, a introduit à l'article L. 132-5 du Code de la propriété intellectuelle un alinéa selon lequel « le contrat d'édition garantit aux auteurs, lors de la commercialisation ou de la diffusion d'un livre numérique, que la rémunération résultant de l'exploitation de ce livre est juste et équitable » – ce qui reste à préciser concrètement.

461 *Exploitation des droits et abus de position dominante* ◇ L'exploitation des droits d'auteur (et des droits voisins) est en principe discrétionnaire, en tant que relevant du monopole des titulaires de droits. Mais l'exercice de ces droits peut, à certaines conditions, entrer en conflit avec le droit de la concurrence, et en particulier la prohibition des abus de position dominante édictée par l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article 420-2 du Code de la consommation.

C'est la Cour de justice de l'Union européenne qui, la première, a indiqué la nécessité d'articuler les droits exclusifs avec le droit de la concurrence. Dans un arrêt *Magill* ¹⁸⁵², rendu à propos d'une base de

données protégée par le droit d'auteur, la Cour a affirmé que l'exercice du droit exclusif par le titulaire pouvait, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif. En l'espèce, l'abus était constitué par le refus, par le titulaire des droits, de fournir les informations brutes contenues dans la base protégée, refus qui avait pour conséquence de faire obstacle à l'apparition d'un produit nouveau (un guide hebdomadaire des programmes de télévision) que le titulaire n'offrait pas, et pour lequel il existait une demande potentielle de la part des consommateurs. Ce raisonnement a été réitéré par les juridictions de l'Union européenne ¹⁸⁵³, toujours à propos de « biens informationnels » (bases de données et logiciels), soumis à une logique concurrentielle qui protège des investissements sur un marché ¹⁸⁵⁴. Les conditions de l'abus de position dominante en la matière font l'objet de développements plus substantiels dans le Chapitre 3 de ce Titre ¹⁸⁵⁵.

Les juridictions françaises ont appliqué ce raisonnement à de tels biens informationnels ¹⁸⁵⁶. En matière d'œuvres de l'esprit *stricto sensu*, il faut souligner une ordonnance de référé rendue le 5 septembre 2011 par le tribunal de grande instance de Paris ¹⁸⁵⁷. Dans cette décision, il a été jugé que la société Universal Music France avait abusé de sa position dominante en refusant à la société Blogmusik, qui exploitait le service de *streaming* gratuit Deezer, une licence sur son catalogue musical, faute pour Deezer d'accepter des conditions contractuelles limitant le nombre d'écoutes des internautes à cinq par titre. Cette décision est rare en ce qu'elle applique la notion d'abus de position dominante à des œuvres musicales – même si la qualification de « produit » de ces dernières est révélatrice de ce que « le vocabulaire du droit de la concurrence prend le pas sur celui du droit d'auteur » ¹⁸⁵⁸. Ainsi l'application du droit de la concurrence peut-elle venir limiter la liberté d'exploitation des droits des auteurs.

Par ailleurs, le droit de la concurrence trouve également à s'appliquer à l'exploitation des droits d'auteur par les sociétés de gestion collective ¹⁸⁵⁹.

462 **Contrats spéciaux** ◇ Outre les principes communs à tous les contrats, le Code de la propriété intellectuelle prévoit des règles spécifiques applicables aux différents contrats spéciaux du droit d'auteur (édition, représentation, production audiovisuelle, commande publicitaire, nantissement du droit d'exploitation des logiciels). L'étude détaillée de

ces différents contrats n'entre pas dans l'objet du présent ouvrage.

463 *Les « licences libres »* ◇ En revanche, il est utile de mentionner ici le cas des « licences libres », spécifiques à l'exploitation des droits d'auteur dans l'environnement numérique ¹⁸⁶⁰. Il s'agit d'un nouveau mode d'exploitation, issu d'une pratique relative aux logiciels, qui consiste à mettre son œuvre gratuitement à la disposition de la communauté des internautes. Le recours à ces « licences libres » est consacré par l'article L. 122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que « l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues ». L'objectif est de favoriser le partage et la diffusion des œuvres ainsi que la réalisation d'œuvres dérivées au sein d'une communauté. En ce sens, « le libre renverse la logique du droit d'auteur » ¹⁸⁶¹, car il fait disparaître toute idée de réservation. Tel est l'esprit des *Creative commons*, modèles contractuels nés à Stanford en 2001 ¹⁸⁶² et depuis révisés à plusieurs reprises ¹⁸⁶³, par lesquels les auteurs autorisent l'utilisation, la reproduction, la communication, et parfois la modification de leurs œuvres. Selon le site web de *Creative commons*, six licences gratuites sont proposées, qui permettent aux titulaires de droits d'auteur de mettre leurs œuvres à disposition du public à des conditions prédéfinies. « Chaque licence se différencie selon des options sélectionnées par l'auteur qui souhaite informer le public que certaines utilisations sont autorisées à l'avance, bien qu'elles soient interdites par défaut sous le régime du droit d'auteur. Ces licences sont désignées par leur nom et peuvent être communiquées graphiquement par les icônes représentant les différentes options choisies par l'auteur » ¹⁸⁶⁴. Les icônes se présentent comme suit ¹⁸⁶⁵ :



Attribution: Toutes les licences Creative Commons obligent ceux qui utilisent vos œuvres à vous créditer de la manière dont vous le demandez, sans pour autant suggérer que vous approuvez leur utilisation ou leur donner votre aval ou votre soutien.



Pas d'utilisation commerciale: Vous autorisez les autres à reproduire, à diffuser et (à moins que vous choisissiez 'Pas de Modification') à modifier votre œuvre, pour toute utilisation autre que commerciale, à moins qu'ils obtiennent votre autorisation au préalable.



Partage dans les mêmes conditions: Vous autorisez les autres à reproduire, diffuser et modifier votre œuvre, à condition qu'ils publient toute adaptation de votre œuvre sous les mêmes conditions que votre œuvre. Toute personne qui souhaiterait publier une adaptation sous d'autres conditions doit obtenir votre autorisation préalable.



Pas de modification: Vous autorisez la reproduction et la diffusion uniquement de l'original de votre œuvre. Si quelqu'un veut la modifier, il doit obtenir votre autorisation préalable.

Ainsi, la licence *Creative commons* utilisée par Wikipedia obéit au modèle « attribution + partage à l'identique ». Pour sa part, le site <Arteradio.com> utilise la licence « attribution + pas d'utilisation commerciale + partage à l'identique », ce qui permet aux internautes de télécharger, copier, graver et diffuser gratuitement les sons d'Arte Radio ¹⁸⁶⁶. Il existe encore d'autres licences libres, comme la licence « Art libre » ¹⁸⁶⁷, la licence « Musique libre » ¹⁸⁶⁸ ou la licence « IANG » ¹⁸⁶⁹.

464 *Validité des Creative commons : droit moral* ◇ Le recours à ces « licences » soulève un certain nombre de questions, en particulier s'agissant de leur validité au regard des règles impératives du Code de la propriété intellectuelle. Le site web de Creative commons précise bien que « les licences Creative Commons viennent en complément du droit applicable, elles ne se substituent pas au droit d'auteur ». Qu'en est-il précisément ? Si aucune décision n'a encore, en France, statué sur la validité des *Creative commons*, des juridictions belge, néerlandaise et

allemande ont eu l'occasion de reconnaître des effets juridiques à ces licences ¹⁸⁷⁰.

L'analyse révèle que la version française ¹⁸⁷¹ 3.0 des licences *Creative commons*, élaborée en français en 2004 sous la responsabilité du Centre d'études et de recherches de sciences administratives, a pris en compte les exigences du Code de la propriété intellectuelle. En conséquence, les licences *Creative commons* soulèvent en réalité moins de difficulté que certaines licences dites *copyleft*, utilisées en matière de logiciels, dont il sera question dans le Chapitre 3 de ce Titre. Les licences *Creative commons* respectent de façon générale les prescriptions du droit d'auteur français.

En effet, en matière de droit moral, toutes les licences imposent l'obligation d'indiquer le nom des auteurs (« attribution »), y compris le nom des auteurs des œuvres d'origine dans le cas d'œuvres dérivées. Le droit de divulgation est, quant à lui, respecté en ce que l'auteur conserve le contrôle du moment et des conditions de la divulgation de son œuvre, les licences ne restreignant pas ce droit. Il en va de même pour le droit de repentir et de retrait, garantis par l'article 7 des licences, selon lequel « l'Offrant se réserve à tout moment le droit d'exploiter l'Œuvre sous des conditions contractuelles différentes, ou d'en cesser la diffusion ». En revanche, la question du droit au respect de l'œuvre se pose dans les licences permettant aux internautes de modifier les œuvres. N'y a-t-il pas là une renonciation par avance au droit au respect, qui serait prohibée par la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisation, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder » ¹⁸⁷² ? Afin de résoudre la difficulté, il est nécessaire de considérer que le fait d'autoriser que des modifications soient apportées à une œuvre ne revient pas à autoriser que l'œuvre soit mutilée ou dénaturée. Étant donné que les règles contractuelles viennent « en complément » des règles légales, il faut admettre que l'auteur ne perd pas le droit de poursuivre les tiers qui dénatureraient l'esprit de l'œuvre diffusée sous une licence *Creative commons*.

465 ***Validité des Creative commons : droits patrimoniaux*** ◇ En matière de droits patrimoniaux, la question principale soulevée par les

licences *Creative commons* est celle du respect de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui impose la délimitation des droits cédés. Les licences sont conformes au formalisme du Code en ce qu'elles prennent le soin de définir l'étendue des actes autorisés par l'auteur. Ainsi, l'article 3 de la licence « Paternité » (version 2.0) stipule que

« Soumis aux termes et conditions définis dans cette autorisation, et ceci pendant toute la durée de protection de l'Œuvre par le droit de la propriété littéraire et artistique ou le droit applicable, l'Offrant accorde à l'Acceptant l'autorisation mondiale d'exercer à titre gratuit et non exclusif les droits suivants :

a. reproduire l'Œuvre, incorporer l'Œuvre dans une ou plusieurs Œuvres dites Collectives et reproduire l'Œuvre telle qu'incorporée dans lesdites Œuvres dites Collectives ;

b. créer et reproduire des Œuvres dites Dérivées ;

c. distribuer des exemplaires ou enregistrements, présenter, représenter ou communiquer l'Œuvre au public par tout procédé technique, y compris incorporée dans des Œuvres Collectives ;

d. distribuer des exemplaires ou phonogrammes, présenter, représenter ou communiquer au public des Œuvres dites Dérivées par tout procédé technique ;

e. lorsque l'Œuvre est une base de données, extraire et réutiliser des parties substantielles de l'Œuvre.

Les droits mentionnés ci-dessus peuvent être exercés sur tous les supports, médias, procédés techniques et formats. Les droits ci-dessus incluent le droit d'effectuer les modifications nécessaires techniquement à l'exercice des droits dans d'autres formats et procédés techniques. L'exercice de tous les droits qui ne sont pas expressément autorisés par l'Offrant ou dont il n'aurait pas la gestion demeure réservé, notamment les mécanismes de gestion collective obligatoire applicables décrits à l'article 4(c) ».

La règle de séparation des droits est bien respectée, de même que la délimitation spatiale et temporelle de la cession. La licence précise encore que les droits non cédés expressément sont conservés par l'auteur.

466 ***Validité des Creative commons : acceptation du caractère « viral » des licences*** ◇ Un point qui peut susciter des interrogations est le caractère « viral » ou « contaminant » de certaines licences *Creative commons*. Il s'agit des licences « Partage à l'identique », qui imposent aux internautes souhaitant faire usage d'une œuvre de se soumettre aux mêmes conditions en ce qui concerne l'exploitation de leur œuvre dérivée de la première. Quelle est la valeur de cette condition

de réciprocité ? La licence peut-elle obliger les tiers à renoncer à leurs propres droits patrimoniaux futurs sur l'œuvre dérivée ¹⁸⁷³ ? L'acceptation des termes peut-elle résulter de la seule utilisation de l'œuvre ? On peut répondre qu'il est admis par la jurisprudence que l'exécution du contrat vaut acceptation ¹⁸⁷⁴. Quant au caractère éclairé du consentement, l'internaute peut consulter les conditions de la licence avant de décider d'utiliser l'œuvre. Il consent donc volontairement à autoriser les tiers à utiliser l'œuvre dérivée qu'il aura créée, en se soumettant de son plein gré à un contrat d'adhésion. En ce sens, les licences « Partage à l'identique » constituent des *click-wrap* licences ¹⁸⁷⁵, dont la validité n'a pas soulevé de difficultés pratiques.

467 *Qualification des œuvres évolutives* ◇ Le mécanisme même des *Creative commons* est destiné à favoriser la création d'œuvres collaboratives ou œuvres contributives ¹⁸⁷⁶, issues du partage au sein de la communauté des internautes. Comment qualifier juridiquement ces œuvres ? Les licences *Creative commons* distinguent les « œuvres dites dérivées », définies comme des œuvres créées « soit à partir de l'Œuvre seule, soit à partir de l'Œuvre et d'autres œuvres préexistantes », et les « œuvres dites collectives », définies comme des œuvres dans lesquelles « l'œuvre, dans sa forme intégrale et non modifiée, est assemblée en un ensemble collectif avec d'autres contributions qui constituent en elles-mêmes des œuvres séparées et indépendantes ». La difficulté est que ces dernières ne répondent pas à la définition légale des œuvres collectives, faute d'une personne jouant un rôle de direction. Elles ne correspondent pas davantage à la catégorie des œuvres de collaboration, faute de concertation entre les auteurs. Même les œuvres « dites dérivées », qui semblent correspondre aux œuvres composites, sont en pratique difficiles à appréhender en raison de leur instabilité : comment distinguer les différentes œuvres dérivées au fil des ajouts et modifications effectués par les internautes ? « L'œuvre s'élabore par strates successives, de nouveaux développements venant transformer l'œuvre antécédente. On a donc affaire à une œuvre toujours remaniée, évolutive dont les auteurs sont toujours plus nombreux. Il suffit de penser à l'encyclopédie libre Wikipédia » ¹⁸⁷⁷. La conséquence est que les auteurs s'effacent au profit d'une communauté. Pour cette raison, le mécanisme de réciprocité décrit ci-dessus devient nécessaire, afin que l'exploitation et l'évolution des œuvres libres puissent se dérouler sans

entraves. Ainsi se justifie le système des *Creative commons*, qui suppose pour fonctionner que « tous les auteurs exploitent de la même manière leurs droits intellectuels »¹⁸⁷⁸.

468 *Gestion collective des droits patrimoniaux* ◇ Pour revenir à des sujets plus traditionnels, dans les développements consacrés à l'exploitation conventionnelle des droits patrimoniaux, il faut mentionner le système de gestion collective. Il s'agit d'un mécanisme par lequel les auteurs se regroupent au sein de sociétés pour exercer leurs droits. Dénommées « sociétés de perception et de répartition des droits » dans les articles L. 321-1 à L. 321-13 du Code de la propriété intellectuelle qui y sont consacrés, ces sociétés sont des sociétés civiles. Elles ne sont pas spécifiques à l'environnement numérique, étant nées bien avant son arrivée : la plus ancienne de ces sociétés, la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), a été constituée en 1829. Parmi les principales sociétés de gestion collective, on peut également citer la société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), la société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) ou encore la société pour l'administration du droit de reproduction mécanique des auteurs, compositeurs et éditeurs (SDRM).

Ces quatre sociétés ont créé en 1982 la Société civile des auteurs multimédia (SCAM). C'est cette dernière qui gère les droits d'exploitation des œuvres reproduites sur des supports numériques. Par ailleurs, la loi du 1^{er} mars 2012 prévoit l'intervention d'une société de perception et de répartition des droits pour exercer le droit d'autoriser la reproduction et la représentation sous une forme numérique des livres indisponibles (art. L. 134-3 CPI).

Il existe également des sociétés de gestion collective dans le domaine des droits voisins. Il sera question de ces droits dans le Chapitre 2 de ce Titre, mais il convient de souligner dès à présent que le fonctionnement de ces sociétés est identique à celui des sociétés d'auteurs.

469 *Fonctionnement des sociétés de perception et de répartition des droits* ◇ Les sociétés de perception et de répartition des droits fonctionnent selon un mécanisme contractuel classique : les auteurs concluent avec les sociétés de gestion collective un mandat de gérer leurs droits patrimoniaux, souvent accompagné d'une cession de ces droits. En principe, la conclusion de tels contrats est facultative. Dans

quatre domaines néanmoins, le recours à la gestion collective est obligatoire : la retransmission par le câble (art. L. 132-20-1), le droit de reproduction par reprographie ¹⁸⁷⁹ (art. L. 122-10), le droit de prêt public (art. L. 133-2) et l'exploitation numérique des livres indisponibles (art. L. 134-3).

La cession des droits d'exploitation, lorsqu'elle intervient, est soumise à la règle de délimitation des droits posée à l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. Cela permet aux auteurs, par exemple, de conserver le droit d'autoriser la reproduction numérique de leurs œuvres, tout en cédant le droit d'en autoriser la reproduction analogique. La cession des droits d'exploitation numérique présente toutefois un intérêt pratique tant pour les auteurs, dispensés de la conclusion de multiples contrats avec les utilisateurs des œuvres, que pour les utilisateurs, qui disposent ainsi d'un interlocuteur unique auprès de qui obtenir le droit d'exploiter de multiples œuvres. La lecture des statuts de la SCAM offre un exemple de délimitation des droits cédés. Ainsi, leur article 2 stipule que tout auteur devenant membre de la société lui cède :

« 1-1 – le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction ou représentation totale ou partielle, texte écrit ou parlé et/ou images, par le moyen de réseaux et supports numériques ou analogiques de phonogrammes, de la radiodiffusion, du cinéma, de la télévision, de vidéogrammes (vidéocassettes ou vidéodisques notamment) ou par tout autre moyen audiovisuel connu ou inconnu à ce jour, de ses œuvres autres que dramatiques ou musicales, dont la première diffusion a été ou sera réalisée par l'un de ces moyens.

Et/ou

1-2 – le droit d'autoriser ou d'interdire toute exploitation secondaire, y compris par le moyen de réseaux, ou de supports numériques, de ses œuvres créées dans le cadre d'un contrat de travail de journaliste professionnel conclu avec une entreprise de presse, une agence ou une entreprise de communication audiovisuelle, le cas échéant dans les limites des accords collectifs ayant confié la gestion de ces droits à la Scam.

Et/ou

1-3 – le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction ou la représentation de ses œuvres visuelles relevant de la photographie, de l'illustration graphique, du dessin de presse, de la bande dessinée, etc., par le moyen de la télédiffusion, des réseaux et supports analogiques ou numériques, du cinéma ou par tout autre moyen connu ou inconnu à ce jour ».

Les sociétés de perception et de répartition des droits doivent tenir à la disposition des utilisateurs éventuels le répertoire complet des auteurs et compositeurs français et étrangers qu'elles représentent (art. L. 321-7 CPI). Elles peuvent ainsi conclure des contrats avec les tiers désirant exploiter les œuvres. La répartition des rémunérations s'effectue selon

les utilisations respectives des œuvres du répertoire. Afin que la répartition corresponde le plus exactement possible à la réalité de l'exploitation des œuvres, les sociétés ont recours à des procédés de « codage » des œuvres sur Internet, ce qui permet d'en comptabiliser précisément les utilisations.

470 ***Sociétés de perception et de répartition des droits et abus de position dominante*** ◇ Le fonctionnement des sociétés de gestion

collective soulève des difficultés au regard du droit de la concurrence, en raison notamment de la position dominante que chacune détient dans son secteur. Cette position dominante n'est pas, en soi, répréhensible. Elle le devient néanmoins lorsque la société en abuse ¹⁸⁸⁰. Ainsi la Cour de justice de l'Union européenne et les juges français ont-ils condamné :

– des clauses, imposées par les sociétés de gestion collectives aux auteurs, dépassant « les limites de ce qui est indispensable pour sauvegarder ces droits et intérêts » ¹⁸⁸¹, telles qu'une cession obligatoire de l'ensemble de tous les droits d'auteur, actuels et futurs, sans distinction entre les différentes formes d'utilisation généralement reconnues, exigée pour une période prolongée après la démission de l'associé ;

– des clauses imposées aux tiers fixant des conditions défavorables qui leur créent un désavantage concurrentiel ¹⁸⁸² ou encore des tarifs abusifs ¹⁸⁸³, définis comme des tarifs sensiblement plus élevés que ceux pratiqués dans les autres États membres ¹⁸⁸⁴.

La Cour de justice s'attache également à faire respecter la proportionnalité des redevances à l'utilisation effective des œuvres concernées ¹⁸⁸⁵.

471 ***Sociétés de perception et de répartition des droits et accords de représentation réciproque*** ◇ La question de la compatibilité du

fonctionnement des sociétés de gestion collective avec les règles de concurrence du droit de l'Union européenne se pose également en ce qui concerne les accords de représentation réciproque que concluent entre elles les sociétés de différents États membres. Le sujet est particulièrement important dans l'environnement numérique ¹⁸⁸⁶ : en effet, le caractère international d'Internet fait « exploser les mécanismes d'autorisations individuelles sur fond de droit d'auteur classique » ¹⁸⁸⁷. En conséquence, les sociétés de perception et de répartition des droits

mettent en place des systèmes de « guichet unique », selon lesquels les titulaires de droits se regroupent pour offrir aux plate-formes de diffusion des œuvres sur Internet (par téléchargement ou *streaming*) un interlocuteur unique, en la personne de la société locale de gestion collective ¹⁸⁸⁸. Celle-ci autorise l'exploitation des œuvres françaises, mais également étrangères, ayant passé des accords de représentation réciproque avec ses homologues étrangères. La question s'est posée de la compatibilité de ces systèmes avec le droit européen de la concurrence, et plus particulièrement la prohibition des ententes ¹⁸⁸⁹. Dans une décision *Simulcast* du 8 octobre 2002 ¹⁸⁹⁰, la Commission européenne a exempté ce système du grief d'entente, à condition toutefois qu'il ne soit pas fait obligation à un diffuseur de solliciter l'autorisation auprès de la société de gestion établie sur le territoire à partir duquel il émet ses signaux. En d'autres termes, la Commission a censuré le système d'exclusivité de la société locale, afin de maintenir une concurrence entre les différentes sociétés de gestion collective, en particulier quant aux frais de gestion demandés ¹⁸⁹¹. Cette position a été confirmée par une autre décision rendue par la Commission européenne le 16 juillet 2008 ¹⁸⁹², dans laquelle ont été qualifiées d'ententes illicites restrictives de concurrence une clause d'affiliation, par laquelle chaque société s'engageait, pour accepter l'adhésion d'un auteur étranger, à informer la société de l'État concerné et/ou à demander son autorisation, ainsi qu'une clause selon laquelle chaque société recevait mandat exclusif des autres de gérer leur répertoire sur son territoire. Le Tribunal de l'Union européenne a cependant partiellement annulé cette décision, par 21 arrêts du 12 avril 2013 ¹⁸⁹³, dans lesquels il a considéré que la Commission n'avait pas démontré l'existence d'accords entre les sociétés de gestion collectives qui dépasseraient la simple constatation de comportements parallèles. En revanche, le Tribunal a cependant rejeté les recours concernant la décision de la Commission au sujet des clauses d'affiliation et des clauses d'exclusivité.

Les décisions de la Commission européenne marquent une volonté très nette de mettre fin aux monopoles territoriaux des sociétés de gestion collective en ce qui concerne l'utilisation des œuvres sur Internet. Cette tendance va dans le même sens que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne refusant l'exclusivité territoriale des droits télévisuels ¹⁸⁹⁴.

472 *Sociétés de perception et de répartition des droits et de licences multiterritoriales* ◇ La nécessité de créer des modes de gestion efficace des droits de propriété littéraire et artistique dans une perspective transfrontalière a conduit à l'émergence de l'idée d'une gestion collective transfrontière dans l'Union européenne. La Commission européenne a ainsi formulé en juillet 2012 une proposition de directive concernant la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et la concession de licences multiterritoriales pour l'exploitation de la musique en ligne ¹⁸⁹⁵. Cette proposition a été approuvée par le Parlement européen, qui a ainsi voté une directive « prévoyant une simplification et une harmonisation de la gestion collective des droits d'auteurs dans le secteur musical au niveau européen, afin de l'adapter à l'ère numérique ». En vertu de cette directive du 26 février 2014 ¹⁸⁹⁶, les sociétés de gestion collective pourront compter parmi leurs membres non seulement les titulaires de droits nationaux, mais également les titulaires étrangers, quels que soient leur nationalité ou leur État de résidence. Ces sociétés pourront ensuite délivrer, dans le domaine musical et uniquement pour l'exploitation en ligne, des licences paneuropéennes permettant aux plate-formes transfrontalières d'exploiter les œuvres sur Internet. Outre l'octroi des licences paneuropéennes, le texte prévoit aussi que les auteurs doivent être rémunérés le plus rapidement possible, dans un délai n'excédant pas neuf mois après la fin de l'exercice où les redevances auront été collectées. Il vise également à imposer « une meilleure gouvernance des sociétés de gestion collective des droits d'auteurs », en permettant une meilleure implication des titulaires de droits dans le processus de décision interne des organisations de gestion collective.

Cette directive offre ainsi aux titulaires de droits comme aux exploitants un outil de gestion – facultatif pour les ayants droit – qui rationalise la mise en œuvre des droits de propriété littéraire et artistique dans l'environnement numérique.

473 Le contenu et les modalités d'exploitation des droits exclusifs ayant ainsi été définis, il convient de s'intéresser aux exceptions que connaissent les droits patrimoniaux des auteurs.

B. Les exceptions au monopole d'exploitation

474 *Sources* ◇ Les exceptions aux droits patrimoniaux en droit français, d'interprétation stricte, sont énumérées à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Il faut ajouter à cette liste une exception prétorienne, la représentation accessoire, dont il sera exposé que la pérennité peut prêter à discussion. Dans l'Union européenne, les exceptions au monopole d'exploitation de l'auteur doivent être mises en œuvre conformément à la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Dans son article 5, cette directive prévoit une exception obligatoire (la copie technique transitoire) et quinze exceptions facultatives, que les États membres ont la faculté de transposer.

475 *Épuisement du droit de distribution* ◇ À titre liminaire, il convient d'ajouter aux exceptions de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle la règle, issue du droit de l'Union européenne, de l'épuisement des droits. Cette règle, forgée par la Cour de justice de l'Union européenne, vise à concilier le principe de la libre circulation des marchandises avec la protection de la propriété intellectuelle, en empêchant l'exercice du droit d'auteur, territorial par nature, d'entraver la circulation des biens. Plus précisément, l'épuisement du droit fait obstacle à la possibilité, pour le titulaire de ce droit, de s'opposer aux reventes successives d'exemplaires de son œuvre dont il a déjà autorisé la mise en circulation.

Ainsi, conformément à l'article 4 § 2 de la directive du 22 mai 2001, l'article L. 122-3-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les États membres de la Communauté européenne et les États parties à l'accord sur l'Espace économique européen ».

L'étendue de cette règle doit être précisée. L'épuisement du droit d'auteur ne s'applique qu'au droit de distribution, dans la mesure où il porte sur un « exemplaire matériel » incorporant l'œuvre dont la mise en circulation a été autorisée dans l'Espace Économique européen¹⁸⁹⁷, tel qu'un livre ou un CD. *A contrario*, le droit de représentation ne s'épuise pas, faute de support matériel de l'œuvre, ce qui signifie que le titulaire

des droits peut exiger une redevance à l'occasion de chacune des communications de son œuvre à un nouveau public ¹⁸⁹⁸. En conséquence, l'épuisement ne s'applique pas aux représentations des œuvres sur Internet, qui s'apparentent à des services et non pas à des ventes, mais il s'applique à la distribution matérielle d'œuvres proposées à la vente sur Internet ¹⁸⁹⁹ (CD, DVD, livres).

Qu'en est-il des « ventes » par téléchargement d'œuvres (e-books, fichiers <.mp3> ou <.avi>, jeux vidéo) en ligne ? Selon l'exposé des motifs de la directive du 22 mai 2001, « la question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne ». L'article 3 de la directive, quant à lui, indique que l'épuisement est exclu s'agissant du « droit de communication au public [...] par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public ». Faut-il en déduire que l'acquisition par un internaute d'un exemplaire numérique d'une œuvre n'épuise pas le droit de distribution de l'auteur ?

Un arrêt *UsedSoft* ¹⁹⁰⁰ rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 3 juillet 2012 à propos des logiciels incite à envisager la possibilité d'une réponse négative. Dans cette décision, la Cour a indiqué que le principe d'épuisement du droit de distribution s'applique non seulement lorsque le titulaire du droit d'auteur commercialise les copies de ses logiciels sur un support matériel (CD-ROM ou DVD), mais également lorsqu'il les distribue par téléchargement à partir de son site Internet, à condition que le titulaire du droit ait également conféré, moyennant le paiement d'un prix destiné à lui permettre d'obtenir une rémunération, un droit d'usage des copies, sans limitation de durée. En effet, lorsque le titulaire du droit d'auteur met à la disposition de son client une copie – qu'elle soit matérielle ou immatérielle – et conclut en même temps, contre paiement d'un prix, un contrat de licence accordant au client le droit d'utiliser cette copie pour une durée illimitée, ce titulaire vend cette copie au client et épuise ainsi son droit exclusif de distribution. Cet arrêt permet ainsi la revente de logiciels téléchargés.

Or, il n'est pas certain que l'on ne puisse transposer cette solution à l'acquisition d'œuvres (e-books, fichiers <.mp3> ou <.avi>, jeux vidéo) par voie numérique. En effet, comme la commercialisation d'exemplaires matériels, la commercialisation d'exemplaires dématérialisés constitue bien une vente, et non pas un service. Plus encore, la vente constituant selon la Cour une « notion autonome du droit de l'Union », on voit mal pourquoi elle devrait être interprétée différemment pour les logiciels et pour les autres œuvres. En

conséquence, l'épuisement du droit de distribution pourrait s'appliquer, et l'acquéreur d'une œuvre sous un format numérique pourrait librement la revendre. La transposition de cette solution, qui fait prévaloir l'épuisement du droit, aux œuvres autres que les logiciels, est étayée par la lecture du point 52 de l'arrêt *UsedSoft*, selon lequel « l'existence d'un transfert du droit de propriété transforme l'« acte de communication au public », prévu à l'article 3 de [la directive du 22 mai 2001], en un acte de distribution visé à l'article 4 de ladite directive, lequel peut donner lieu [...] à l'épuisement du droit de distribution ». On assiste d'ailleurs au développement de places de marché en ligne, telles que ReDigi¹⁹⁰¹, dédiées à la revente de fichiers musicaux d'occasion¹⁹⁰². Précisons toutefois que le juge américain, saisi d'une action dirigée contre ReDigi, a estimé, à l'opposé de la décision *UsedSoft*, que la *first sale doctrine*, équivalent américain de l'épuisement des droits, ne jouait pas pour une distribution immatérielle¹⁹⁰³. Le juge allemand a également cantonné l'épuisement du droit de distribution à la vente d'exemplaires tangibles d'œuvres¹⁹⁰⁴. La question, d'une extrême importance pratique et économique, est donc loin d'être tranchée au niveau international¹⁹⁰⁵. En France, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a institué une Commission chargée d'étudier la licéité du marché secondaire des biens culturels numériques pour juillet 2014.

Quoi qu'il en soit, l'épuisement ne concerne en revanche pas le droit de reproduction, de sorte que l'acquéreur ne peut librement procéder à des copies des œuvres qu'il a acquises et les revendre. En ce sens, « le marché de l'occasion numérique n'est pas compatible avec la logique de copie privée »¹⁹⁰⁶. Comme le précise l'arrêt *UsedSoft* à propos des logiciels, l'acquéreur initial qui procède à la revente d'une copie matérielle ou immatérielle d'un programme d'ordinateur pour laquelle le droit de distribution appartenant au titulaire du droit d'auteur est épuisé, doit, aux fins d'éviter la violation du droit exclusif à la reproduction d'un logiciel, rendre inutilisable sa propre copie au moment de la revente de celle-ci – ce qui soulève d'importantes difficultés pratiques, en vue desquelles la Cour de justice précise qu'« il est loisible au distributeur – “classique” ou “digital” – d'employer des mesures techniques de protection comme des clés de produit »¹⁹⁰⁷.

476 ***Test des trois étapes*** ◇ Conformément à l'article 5 § 5 de la directive du 22 mai 2001, transposé à l'article L. 122-5 du Code de la propriété

intellectuelle, les exceptions au monopole de l'auteur doivent remplir un standard juridique issu de traités internationaux. Ce standard ou « triple test »¹⁹⁰⁸ consiste en trois conditions : les exceptions ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. L'objectif est d'éviter que les exceptions ne viennent réduire les droits des auteurs de façon excessive.

L'application du test des trois étapes, validé par le Conseil constitutionnel¹⁹⁰⁹, n'a pas donné lieu à un contentieux important, si ce n'est à propos de l'exception de copie privée dont il sera question ci-dessous.

- 477** *Typologie des exceptions* ◇ Les exceptions aux droits exclusifs peuvent être classées selon l'objectif qu'elles poursuivent. Cela conduit à distinguer l'exception justifiée par le fonctionnement des réseaux (1), les exceptions justifiées par la faible incidence des actes en cause (2) et les exceptions justifiées par des intérêts concurrents (3).

1. L'exception justifiée par le fonctionnement des réseaux

- 478** *La reproduction provisoire* ◇ Seule exception obligatoire dans la directive du 22 mai 2001, cette exception est prévue à l'article L. 122-5, 6°, du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que l'auteur d'une œuvre divulguée ne peut interdire « la reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ». Il est également précisé que « toutefois, cette reproduction provisoire qui ne peut porter que sur des œuvres autres que les logiciels et les bases de données ne doit pas avoir de valeur économique propre ».

Il s'agit là d'une exception spécifique à l'univers numérique, fondée par la reconnaissance juridique de l'impératif technique suivant : les différentes opérations de représentation et de transmission des œuvres par les réseaux nécessitent que soient effectuées des copies provisoires de ces œuvres, que ce soit dans la mémoire vive des ordinateurs des utilisateurs, dans la partie du disque dur appelée « cache », affectée à la

sauvegarde transitoire des données reçues, ou sur des serveurs-relais intermédiaires appelés « proxy », qui permettent aux intermédiaires d'accélérer l'accès aux données et leur chargement. Ces reproductions n'ont qu'un but technique, et sont licites dès lors qu'elles ne constituent pas une fin en soi, mais n'ont qu'un caractère transitoire. En d'autres termes, elles doivent être accessoires à une transmission (qui doit elle-même être licite).

479 *Conditions d'application de l'exception* ◇ Dans l'arrêt *Infopaq* du 16 juillet 2009 ¹⁹¹⁰, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé qu'un acte de reproduction n'est couvert par l'exception que lorsqu'il remplit les cinq conditions cumulatives suivantes :

- cet acte est provisoire ;
- il est transitoire ou accessoire ;
- il constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique ;
- l'unique finalité de ce procédé est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et
- ledit acte n'a pas de signification économique indépendante.

Conformément à la règle d'interprétation stricte, le champ de l'exception est limité aux actes nécessaires pour le bon fonctionnement du procédé technique. La Cour a également indiqué que la sécurité juridique des titulaires de droits d'auteur impose que la conservation et la suppression de la reproduction ne soient pas tributaires d'une intervention humaine discrétionnaire, notamment celle de l'utilisateur des œuvres protégées. En effet, le caractère transitoire de la copie suppose qu'elle soit automatiquement supprimée dès lors qu'elle a rempli sa fonction technique. Or, il ne serait nullement garanti que la personne concernée procède effectivement à la suppression de la reproduction créée ou, en tout état de cause, qu'elle supprime celle-ci dès lors que son existence ne se justifie plus au regard de sa fonction visant à permettre la réalisation d'un procédé technique. L'exigence d'automatisation du processus de copie transitoire soulève une difficulté de taille : peut-on vraiment parler de suppression automatique lorsque l'effacement est programmé librement par un humain ? L'effacement automatique garantit-il véritablement le caractère transitoire de la copie si l'utilisateur peut la récupérer dans la mémoire cache de son ordinateur avant sa

suppression ? ¹⁹¹¹

480 *Inapplicabilité de l'exception à un service de magnétoscope numérique en ligne* ◇ Dans les décisions relatives au service Wizzgo ¹⁹¹², il avait été avancé que les copies effectuées par le logiciel iWizz auraient constitué des copies transitoires couvertes par l'exception de l'article L. 122-5, 6°, du Code de la propriété intellectuelle. L'argument consistait plus précisément à soutenir que les copies étaient provisoires et faisaient partie intégrante d'un procédé technique, la plateforme Wizzgo ; elles auraient été destinées à permettre l'« utilisation licite » des œuvres par le biais des copies privées réalisées par les internautes ; enfin, elles n'auraient pas eu de valeur économique propre car elles étaient cryptées et inexploitable. Les juges ont rejeté ces arguments, estimant que la copie décryptée par les internautes n'était pas une copie distincte de la copie réalisée par la société Wizzgo et que, dès lors, cette dernière ne présentait pas de caractère transitoire puisqu'une fois décodée, elle pouvait être conservée de manière définitive par les utilisateurs. Par ailleurs, selon les juges, cette copie est « dotée d'une valeur économique propre puisqu'elle constitue l'assise de l'activité commerciale de la société Wizzgo ».

2. Les exceptions justifiées par la faible incidence des actes

481 *Limites externes au monopole* ◇ Les exceptions suivantes peuvent être qualifiées de limites externes au monopole de l'auteur dans la mesure où, en réalité, les conditions d'application du monopole ne sont pas réunies ¹⁹¹³ parce que les œuvres, si elles sont reproduites ou représentées, ne sont pas exploitées et communiquées à un public. Il s'agit de la copie privée, du cercle de famille et de la représentation accessoire.

482 *Exception de copie privée* ◇ L'exception la plus importante en pratique, et la plus débattue en théorie, est l'exception de copie privée ¹⁹¹⁴, traditionnelle en droit français. Elle est prévue par l'article L. 122-5, 2°, du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire « les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », les bases

de données et logiciels étant exclus du champ de l'exception, ainsi que les copies des œuvres d'art « destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée ».

L'idée qui sous-tend l'exception de copie privée est de permettre aux utilisateurs d'effectuer une copie des œuvres pour leur usage personnel. En ce sens, il s'agit d'une exception pour « convenance personnelle »¹⁹¹⁵. L'exception se justifie par le fait que la réalisation d'une copie privée ne constitue pas une communication de l'œuvre au public. En réalité donc, le monopole de l'auteur n'a pas à s'appliquer, et la copie relève de la vie privée de l'utilisateur. En outre, la copie privée est censée ne pas causer de dommage aux auteurs.

La difficulté est que, conçue dans l'environnement analogique, la copie privée était nécessairement une copie imparfaite, et par là limitée. Mais, avec l'avènement de l'univers numérique, les copies sont devenues parfaites, simples à réaliser, le cas échéant en grand nombre¹⁹¹⁶. On peut en effet copier des heures de musique ou de vidéo sur un CD-Rom, une clé USB, un disque dur, un *smartphone*, etc. L'exception de copie privée constitue dès lors une menace pour les auteurs, qui risquent de voir leur rémunération considérablement amputée. Face à cette menace, les juges comme le législateur se sont attachés à rechercher un équilibre entre les droits des auteurs et les prérogatives des utilisateurs.

483 *Copie privée et test des trois étapes* ◇ La copie privée constitue-t-elle une simple exception au monopole de l'auteur, ou bien un droit dont peuvent se prévaloir les utilisateurs des œuvres ? La question a été posée notamment dans une affaire *Mulholland Drive*. Un consommateur, ayant acheté le DVD du film en question, avait été empêché d'en réaliser une copie par un dispositif anti-copie installé sur le disque. Il avait contesté la validité de ce dispositif, en arguant qu'il le privait de son « droit » de copie. Cette action a donné lieu à une série de décisions consacrées à la portée de l'exception de copie privée au regard du test en trois étapes. En première instance¹⁹¹⁷, il a été jugé que le législateur n'avait pas entendu investir quiconque d'un droit de réaliser une copie privée de toute œuvre, mais a organisé les conditions dans lesquelles sont écartés les droits exclusifs en matière de copie privée. Or, le bénéfice de l'exception est soumis aux trois conditions cumulatives suivantes : elle ne doit s'appliquer que dans des cas spéciaux, si elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, et si elle ne cause pas un préjudice

injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. En l'espèce, le tribunal a estimé que l'exploitation commerciale d'un film sous forme de DVD faisait partie d'une exploitation normale d'une telle œuvre, et en a conclu qu'étant donné que la copie d'un film édité sur support numérique ne peut que porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, et que cette atteinte sera nécessairement grave, le dispositif de protection dont était doté le DVD ne violait pas l'article L. 122-5, 2°, du Code de la propriété intellectuelle.

Ce jugement a été infirmé en appel ¹⁹¹⁸, les juges considérant qu'au regard du test en trois étapes, l'exception de copie privée devait être mise en œuvre au motif que l'existence d'une telle copie ne faisait pas échec à une exploitation commerciale normale, d'autant plus qu'est prise en compte « l'exigence de rentabilité par la fixation d'une rémunération en fonction de la qualité d'une reproduction numérique ». En conséquence, selon la Cour, l'auteur ou ses ayants droit ne subissent pas nécessairement de manque à gagner. Le « verrouillage » du DVD en question est donc un comportement fautif qui a causé un préjudice à l'utilisateur qui n'a pu procéder à une copie privée.

Mais tel n'a pas été l'avis de la Cour de cassation, qui a validé le dispositif de protection de l'œuvre. Dans un arrêt rendu le 28 février 2006, elle a en effet indiqué que l'exception de copie privée, telle qu'elle doit être interprétée à la lumière de la directive du 22 mai 2001 relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, ne peut faire obstacle à l'insertion dans les supports sur lesquels est reproduite une œuvre protégée de mesures techniques de protection destinées à en empêcher la copie, lorsque celle-ci aurait pour effet de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Cette atteinte doit s'apprécier en tenant compte de l'incidence économique qu'une telle copie peut avoir dans le contexte de l'environnement numérique, ainsi que des risques inhérents quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique ¹⁹¹⁹. Ainsi se révèle-t-il que l'exception de copie privée, dès lors qu'elle est envisagée de façon large en prenant en considération tous ses bénéficiaires, peut bel et bien porter atteinte aux droits des auteurs.

la copie privée ne constitue pas un droit, mais une simple exception légale au principe de la prohibition de toute reproduction d'une œuvre protégée faite sans le contentement du titulaire de droits d'auteur. Comme l'ont indiqué les juges, il se déduit de cette qualification que si la copie privée peut être, à supposer les conditions légales remplies, opposée pour se défendre à une action, notamment en contrefaçon, elle ne saurait être invoquée comme étant constitutive d'un droit, au soutien d'une action formée à titre principal. Peu importe, par ailleurs, l'existence d'une rémunération pour copie privée acquittée par le consommateur ¹⁹²⁰.

485 *Copie privée et mesures techniques de protection* ◇ Validées par la Cour de cassation dans l'affaire *Mulholland Drive*, les mesures techniques de protection ont été encadrées par la loi du 1^{er} août 2006, modifiée en 2009. Définies à l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle comme « toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, empêche ou limite les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme », elles sont protégées pénalement ¹⁹²¹. Dans un arrêt *Nintendo* ¹⁹²² en date du 23 janvier 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que la notion de « mesure technique efficace », au sens de la directive « Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information », est susceptible de recouvrir des mesures techniques consistant à équiper d'un dispositif de reconnaissance non seulement le support contenant l'œuvre protégée, en vue de sa protection contre des actes non autorisés par le titulaire du droit d'auteur, mais également les appareils portables ou les consoles destinés à assurer l'accès à ces jeux et leur utilisation.

Pour autant, le Code de la propriété intellectuelle précise à de multiples reprises (art. L. 331-5, L. 331-6, L. 331-7 et L. 331-9) que ces mesures techniques de protection ne doivent pas priver les bénéficiaires de l'exception de copie privée de son exercice effectif. En pratique, on peut se demander comment il est possible de concilier ces impératifs contraires ¹⁹²³. La loi indique seulement que les titulaires de droits qui recourent aux mesures techniques de protection « s'efforcent de définir ces mesures en concertation avec les associations agréées de

consommateurs et les autres parties intéressées » (art. L. 331-7). En cas d'échec des négociations, la HADOPI, autorité administrative indépendante, peut être saisie par toute personne bénéficiaire de l'exception de copie privée, ou toute personne morale agréée qui la représente, de tout différend portant sur les restrictions que les mesures techniques de protection définies à l'article L. 331-5 apportent au bénéfice de ladite exception. La HADOPI tente alors une conciliation préalable. En cas d'échec, elle peut enjoindre aux titulaires de droits de mettre fin à des mesures techniques de protection qui ne seraient pas conformes au Code (art. L. 331-35). Seul l'avenir pourra révéler concrètement de quelle façon l'équilibre entre copie privée et mesures techniques de protection sera mis en œuvre. À cet égard, les précisions apportées par la Cour de justice de l'Union européenne dans son récent arrêt *Nintendo* précité ¹⁹²⁴ devront servir de guide au juge national chargé d'apprécier si d'autres mesures « pourraient causer moins d'interférences avec les activités des tiers ou de limitations de ces activités, tout en apportant une protection comparable pour les droits du titulaire ». Selon la Cour de justice, « il est pertinent de tenir compte, notamment, des coûts relatifs aux différents types de mesures techniques, des aspects techniques et pratiques de leur mise en œuvre ainsi que de la comparaison de l'efficacité de ces différents types de mesures techniques en ce qui concerne la protection des droits du titulaire, cette efficacité ne devant pas, toutefois, être absolue ». La juridiction nationale peut également « examiner la fréquence avec laquelle ces dispositifs, produits ou composants sont effectivement utilisés en méconnaissance du droit d'auteur ainsi que la fréquence avec laquelle ils sont utilisés à des fins qui ne violent pas ledit droit ».

En toute hypothèse, les mesures techniques de protection doivent être portées à la connaissance des utilisateurs, en vertu de l'article L. 331-10 du Code de la propriété intellectuelle.

Enfin, l'article L. 331-9 du Code exclut toute mesure technique de protection pour les éditeurs et distributeurs de services de télévision : ces derniers ne peuvent recourir à aucune mesure qui aurait « pour effet de priver le public du bénéfice de l'exception pour copie privée, y compris sur un support et dans un format numérique ». Dès lors, toute œuvre diffusée à la télévision indépendamment de tout choix de l'utilisateur peut faire l'objet d'une copie privée. À l'inverse, les titulaires de droits peuvent interdire la copie privée lorsque l'œuvre est mise à disposition du public « selon des dispositions contractuelles convenues

entre les parties, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit » (art. L. 331-8). Cela concerne notamment les services de vidéo à la demande.

486 *Copie privée et peer-to-peer* ◇ L'application de l'article L. 122-5, 2°, du Code de la propriété intellectuelle, à l'environnement numérique a soulevé la question de savoir si l'exception de copie privée peut être invoquée par les internautes téléchargeant sans autorisation des copies d'œuvres par le biais de réseaux *peer-to-peer*. La réponse à cette question, déjà donnée dans les développements relatifs aux droits exclusifs de l'auteur ¹⁹²⁵, est sans équivoque négative. En effet, après quelques hésitations initiales ¹⁹²⁶, les juges ont considéré que l'exception de copie privée ne peut recevoir application au téléchargement par *peer-to-peer*, dans la mesure où les copies des œuvres ont été réalisées à partir de sources non autorisées par leurs auteurs respectifs et sans qu'aucune rémunération ne soit versée à ces derniers ¹⁹²⁷. En d'autres termes, l'illicéité de la source vicie la copie. La Cour de cassation a conforté ce raisonnement en 2006, en affirmant que « l'exception de copie privée [...] en ce qu'elle constitue une dérogation au monopole de l'auteur sur son œuvre, suppose, pour pouvoir être retenue, que sa source soit licite et nécessairement exempte de toute atteinte aux prérogatives des titulaires de droits sur l'œuvre concernée » ¹⁹²⁸. La loi du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée a consacré cette exigence, en modifiant en ce sens l'article L. 122-5, 2°, Code de la propriété intellectuelle, qui ne concerne expressément que « les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite ». Il est donc clair que « l'exception de copie privée n'est pas applicable au téléchargement » ¹⁹²⁹ (illicite). Cela a également pour conséquence que la rémunération pour copie privée, présentée ci-dessous, ne peut prendre en compte les copies illicites ¹⁹³⁰. Ces deux points ont été confirmés expressément par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt du 10 avril 2014 ¹⁹³¹.

487 *Copie privée et partage d'œuvres* ◇ À supposer même qu'un usager fasse une copie privée licite d'une œuvre, doit-il se réserver strictement l'usage de cette copie, ou peut-il en faire profiter son entourage immédiat ? La jurisprudence a étendu le bénéfice de l'exception de copie privée au « cercle familial restreint » ¹⁹³² de l'utilisateur, également appelé

« cercle des proches, entendu comme un groupe limité de personnes qui ont entre elles des liens de famille ou d'amitié »¹⁹³³. Cela s'explique par le fait que le cercle de famille ne constitue pas un véritable public dans la mesure où les personnes qui le composent sont déterminées. En revanche, l'exception de copie privée ne peut s'appliquer à une personne partageant les copies avec un nombre élevé ou indéterminé de personnes, fussent-elles des amis, dès lors que le prêteur n'a aucun contrôle sur l'utilisation et la diffusion qui en seront faites¹⁹³⁴. Ainsi a-t-il été jugé qu'une personne qui, grâce à la diffusion sur Internet de la liste des œuvres musicales qu'il détenait, échangeait avec tout intéressé des copies sur CD-Rom de ces œuvres au format mp3 se rendait coupable de contrefaçon¹⁹³⁵.

488 *Copie privée et intermédiaires techniques* ◇ Dans l'environnement numérique se pose également la question de savoir si l'exception de copie privée peut bénéficier aux intermédiaires qui réalisent des copies afin de les communiquer au public. L'article L. 122-5, 2°, du Code de la propriété intellectuelle précise clairement que l'exception ne concerne que les copies « strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ». Mais qui est le copiste ? S'agit-il de l'utilisateur de la copie ou de celui qui a réalisé cette copie ? La jurisprudence, adoptant une conception économique du copiste, a estimé que ce sont les intermédiaires ayant fourni les moyens de copier des œuvres (photocopieuses, graveurs de CD...) qui doivent être considérés comme les véritables copistes¹⁹³⁶. La conséquence est que les copies réalisées par ces intermédiaires sont contrefaisantes, étant donné qu'elles ne sont pas destinées à l'usage privé des copistes.

Cette jurisprudence, appliquée à Internet, signifie que les services de magnétoscopes numériques ne peuvent se prévaloir de l'exception de copie privée. C'est ainsi que le service de magnétoscope en ligne proposé par la société Wizzgo a été jugé contrefaisant¹⁹³⁷. Selon les juges, la copie opérée par le service n'est pas destinée à l'usage du copiste mais à l'usage de l'utilisateur final. Par ailleurs, cette copie « est dotée d'une valeur économique propre dès lors qu'à chaque copie est attaché un utilisateur et que le montant global des recettes publicitaires générées par le service sera directement lié au nombre des utilisateurs du service et au volume des copies réalisées pour le compte de ces utilisateurs ».

489 **Rémunération pour copie privée** ◇ En raison de l'importance du manque à gagner causé aux auteurs par la copie privée, une « rémunération pour copie privée » a été instaurée en 1985. L'article L. 311-1 du Code de la propriété intellectuelle complète ainsi l'article L. 122-5, 2°, en prévoyant que « les auteurs [...] des œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes [...] ont droit à une rémunération au titre de la reproduction desdites œuvres, réalisée à partir d'une source licite dans les conditions mentionnées au 2° de l'article L. 122-5 ». Afin d'adapter ce régime à l'environnement numérique, le bénéfice de cette rémunération a été étendu en 2001 aux auteurs et aux éditeurs des œuvres fixées sur tout autre support (papier ou numérique), au titre de leur reproduction réalisée à partir d'une source licite, dans les conditions prévues au 2° de l'article L. 122-5, sur un support d'enregistrement numérique.

Désormais donc, la rémunération est due par les fabricants et importateurs de supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres, y compris les supports numériques. Ces supports sont très divers : CD-R et CD-RW, DVD-R et DVD-RW, disquettes, disques zip, clés USB, baladeurs numériques, *smartphones*¹⁹³⁸, disques durs externes, tablettes numériques¹⁹³⁹, etc. La Commission « Copie privée » a ainsi indiqué, dans une décision du 20 septembre 2010¹⁹⁴⁰, que sont soumis à rémunération « tous les supports de stockage externes utilisables directement avec un ordinateur », ce qui inclut les disques durs NAS (*Network Attached Storage*) dits « de salon » et les SSD (*Solid State Drive*), supports de stockage reposant sur des puces de mémoire. La difficulté est que les supports matériels sont progressivement concurrencés par des supports dématérialisés de stockage, tels que des serveurs distants, qui, eux, ne sont pas soumis à la rémunération¹⁹⁴¹. Dans un avis du 23 octobre 2012, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique s'est prononcé en faveur de l'application de la rémunération aux copies privées réalisées par le biais de services de *cloud computing*¹⁹⁴². Le rapport sur les redevances pour copie privée adopté le 27 février 2014 par le Parlement européen va dans le même sens¹⁹⁴³.

490 **Fixation de la rémunération** ◇ L'article L. 311-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose que les types de support, les taux de rémunération et les modalités de versement de celle-ci sont déterminés

par une commission présidée par un représentant de l'État et composée, en outre, pour moitié, de personnes désignées par les organisations représentant les bénéficiaires du droit à rémunération, pour un quart, de personnes désignées par les organisations représentant les fabricants ou importateurs des supports et, pour un quart, de personnes désignées par les organisations représentant les consommateurs.

Le montant de la rémunération, quant à lui, est fonction du type de support et de la durée ou de la capacité d'enregistrement qu'il permet. L'article L. 311-4 du Code de la propriété intellectuelle précise que ce montant est également fonction de l'usage de chaque type de support, cet usage étant apprécié sur le fondement d'enquêtes (hormis lorsque des éléments objectifs permettent d'établir qu'un support peut être utilisé pour la reproduction à usage privé d'œuvres).

Il importe également de tenir compte des mesures techniques de protection. Ainsi, le montant de la rémunération tient compte du degré d'utilisation des mesures techniques définies à l'article L. 331-5 et de leur incidence sur les usages relevant de l'exception pour copie privée. En revanche, le simple fait que le titulaire des droits n'utilise aucune mesure technique de protection ne saurait rendre caduque la rémunération pour copie privée ¹⁹⁴⁴.

Le régime de la rémunération pour copie privée a été modifié par la loi du 20 décembre 2011 ¹⁹⁴⁵, intervenue pour mettre le droit français en conformité avec le droit de l'Union européenne, à la suite d'importants arrêts rendus par la Cour de justice.

491 *Régime de la rémunération pour copie privée dans l'Union européenne : arrêts Padawan et ACI Adam* ◇ La directive du 22 mai 2001 permet aux États membres de prévoir une exception pour copie privée à la condition « que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable ». Sur l'interprétation de cette notion de compensation équitable ont été rendues deux décisions d'importance en 2010 et 2014.

La première décision, rendue par la Cour de justice de l'Union européenne le 21 octobre 2010 dans une affaire *Padawan* ¹⁹⁴⁶, concerne les supports acquis à des fins professionnelles, parmi lesquelles en particulier la sauvegarde de données. La Cour indique d'abord que la notion de compensation équitable est une notion autonome du droit de l'Union européenne, de sorte qu'elle doit être interprétée de manière

uniforme. L'exception de copie privée est certes facultative pour les États membres, mais dès lors qu'ils l'ont transposée pèse sur eux une obligation d'interprétation conforme.

S'agissant de la compensation équitable, la Cour considère ensuite qu'elle est fonction du préjudice potentiel subi par l'auteur – que ce dernier ait d'ailleurs autorisé ou non la copie privée ¹⁹⁴⁷. Il est certain que la personne qui cause ce préjudice est celle qui réalise la reproduction pour son usage privé. Mais, devant la difficulté pratique tenant à l'identification de ces personnes, la Cour admet que les États membres puissent instaurer une redevance à la charge non pas des personnes privées concernées, mais de celles qui disposent d'équipements, matériels et supports de reproduction numérique et qui mettent ces équipements à la disposition de personnes privées. Rien ne fait ainsi obstacle à ce que ces redevables répercutent le montant de la redevance dans le prix de la mise à disposition des équipements.

Enfin, la Cour indique qu'il est nécessaire de parvenir à un juste équilibre entre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs. Or, ce juste équilibre suppose que les équipements, appareils et supports soient susceptibles d'être utilisés à des fins de copie privée. En conséquence, selon la CJUE, l'application de la redevance sans distinction à tous les types d'équipements, y compris dans l'hypothèse où ceux-ci sont acquis par des personnes autres que des personnes physiques, à des fins manifestement étrangères à celle de copie privée, ne s'avère pas conforme à la directive. En revanche, dès lors que ces équipements ont été mis à la disposition des personnes physiques à des fins privées, il n'est pas nécessaire d'établir qu'elles ont effectivement réalisé des copies privées. Une présomption peut être appliquée dans ce cas : les personnes physiques qui acquièrent les supports de copies à des fins privées sont censées exploiter la plénitude des fonctions associées à ces équipements, y compris celle de reproduction. La simple capacité de ces équipements à réaliser des copies suffit donc à justifier l'application de la redevance, ce que la Cour justifie en se référant à la directive de 2001, qui vise le « préjudice potentiel » subi par les auteurs. La Cour a précisé, dans un arrêt *Amazon* du 11 juillet 2013 ¹⁹⁴⁸, que cette présomption qui pèse sur les personnes privées est nécessairement réfragable.

La seconde décision, rendue par la Cour de justice le 10 avril 2014 dans une affaire *ACI Adam* ¹⁹⁴⁹, précise très clairement qu'un système de redevance pour copie privée qui ne distinguerait pas, s'agissant du calcul de la compensation équitable due à ses bénéficiaires,

la situation où la source à partir de laquelle une reproduction pour un usage privé a été réalisée est licite de celle où cette source est illicite, ne respecterait pas le juste équilibre évoqué dans l'arrêt *Padawan*. En effet, cela reviendrait à pénaliser indirectement tous les utilisateurs d'équipements, d'appareils et de supports permettant la réalisation de copies privées, qu'ils effectuent des copies privées licites ou illicites. Il en résulte que le montant de la redevance ne doit pas tenir compte des reproductions illicites, même s'il n'existe aucune mesure technique applicable pour combattre la réalisation de copies privées illicites.

492 *Conséquences en droit français* ◇ À la suite de l'arrêt *Padawan*, le Conseil d'État a, par un arrêt du 17 juin 2011 ¹⁹⁵⁰, annulé une décision datant de 2008 par laquelle la Commission « copie privée » avait appliqué la rémunération pour copie privée aux supports acquis dans un but professionnel. Le Conseil d'État a toutefois différé les effets de l'annulation afin d'éviter un afflux de demandes de remboursement de la part des professionnels, et renvoyé à la Commission le soin de fixer de nouveaux barèmes.

La loi du 20 décembre 2011, tenant compte de l'arrêt *Padawan*, a ainsi introduit à l'article L. 311-8 du Code de la propriété intellectuelle un II, selon lequel la rémunération pour copie privée n'est pas due pour les supports d'enregistrement acquis notamment à des fins professionnelles dont les conditions d'utilisation ne permettent pas de présumer un usage à des fins de copie privée. Cette exemption – validée par le Conseil constitutionnel en réponse à une question prioritaire de constitutionnalité ¹⁹⁵¹ – s'ajoute aux exemptions antérieures, qui concernaient déjà les entreprises de communication audiovisuelle, les producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes et les personnes qui assurent, pour le compte des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes, la reproduction de ceux-ci, les éditeurs d'œuvres publiées sur des supports numériques et les personnes morales ou organismes qui utilisent les supports d'enregistrement à des fins d'aide aux handicapés visuels ou auditifs.

Il est précisé que, pour bénéficier d'une exonération de paiement, il faut avoir conclu une « convention constatant l'exonération » avec les sociétés de gestion collective chargées de percevoir la rémunération pour copie privée. À défaut de conclusion d'une convention, il est possible d'obtenir le remboursement de la rémunération sur production

de justificatifs déterminés par les ministres chargés de la culture et de l'économie. L'avenir révélera comment ces règles seront mises en œuvre en pratique ¹⁹⁵². Dans l'attente de règles plus précises, certains fabricants de supports ont cessé d'acquitter la rémunération, ce qui sera sans aucun doute source d'un contentieux important, déjà initié ¹⁹⁵³. Concernant le droit transitoire, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs censuré, le 15 janvier 2013 ¹⁹⁵⁴, l'article 6-II de la loi du 20 décembre 2011, qui prévoyait le maintien du droit antérieur pour les rémunérations, perçues ou réclamées, qui avaient fait l'objet d'actions contentieuses introduites avant le 18 juin 2011 (date d'annulation de la décision de la Commission « copie privée ») et n'ayant pas fait l'objet de décisions de justice passées en force de chose jugée. Pour les juges du Conseil constitutionnel, cette validation limite la portée, pour les instances en cours, de l'annulation prononcée par le Conseil d'État, afin d'éviter que cette annulation prive les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins de la compensation attribuée au titre de supports autres que ceux acquis notamment à des fins professionnelles dont les conditions d'utilisation ne permettent pas de présumer un usage à des fins de copie privée. Néanmoins, ces motifs financiers invoqués « à l'appui de la validation des rémunérations faisant l'objet d'une instance en cours le 18 juin 2011, qui portent sur des sommes dont l'importance du montant n'est pas établie, ne peuvent être regardés comme suffisants pour justifier une telle atteinte aux droits des personnes qui avaient engagé une procédure contentieuse avant cette date », si bien que le dispositif est abrogé par le Conseil constitutionnel ¹⁹⁵⁵.

En toute hypothèse, l'information concernant la rémunération pour copie privée sera portée à la connaissance des acquéreurs. L'article L. 311-4-1 prévoit ainsi qu'une notice explicative relative à cette rémunération et à ses finalités, qui peut être intégrée au support de façon dématérialisée, mentionne la possibilité de conclure des conventions d'exonération ou d'obtenir le remboursement de la rémunération pour copie privée dans les conditions prévues à l'article L. 311-8. La teneur de cette notice a été définie par un arrêté en date du 24 janvier 2014 ¹⁹⁵⁶. Un décret du 10 décembre 2013 ¹⁹⁵⁷ a précisé qu'à compter du 1^{er} avril 2014, le montant de la rémunération pour copie privée propre à chaque support d'enregistrement doit être porté à la connaissance de l'acquéreur ¹⁹⁵⁸, et que lorsqu'un support est vendu à un acquéreur professionnel, doit s'ajouter à cette information, en pied de facture, la mention de la faculté de remboursement de la rémunération

acquittée à l'occasion de l'achat ¹⁹⁵⁹. Il restera à déterminer si ce système est, dans les faits, conforme à l'arrêt *Amazon* de la Cour de justice de l'Union européenne ¹⁹⁶⁰, qui impose que le droit au remboursement soit effectif, simple d'utilisation et fasse l'objet d'une publicité.

493 ***Débiteurs de la rémunération : arrêts Opus et***

Amazon ◇ L'article L. 311-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose que la rémunération est versée par le fabricant, l'importateur ou la personne qui réalise des acquisitions intracommunautaires de supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres, lors de la mise en circulation en France de ces supports.

Dans un arrêt *Opus* en date du 16 juin 2011 ¹⁹⁶¹, la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie de la question de savoir qui est le débiteur de la compensation équitable dans le cas des ventes à distance transfrontalières de supports de copie. Elle a d'abord indiqué, reprenant la décision *Padawan*, que le débiteur est en principe celui qui réalise une copie privée pour son propre usage, mais que les États peuvent instituer une redevance à la charge des fournisseurs, lesquels répercutent cette charge sur les utilisateurs. Puis, la Cour a considéré que les États membres qui consacrent l'exception de copie privée sont tenus d'établir une perception effective de la compensation équitable, ce qui signifie qu'il appartient aux autorités des États membres de garantir la perception de ladite compensation auprès du vendeur qui a contribué aux importations desdits supports en les mettant à la disposition des utilisateurs finaux. Cela signifie qu'un État pourra demander la compensation liée à une copie intervenant sur son territoire à un opérateur établi dans un autre État membre si cet opérateur a contribué aux importations des supports utilisés pour la copie. En pratique, la règle soulève des difficultés importantes : en particulier, que faire si le fournisseur a déjà acquitté la compensation équitable dans son État ? ¹⁹⁶²

Dans un arrêt *Amazon* rendu le 11 juillet 2013 ¹⁹⁶³, la Cour répond que la rémunération doit être acquittée dans l'État sur le territoire duquel la copie privée est réalisée, peu important une éventuelle perception préalable de la compensation dans le pays d'origine du support. En effet, la cause de la compensation équitable réside non pas dans la mise en circulation de supports d'enregistrement susceptibles de servir à la reproduction, mais dans la reproduction en elle-même ¹⁹⁶⁴. Toutefois, la personne qui a payé préalablement cette redevance dans un État membre

« qui n'est pas territorialement compétent » (c'est-à-dire le pays d'origine du support) peut lui demander le remboursement de celle-ci, conformément à son droit national ¹⁹⁶⁵.

494 « *Marché gris* » des supports d'enregistrement sur Internet ◇ Il résulte de la décision *Opus*, qui impose d'ajouter aux débiteurs mentionnés à l'article L. 311-4 du Code de la propriété intellectuelle le fournisseur situé à l'étranger, que le « marché gris » des supports de copie se trouve condamné. On entend par « marché gris » le marché constitué par l'achat de supports dans des États voisins où la rémunération est basse sans versement d'un complément destiné à atteindre le niveau de la compensation équitable dans l'État de destination ¹⁹⁶⁶. Dans un arrêt rendu le 27 novembre 2008 ¹⁹⁶⁷, la Cour de cassation avait estimé que des cybercommerçants étrangers qui proposaient sur Internet des supports vierges aux consommateurs français sans acquitter la redevance pour copie privée ne commettaient pas de ce seul fait des actes de concurrence déloyale à l'égard du distributeur français Rue du commerce, sur la base d'une interprétation stricte de l'article L. 311-4 (le fait de ne pas informer les consommateurs français de leur obligation de payer la rémunération étant toutefois jugé fautif). Ce raisonnement, suivi par la cour d'appel de renvoi ¹⁹⁶⁸, se trouve désormais condamné par la jurisprudence *Opus*.

De fait, après ces décisions, la société Rue du commerce s'est retournée contre les sociétés de gestion collective Sorecop et Copie France chargées de la perception de la rémunération équitable, leur reprochant de ne pas avoir agi pour lutter contre le marché gris. Dans un jugement du 6 décembre 2011, le tribunal de grande instance de Nanterre ¹⁹⁶⁹ a fait droit à ses demandes, estimant que la jurisprudence de la Cour de cassation constituait « une excuse insuffisante à l'inaction des sociétés Sorecop et Copie France dans leur mission statutaire de collecte de la rémunération pour copie privée auprès de tous les consommateurs de produits redevables de cette rémunération ». Après l'arrêt *Opus*, ces sociétés, « chargées par l'État français de collecter cette rémunération au profit des auteurs lésés et tenues de remplir cette mission statutaire dans le respect du droit communautaire », auraient dû, « en menant des actions de collecte, au besoin judiciaires, de la rémunération pour copie privée à l'encontre de ces distributeurs étrangers, rechercher la nécessaire interprétation du droit français sur la

qualité de redevable de cette rémunération ».

En définitive, l'élimination du marché gris supposerait une harmonisation du montant de la rémunération dans les différents États membres. C'est également sur ce fondement que le tribunal de grande instance de Nanterre a condamné les sociétés Sorecop et Copie France, estimant qu'en tant que membres majoritaires de la Commission « copie privée », elles « ont la possibilité de faire de l'harmonisation des montants de copie privée en France avec ceux des autres États européens, comme moyen de lutte contre le marché gris préjudiciable aux intérêts des ayants droit qu'elles représentent, un élément essentiel de la détermination des montants de copie privée », et qu'en s'abstenant de le faire, elles avaient fait preuve d'une négligence fautive.

495 *Bénéficiaires de la rémunération* ◇ L'article L. 311-7 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que :

- la rémunération pour copie privée des phonogrammes bénéficie, pour moitié, aux auteurs, pour un quart, aux artistes-interprètes et, pour un quart, aux producteurs ;
- la rémunération pour copie privée des vidéogrammes bénéficie à parts égales aux auteurs, aux artistes-interprètes et aux producteurs ;
- la rémunération pour copie privée des œuvres fixées sur tout autre support au titre de leur reproduction sur un support d'enregistrement numérique bénéficie à parts égales aux auteurs et aux éditeurs.

Au sujet de la rémunération pour copie privée des œuvres audiovisuelles, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé dans un arrêt du 9 février 2012 ¹⁹⁷⁰ que c'est le réalisateur d'une telle œuvre qui est le bénéficiaire de plein droit, directement et originairement, de la compensation équitable due au titre de l'exception de copie privée, sans qu'il puisse y renoncer contractuellement. Ce droit est donc d'ordre public.

La perception et la répartition de la rémunération pour copie privée sont effectuées pour le compte des auteurs par les sociétés de gestion collective suivantes : la Sorecop (société pour la rémunération de la copie privée sonore), Copie France (Société pour la perception de la rémunération de la copie privée audiovisuelle), la SOFIA (Société française des intérêts des auteurs de l'écrit) et l'AVA (Société des auteurs des arts visuels associés).

Par ailleurs, en vertu de l'article L. 321-9, ces sociétés utilisent 25 %

des sommes provenant de la rémunération pour copie privée pour des actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant ainsi que pour des actions de formation des artistes. Ce mécanisme s'est trouvé validé par l'arrêt *Amazon* de la Cour de justice de l'Union européenne ¹⁹⁷¹, qui impose toutefois que les sommes destinées à financer des actions culturelles bénéficient indirectement, mais réellement, aux titulaires de droits.

496 *Le cercle de famille* ◇ Selon l'article L. 122-5, 1°, du Code de la propriété intellectuelle, lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire « les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ». Cette disposition, qui protège la vie privée des personnes, suppose, pour être appliquée, que les représentations aient lieu au sein d'un groupe restreint de personnes, au nombre limité, qui aient entre eux des liens de famille ou d'amitié ¹⁹⁷². Dès lors que les œuvres sont communiquées à un nombre important ¹⁹⁷³ ou indéfini d'individus, il ne s'agit plus d'un cercle de famille, mais d'un public. Peu importe, à cet égard, que les personnes accèdent à l'œuvre à des endroits et des moments différents : on se référera à la jurisprudence, étudiée plus haut, relative à la diffusion des œuvres dans les chambres d'hôtel ¹⁹⁷⁴.

Par définition, le cercle de famille trouve difficilement à s'appliquer sur Internet. En effet, les œuvres mises en ligne sont accessibles au monde entier. Une page personnelle constitue un espace public et non pas un « domicile privé virtuel » ¹⁹⁷⁵ – hormis sans doute le cas de sites à l'accès strictement verrouillé ¹⁹⁷⁶.

497 *La représentation accessoire* ◇ Dernière exception « externe » que l'on peut justifier par sa faible incidence, la représentation accessoire des œuvres ne figure pas dans la liste de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Il s'agit pourtant d'une exception jurisprudentielle ancienne : les juges ont estimé, d'abord à propos d'œuvres situées dans des lieux publics, que la représentation accessoire de ces œuvres, en arrière-plan, échappait au monopole des auteurs ¹⁹⁷⁷. La solution a ensuite été étendue aux œuvres situées dans des lieux privés ¹⁹⁷⁸, ce qui permettait de représenter des œuvres en arrière-plan dans des films ou sur des photographies.

La difficulté est que la directive du 22 mai 2001 permettait aux États

membres de consacrer une exception très proche de l'exception de représentation accessoire, consistant en l'« inclusion fortuite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé dans un autre produit ». Mais la France ne l'ayant pas transposée dans la loi du 1^{er} août 2006, faut-il considérer que cette exception est devenue caduque ? Les juges du fond sont partagés sur la question ¹⁹⁷⁹. La Cour de cassation, quant à elle, a indiqué dans un premier temps que la représentation d'une œuvre en arrière-plan devait être considérée comme une inclusion fortuite, constitutive d'une limitation du monopole au sens de la directive, « que le législateur a, selon les travaux préparatoires, entendu transposer en considération du droit positif » ¹⁹⁸⁰. Cette décision est doublement critiquable en ce qu'elle postule une transposition implicite, d'une part, et assimile la représentation accessoire du droit français à l'inclusion fortuite de la directive de 2001, d'autre part. Or, si toutes les inclusions fortuites sont sans doute accessoires, en revanche, toutes les représentations accessoires ne sont pas fortuites ¹⁹⁸¹. Elles peuvent en effet être volontaires. En ce sens, un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 7 avril 2010 avait écarté la théorie de l'accessoire pour une représentation au motif qu'elle n'était pas fortuite, mais relevait d'un choix délibéré ¹⁹⁸². Mais dans un arrêt du 12 juillet 2012, la Cour de cassation a, semble-t-il, modifié sa position, en affirmant que « la notion “d'inclusion fortuite dans un autre produit”, retenue par [...] la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, doit s'entendre comme une représentation accessoire et involontaire par rapport au sujet traité ou représenté » ¹⁹⁸³.

3. Les exceptions justifiées par des intérêts concurrents

498 *Mise en balance des droits et libertés fondamentaux* ◇ Le droit d'auteur connaît des limites tenant à la nécessité de parvenir à un équilibre entre la défense de la propriété intellectuelle et celle d'autres droits et libertés tout aussi fondamentaux, au premier rang desquels la liberté d'information ¹⁹⁸⁴ et la liberté d'expression ¹⁹⁸⁵ – voire, dans certains cas, la liberté d'obtenir un emploi ¹⁹⁸⁶. Il s'agit de limites « internes » en ce sens que, contrairement aux limites « externes », les conditions d'application du monopole sont remplies. L'œuvre est bien communiquée au public, mais un intérêt supérieur ¹⁹⁸⁷ impose qu'une exception soit apportée à ce monopole ¹⁹⁸⁸.

499 ***L'exception d'analyse et de courte citation*** ◇ Première exception justifiée par la liberté d'expression et la liberté d'information, l'exception d'analyse et de citation est prévue à l'article L. 122-5, 3°, a) du Code de la propriété intellectuelle. Ce texte permet, 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 ».

500 ***Brièveté de la citation*** ◇ En ce qui concerne la citation, afin d'être couverte par l'exception, elle doit d'abord être « courte ». La brièveté est un élément factuel qui fait l'objet d'une appréciation au cas par cas par les juges du fond. Ces derniers tiennent compte de la longueur de la citation par rapport à celle de l'œuvre citée, mais également de l'importance de la citation dans l'œuvre citante. Ainsi a-t-il été jugé que la publication de l'extrait d'un texte constituant moins d'un sixième de l'article citant relevait de l'exception de courte citation prévue par les dispositions de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle ¹⁹⁸⁹.

Les œuvres littéraires ne sont pas les seules à pouvoir faire l'objet de courtes citations. La jurisprudence a ainsi admis que puissent être citées des œuvres musicales ou audiovisuelles, à condition, de nouveau, que les citations soient brèves. À propos d'œuvres musicales, il a été jugé qu'une reproduction, fût-elle partielle, qui reprend intégralement les thèmes essentiels de compositions musicales, ne satisfait pas à la condition de brièveté exigée pour la licéité de la citation ¹⁹⁹⁰.

L'exception de courte citation s'applique naturellement sur Internet comme ailleurs, aux mêmes conditions. Ainsi, dans une affaire opposant des titulaires de droits à des radios proposant sur leur site web l'écoute d'extraits musicaux, le juge a estimé que la longueur des extraits, de l'ordre de 30 secondes, s'opposait, au regard de la brièveté des œuvres citées d'une durée de l'ordre de 3 minutes chacune, à ce que ces extraits soient considérés comme de courtes citations ¹⁹⁹¹. De même a-t-il été jugé que la reproduction sur un site web de 36 pages d'un ouvrage en comptant 118 excluait la qualification de courte citation ¹⁹⁹².

501 ***Citation des œuvres artistiques*** ◇ Selon la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, la courte citation d'œuvres

artistiques n'est possible que si les œuvres sont reproduites partiellement. Elle a en effet indiqué que « la représentation intégrale d'une œuvre, quel que soit son format, ne peut s'analyser comme une courte citation »¹⁹⁹³. Peu importe, dès lors, que l'œuvre soit filmée rapidement, dès lors qu'elle est représentée en entier. Peu importe également que l'œuvre soit reproduite sous forme de vignette¹⁹⁹⁴ et que cette reproduction s'accompagne d'autres reprographies d'images de même format, servant à illustrer un texte critique et polémique¹⁹⁹⁵.

Comme précédemment, ces principes s'appliquent aux citations sur Internet. C'est ainsi que les juges ont refusé le bénéfice de l'exception de courte citation à la reproduction de couvertures d'ouvrages dans leur intégralité, même en format réduit¹⁹⁹⁶.

502 *But de la citation* ◇ L'application de l'exception de courte citation suppose également que la citation soit justifiée par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elle est incorporée. Les juges s'attachent à vérifier que les citations remplissent bien un but d'information. C'est ainsi que, dans l'affaire *Google books*, l'exception de courte citation a été écartée au motif que le caractère aléatoire du choix de ces extraits publiés sur Internet déniait tout but d'information¹⁹⁹⁷. De même, à propos des extraits musicaux diffusés en ligne par des radios, il a été jugé que l'exception de courte citation, d'interprétation stricte, ne pouvait être invoquée dès lors que la diffusion des extraits n'était nullement justifiée par le caractère d'information des rubriques dans lesquelles ils s'intégraient et ne servaient à éclairer aucun propos, mais constituaient le propos lui-même¹⁹⁹⁸.

503 *Incorporation de la citation dans une œuvre citante* ◇ Le Code de la propriété intellectuelle subordonne l'exception de courte citation à l'incorporation de la citation à une œuvre citante. En ce sens, les juges ont refusé le bénéfice de l'exception au service « *Google books* » au motif que les extraits reproduits sur Internet n'étaient incorporés à aucune œuvre seconde¹⁹⁹⁹.

Faut-il pour autant que l'œuvre citante soit une « œuvre » au sens du droit d'auteur, ou peut-il s'agir d'un simple document technique banal ? Dans l'arrêt *Painer* du 1^{er} décembre 2011²⁰⁰⁰, la Cour de justice de l'Union européenne a répondu que « le fait qu'un article de presse citant

une œuvre ou un autre objet protégé n'est pas une œuvre littéraire protégée par le droit d'auteur ne fait pas obstacle à l'application » du droit de citation – rejoignant ainsi la position de la Cour de cassation dans ses arrêts *Microfor* ²⁰⁰¹. Ainsi le champ de l'exception se trouve-t-il élargi au bénéfice de la liberté d'expression et d'information.

- 504** *Respect du droit de paternité* ◇ L'article L. 122-5, 3°, du Code de la propriété intellectuelle soumet également le bénéfice de l'exception à la condition que soit mentionné le nom de l'auteur de l'œuvre citée. Ainsi a-t-il été jugé qu'en l'absence d'une telle mention, la reproduction d'extraits d'une œuvre ne peut s'analyser comme une courte citation, sans qu'il soit utile d'apprécier la brièveté des citations ²⁰⁰².

Le droit de l'Union européenne est moins strict. En effet, dans la directive du 22 mai 2001, il est indiqué que la mention de l'auteur et de la source est requise « à moins que cela ne s'avère impossible ». Dans l'arrêt *Painer* précité, la Cour de justice de l'Union européenne a donné une interprétation large de l'impossibilité, ce qui facilite encore l'application de l'exception de courte citation.

- 505** *Analyses critiques, polémiques, pédagogiques, scientifiques ou d'information* ◇ Les remarques faites ci-dessus à propos des courtes citations valent également pour les analyses d'œuvres, sous réserve que ces analyses soient également « justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ». L'exception d'analyse permet de résumer une œuvre sans autorisation de l'auteur, pourvu que l'analyse s'insère dans une œuvre seconde. Elle ne permet toutefois pas de reproduire intégralement l'œuvre, fût-ce pour l'analyser ou la critiquer. Un jugement ²⁰⁰³ intéressant à cet égard a condamné pour contrefaçon un chercheur qui avait reproduit sur son blog le projet de thèse d'un autre, afin d'en faire la critique. Cette décision, conforme à la loi, soulève un certain nombre de questions quant à la pratique de la diffusion des travaux scientifiques à l'heure d'Internet en vue de leur évaluation par la communauté des chercheurs.

- 506** *Exception de revue de presse* ◇ Autre exception destinée à assurer l'information du public, la revue de presse est prévue à l'article L. 122-5, 3°, b), du Code de la propriété intellectuelle. En l'absence de précision

légale, c'est la jurisprudence qui en a donné une définition : la revue de presse consiste en « une présentation conjointe et par voie comparative de divers commentaires émanant de journalistes différents et concernant un même thème ou un même événement » ²⁰⁰⁴. Il s'agit donc de rapprocher des articles de différents auteurs, dont le nom doit être mentionné, sur un même sujet, en vue de les comparer.

La revue de presse peut être effectuée sur un support papier comme sur Internet : il s'agit alors d'une revue de presse en ligne, qui obéit aux mêmes conditions. Il est crucial de distinguer la revue de presse du panorama de presse qui, lui, ne bénéficie d'aucune exception. Le panorama de presse consiste en une compilation d'articles de presse sans que ces derniers soient comparés et sans qu'ils portent nécessairement sur un même thème. Contrairement à la revue de presse, la diffusion du panorama de presse est soumise à l'obtention d'une autorisation, à défaut de laquelle le panorama est contrefaisant ²⁰⁰⁵. Ainsi, le tribunal de grande instance de Nancy a estimé, dans une décision du 6 décembre 2010 ²⁰⁰⁶, qu'une « revue du web » reproduisant une liste chronologique d'articles, faisant chacun l'objet d'une très courte présentation, puis un extrait de chacun de ces articles, ne pouvait bénéficier de l'exception de « revue de presse », au motif que la « revue du web » ne faisait apparaître qu'une liste d'articles « tous relatifs à des sujets différents », de sorte que l'éditeur ne démontrait pas « éditer une revue répondant aux exigences de pluralité d'avis sur un même thème et de comparaison d'opinions ». En revanche, rien n'empêche une « revue du web » de ce type de bénéficier de l'exception de courte citation si les conditions en sont remplies, ce qui était le cas dans ce jugement.

507 *Exception pédagogique* ◇ L'article L. 122-5, 3°, e), du Code de la propriété intellectuelle, issu de la transposition de la directive du 22 mai 2001 par la loi du 1^{er} août 2006, et modifié par la loi du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République ²⁰⁰⁷, dispose que l'auteur ne peut s'opposer à « la représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques et des partitions de musique, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, y compris pour l'élaboration et la diffusion de sujets d'examens ou de concours organisés dans la prolongation des enseignements à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès

lors que cette représentation ou cette reproduction est destinée, notamment au moyen d'un espace numérique de travail, à un public composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés par l'acte d'enseignement, de formation ou l'activité de recherche nécessitant cette représentation ou cette reproduction, qu'elle ne fait l'objet d'aucune publication ou diffusion à un tiers au public ainsi constitué, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10 » ²⁰⁰⁸. Cette exception, qui permet d'effectuer des citations longues ²⁰⁰⁹, a une portée restreinte en raison des conditions strictes auxquelles elle est soumise ²⁰¹⁰. Dans sa rédaction antérieure à la loi du 8 juillet 2013, l'exception voyait également son application exclue s'agissant des « œuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit », c'est-à-dire des œuvres destinées à être exploitées en ligne. La suppression de cette exclusion rend l'exception véritablement applicable dans l'environnement numérique (hormis en ce qui concerne les manuels pédagogiques numériques, en leur qualité d' « œuvres conçues à des fins pédagogiques » ²⁰¹¹). Par ailleurs, étant donné la rémunération que touchent les titulaires de droit en contrepartie, il s'agit davantage d'une licence légale que d'une véritable exception.

508 ***Diffusion des discours*** ◇ Le droit du public à l'information est également garanti par l'article L. 122-5, 3°, c), du Code de la propriété intellectuelle, qui permet « la diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles » ²⁰¹². Cette exception a naturellement vocation à s'appliquer sur Internet, support privilégié des informations d'actualité.

509 ***Reproduction ou représentation des œuvres d'art dans un but d'information*** ◇ Également justifiée par le droit et la liberté d'information est l'exception prévue par l'article L. 122-5, 9°, du Code de la propriété intellectuelle, introduit par la loi du 1^{er} août 2006. Ce

texte autorise « la reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur ».

Cette exception est d'application limitée. En effet, cantonnée au domaine des œuvres d'art, elle ne s'applique pas aux œuvres « qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information ». Ainsi la reproduction sur Internet de photographies relatant des défilés de mode ne peut-elle pas bénéficier de l'exception ²⁰¹³ : d'une part, le défilé de mode ne constitue pas une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale ; d'autre part, l'exception ne s'applique pas aux œuvres dérivées. Ce raisonnement des juges français a été validé par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a estimé qu'il ne contrevenait pas au principe de légalité des délits et des peines, et qu'il constituait une ingérence dans la liberté d'expression justifiée par la protection des droits d'autrui ²⁰¹⁴. Par ailleurs, les reproductions et représentations doivent être « en stricte proportion avec le but exclusif d'information immédiate poursuivi ». Dès lors que la reproduction excède la simple relation de l'événement d'actualité relaté, cette reproduction relève de l'exploitation de l'œuvre, laquelle, n'ayant pas été autorisée, constitue un acte de contrefaçon ²⁰¹⁵.

Il convient d'ajouter à cette exception une autre disposition relative aux œuvres d'art : selon l'article L. 122-5, 3°, d), du Code de la propriété intellectuelle, l'auteur ne peut interdire « 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 ».

510 ***Extension prétorienne de l'exception de reproduction « dans un but informatif » en dehors de toute actualité*** ◇ Il est utile de mentionner ici deux décisions françaises ayant permis, en dehors de toute exception légale, la reproduction ou la représentation intégrale d'œuvres, le cas échéant autres que des œuvres d'art, à des fins informatives, en l'absence de tout contexte d'actualité.

Dans son arrêt *Microfor* ²⁰¹⁶ en date du 30 octobre 1987, la Cour de cassation a ainsi considéré que l'édition à des fins documentaires d'un index comportant la mention de titres originaux en vue d'identifier les

œuvres répertoriées ne portait pas atteinte au droit exclusif d'exploitation de l'auteur. Néanmoins, la portée de cette décision reste limitée, dans la mesure où, d'une part, il ne s'agissait que de titres, et d'autre part, leur reproduction avait pour seul but d'identifier les œuvres, et non pas de communiquer les œuvres elles-mêmes au public.

Mais un jugement ²⁰¹⁷ rendu le 20 juin 2013 par le tribunal de grande instance de Paris est allé plus loin. Dans cette affaire, le juge avait été saisi d'une action en contrefaçon intentée par une société contre son ancienne employée, architecte, qui avait, dans le cadre de la recherche d'un nouvel emploi, diffusé sur le site web <calameo.fr> un portfolio de ses créations dont certaines, réalisées à l'initiative de la société, constituaient des œuvres collectives. Le tribunal a refusé de faire droit aux demandes de l'ancien employeur, en considérant qu'il n'était pas admissible que l'exercice des droits patrimoniaux ait pour effet de priver l'architecte de la faculté de diffuser son « book », dès lors qu'en pratique, la constitution d'un portfolio était nécessaire à la recherche d'un emploi, et qu'il était « quasiment impossible » de trouver un emploi sans ce portfolio ²⁰¹⁸. Cette décision, qui a pour effet de valider la pratique des « books » professionnels dans le cas où les auteurs de ces books ne sont pas titulaires des droits sur les œuvres reproduites, se justifie au regard du droit d'obtenir un emploi, visé à l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Il n'en demeure pas moins qu'elle constitue une extension prétorienne notable des exceptions en principe limitativement énumérées par le Code de la propriété intellectuelle.

511 ***Reproductions à des fins de conservation et de consultation*** ◇ L'article L. 122-5, 8°, du Code de la propriété intellectuelle, permet d'effectuer sans autorisation « la reproduction d'une œuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers, dans les locaux de l'établissement et sur des terminaux dédiés par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial ». Cette exception ²⁰¹⁹, qui vise à favoriser l'archivage et la diffusion des informations, autorise les bibliothèques à reproduire les œuvres, aussi bien sur papier que de manière numérique. Potentiellement dangereuse pour les titulaires de droits, qui ne se voient

pas rémunérés pour ces utilisations, elle permet également aux bibliothèques de communiquer les œuvres à un public important, sur des supports physiques comme dématérialisés, par le biais des ordinateurs de l'établissement. La loi est ambiguë quant à la possibilité d'une communication des œuvres à distance, c'est-à-dire en ligne. Une telle possibilité paraît toutefois exclue par l'esprit du texte, qui vise seulement à permettre la conservation et la consultation des œuvres ²⁰²⁰.

512 *Diffusion au bénéfice des personnes handicapées* ◇ La loi du 1^{er} août 2006 a également introduit dans le Code de la propriété intellectuelle une exception au bénéfice des personnes handicapées. Selon l'article L. 122-5, 7°, l'auteur ne peut interdire « la reproduction et la représentation par des personnes morales et par les établissements ouverts au public, tels que bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia, en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre par des personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, dont le niveau d'incapacité est égal ou supérieur à un taux fixé par décret en Conseil d'État, et reconnues par la commission départementale de l'éducation spécialisée, la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel ou la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du Code de l'action sociale et des familles, ou reconnues par certificat médical comme empêchées de lire après correction ».

513 *Exception de parodie* ◇ Enfin, la liberté d'expression – qui a valeur constitutionnelle ²⁰²¹ – justifie l'exception posée par l'article L. 122-5, 4°, du Code de la propriété intellectuelle, en faveur de « la parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ». Cela signifie qu'il est possible d'utiliser une œuvre, sans l'autorisation de l'auteur, pourvu que l'objectif soit humoristique : comme l'indique un jugement, la parodie s'entend comme le travestissement, sinon burlesque ou comique, du moins humoristique, d'une œuvre antérieure immédiatement identifiée, et une certaine dose de vulgarité, quelque outrancière qu'elle puisse être, n'en est pas moins conforme aux lois d'un genre qui n'implique pas nécessairement le raffinement et la subtilité ²⁰²². Il est en revanche nécessaire que la seule intention soit humoristique. En

effet, la poursuite d'un but parasitaire ne permet pas à l'œuvre seconde d'échapper au monopole des auteurs de l'œuvre originale ²⁰²³.

La jurisprudence a, en outre, précisé que l'usage de l'œuvre ne doit pas entraîner, pour le public, un risque de confusion entre la parodie et l'œuvre parodiée, et que la parodie ne doit pas non plus traduire une volonté de nuire ²⁰²⁴. Ainsi a-t-il été jugé que l'utilisation d'une chanson dont les paroles avaient été modifiées était sans confusion possible avec l'œuvre première, et n'apparaissait nullement destinée à ridiculiser cette œuvre, mais à faire sourire le spectateur ²⁰²⁵. De même l'exception de parodie a-t-elle été appliquée aux auteurs du journal *Le Monte*, lequel reproduisait les éléments qui caractérisent l'originalité du titre, de la maquette et de la charte graphique du journal *Le Monde*, aux motifs que ce pastiche ne dénaturait pas la ligne éditoriale du quotidien, n'avait pas pour intention de nuire à ses rédacteurs, et revendiquait clairement sa nature de pastiche ²⁰²⁶.

La parodie trouve un terrain privilégié sur Internet, mais dans la plupart des cas, ce sont des marques et non pas des œuvres qui se trouvent tournées en dérision. Il est néanmoins possible de concevoir qu'un internaute puisse parodier le site web d'un tiers. À supposer que la question de la contrefaçon se pose, ce qui suppose que le site soit qualifié d'œuvre de l'esprit originale ²⁰²⁷, un tel acte serait couvert par l'exception de parodie pourvu que les conditions en soient remplies. Tel n'a pas été le cas dans une affaire opposant la société OneTel à l'auteur d'un site web intitulé <Onetelfuck>, qui reprenait systématiquement les caractéristiques (titre, présentation, mise en page, couleurs, intitulés des rubriques) du site de la société : si le site en cause se présentait comme une parodie, le juge a considéré à l'examen de son contenu que l'exception de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle ne pouvait lui être appliquée car son contenu établissait une nette intention de nuire à la société Onetel en dénigrant ses services ²⁰²⁸.

514 Le contenu et les limites de la protection du droit d'auteur ayant été exposés, il convient de s'intéresser à la mise en œuvre de cette protection.

SECTION 4. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION

515 La défense des droits exclusifs des auteurs passe, d'une part, par l'utilisation de mesures préventives (§ 1), et, d'autre part, par l'utilisation de mesures curatives (§ 2).

§ 1. Les mesures préventives

516 La défense des droits exclusifs constitue un enjeu particulièrement important dans l'environnement numérique, en raison du risque accru d'atteinte au monopole des auteurs sur Internet. Deux sortes de mesures préventives sont à la disposition des titulaires de droits : des mesures d'information et d'identification (A) et des mesures techniques de protection des œuvres (B).

A. Les mesures d'information et d'identification

517 *Information des internautes utilisateurs* ◇ En premier lieu, les titulaires de droits peuvent accompagner la diffusion de leurs œuvres sur Internet d'informations sur les conditions d'utilisation de ces œuvres. L'article L. 331-11 définit ainsi l'information électronique comme « toute information fournie par un titulaire de droits qui permet d'identifier une œuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou un titulaire de droit », et « toute information sur les conditions et modalités d'utilisation d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme [...] ». Il existe ainsi une variété de technologies qui assurent l'information quant aux droits sur les réseaux ²⁰²⁹.

Ces informations peuvent prendre la forme de conditions générales d'utilisation. Tel est le cas notamment des œuvres diffusées sous licence *Creative commons* ²⁰³⁰ : les modalités d'utilisation sont indiquées aux internautes par le biais de pictogrammes et de fenêtres qu'ils peuvent ouvrir. On aboutit ainsi à un mode de « gestion électronique des droits » ²⁰³¹ d'auteur. Les outils utilisés pour l'information des utilisateurs peuvent en effet prendre également en charge la perception des paiements et la répartition des droits perçus.

518 *Identification des œuvres de l'esprit sur Internet* ◇ Le Code de la propriété intellectuelle vise également à l'article L. 331-11 « tout

numéro ou code représentant tout ou partie » des informations décrites ci-dessus. Sont ici concernés les dispositifs de tatouage numérique des œuvres permettant d'en assurer l'identification à tout moment sur Internet ²⁰³², et notamment la technique du *watermarking* ²⁰³³, qui consiste à modifier certains « bits » dits « inutiles » d'une image ou d'un son en y encodant, de manière invisible, les informations relatives à la titularité des droits. Ce codage peut être déchiffré à l'aide d'un logiciel. Le *fingerprinting* est une autre technique consistant à générer l'empreinte digitale d'un fichier permettant de détecter automatiquement les contenus faisant l'objet de droits exclusifs ²⁰³⁴. Le marquage est indélébile, et peut être retrouvé même après une altération ou un découpage de l'œuvre. Chaque exemplaire de l'œuvre peut également contenir un numéro de série unique, de telle sorte qu'une copie piratée mise en ligne révélera l'exemplaire d'origine à partir duquel la contrefaçon a été réalisée ²⁰³⁵.

519 ***Protection pénale des mesures d'information et d'identification*** ◇

L'article L. 335-3-2 du Code de la propriété intellectuelle punit de 3 750 euros d'amende « le fait de supprimer ou de modifier, sciemment et à des fins autres que la recherche, tout élément d'information visé à l'article L. 331-11, par une intervention personnelle ne nécessitant pas l'usage d'une application technologique, d'un dispositif ou d'un composant existant, conçus ou spécialement adaptés à cette fin, dans le but de porter atteinte à un droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte ».

Surtout, il punit de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende « le fait de procurer ou proposer sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour supprimer ou modifier, même partiellement, un élément d'information visé à l'article L. 331-11, dans le but de porter atteinte à un droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte », ainsi que « le fait, sciemment, d'importer, de distribuer, de mettre à disposition du public sous quelque forme que ce soit ou de communiquer au public, directement ou indirectement, une œuvre dont un élément d'information mentionné à l'article L. 331-11 a été supprimé ou modifié dans le but de porter atteinte à un droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte ».

B. Les mesures techniques de protection

- 520 ***Protection pénale*** ◇ Les mesures techniques de protection des œuvres, déjà décrites ²⁰³⁶, imposées par la directive du 22 mai 2001 – elle-même inspirée du Traité de l'OMPI du 20 décembre 2006 – font l'objet d'une protection pénale. L'article L. 335-3-1 du Code de la propriété intellectuelle incrimine en effet, en les sanctionnant de peines identiques, les actes réprimés par l'article L. 335-3-2 s'agissant des mesures d'information. Est ainsi sanctionné le fait de porter atteinte sciemment à une mesure technique efficace de protection ou de contrôle, ainsi que le fait de procurer ou proposer à autrui les moyens d'y parvenir. Cette disposition concerne donc tant le fait de « *cracker* » une protection ²⁰³⁷ que de fournir un logiciel permettant de le faire ²⁰³⁸. Ainsi des internautes ont-ils été condamnés pour avoir mis sur le marché en ligne, à titre onéreux, des dispositifs appelés « *linkers* » permettant de déverrouiller des jeux vidéo ²⁰³⁹.

§ 2. Les mesures curatives

- 521 ***Sanctions des atteintes aux droits exclusifs*** ◇ Les titulaires de droits peuvent agir en justice dès lors que ces droits ont été violés. Ils peuvent alors intenter une action en contrefaçon (A). Dans l'environnement numérique, un dispositif particulier a en outre été mis en place pour la répression du téléchargement illégal (B). Il conviendra d'ajouter de brefs développements relatifs à des questions périphériques touchant à la contrefaçon sur Internet (C).

A. L'action en contrefaçon

- 522 ***Action civile ou pénale*** ◇ La contrefaçon d'œuvres de l'esprit protégées constitue à la fois un délit civil (1) et un délit pénal (2). La victime de la contrefaçon dispose ainsi d'une option quant au choix de l'action à mener.

1. La contrefaçon, délit civil

- 523 ***Élément matériel*** ◇ La contrefaçon civile est constituée par toute

atteinte aux droits exclusifs de l'auteur ou de ses ayants droit ²⁰⁴⁰. L'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose ainsi que « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque ». En conséquence, dès lors qu'une œuvre originale est reproduite, représentée ou, de façon plus générale, communiquée au public, sans l'autorisation des titulaires de droits – pourvu naturellement qu'aucune exception au droit d'auteur ne s'applique –, ces titulaires peuvent agir en contrefaçon afin de voir réparer leur préjudice. On l'a indiqué, cette règle s'applique sans difficulté sur Internet. Ainsi les juges ont-ils qualifié de contrefaçons la mise en ligne d'une œuvre audiovisuelle sur un blog ²⁰⁴¹ ou sur une plate-forme d'hébergement ²⁰⁴², la diffusion sur Internet de livres numérisés ²⁰⁴³, ou encore le téléchargement par *peer-to-peer*, aussi bien montant ²⁰⁴⁴ que descendant ²⁰⁴⁵.

524 *Preuve* ◇ La preuve de l'élément matériel sera aisée à apporter lorsque l'œuvre est représentée ou reproduite à l'identique. S'agissant des imitations, les juges apprécient la contrefaçon en se fondant sur les ressemblances entre les œuvres ²⁰⁴⁶. La contrefaçon sur Internet peut être prouvée par un constat d'huissier. Il est alors indispensable que l'huissier vide la mémoire cache de son ordinateur avant la réalisation du constat, car il faut être certain que la page affichée est réellement celle qui est en ligne à la date et à l'heure du constat et non une page présente dans la mémoire du serveur proxy ²⁰⁴⁷. En revanche, la jurisprudence française dénie toute force probante aux pages archivées par la bibliothèque « Internet Archive », faute de fiabilité établie du système ²⁰⁴⁸.

Le Code de la propriété intellectuelle accorde aux auteurs et ayants droit un droit d'information ²⁰⁴⁹, permettant au juge saisi au fond ou en référé d'« ordonner, au besoin sous astreinte, afin de déterminer l'origine et les réseaux de distribution des marchandises et services qui prétendent porter atteinte aux droits du demandeur, la production de tous documents ou informations détenus par le défendeur ou par toute personne qui a été trouvée en possession de telles marchandises ou fournissant de tels services ou a été signalée comme intervenant dans la production, la fabrication ou la distribution de ces marchandises ou la fourniture de ces services » (art. L. 331-1-2).

525 *Élément moral* ◇ En matière civile, la bonne ou la mauvaise foi est indifférente. En effet, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la contrefaçon est caractérisée par la présence du seul élément matériel, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi ²⁰⁵⁰. Néanmoins, les juges acceptent d'écarter la contrefaçon lorsque le prétendu contrefacteur prouve que la similitude des œuvres est due à une rencontre fortuite ²⁰⁵¹. Mais « à l'époque d'une diffusion mondiale des œuvres sur le réseau Internet, il sera délicat de prouver l'impossibilité d'avoir eu connaissance de l'œuvre arguée de contrefaçon » ²⁰⁵².

526 *Tribunaux compétents* ◇ En vertu de l'article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle, les actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire ²⁰⁵³. Ces tribunaux sont au nombre de neuf, selon le Code de l'organisation judiciaire (art. D. 211-6-1).

Depuis la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011 ²⁰⁵⁴, cet article précise *in fine* que « les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil » ²⁰⁵⁵.

527 *Sanctions : dommages et intérêts* ◇ La loi du 29 octobre 2007 relative à la lutte contre la contrefaçon ²⁰⁵⁶, complétée par une loi du 11 mars 2014 ²⁰⁵⁷, a renforcé les sanctions de la contrefaçon.

En ce qui concerne la sanction principale, la condamnation à indemniser les titulaires de droit par des dommages et intérêts ²⁰⁵⁸, la loi du 29 octobre 2007 a introduit une option au bénéfice des demandeurs. L'article L. 331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle propose en effet deux méthodes permettant au juge d'évaluer le montant des dommages et intérêts. Celui-ci peut prendre en considération « distinctement : 1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ; 2° Le préjudice moral causé à cette dernière ; 3° Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits ». Mais il peut également, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de

dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme « est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte », et « n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée ».

Les deux modes d'évaluation confèrent aux dommages-intérêts une vocation répressive, correspondant à la volonté du législateur d'instaurer des sanctions dissuasives ²⁰⁵⁹. En effet, la première méthode d'évaluation fixe trois critères à prendre en compte. Les « conséquences économiques négatives » et le « préjudice moral » ne posent pas de difficulté, en ce qu'ils s'intègrent parfaitement au sein de la théorie classique de la responsabilité civile, correspondant aux désormais classiques perte subie, gain manqué et atteinte à la valeur des droits de propriété intellectuelle ²⁰⁶⁰. Mais il en va autrement des « bénéfices » réalisés par le contrefacteur. Leur prise en compte permet d'allouer aux titulaires de droits une indemnité dépassant l'exact préjudice réellement subi. Les bénéfices sont ainsi détachés du préjudice, le juge civil pouvant réparer plus que le préjudice ²⁰⁶¹. En ce sens, la référence aux bénéfices est le symptôme d'une pénalisation du droit civil, car elle imprime aux dommages-intérêts une nature punitive. L'analyse de la jurisprudence révèle que cette voie est privilégiée par les demandeurs ²⁰⁶². Certaines décisions ont pleinement pris en compte les bénéfices du contrefacteur pour fixer le montant de l'indemnisation : ainsi, dans l'affaire *Radioblogclub*, déjà évoquée, la cour d'appel de Paris ²⁰⁶³ (approuvée par la Cour de cassation ²⁰⁶⁴) a confirmé un jugement ²⁰⁶⁵ qui avait attribué aux demandeurs la somme de 1 089 755 € en prenant en compte l'intégralité des recettes réalisées par les contrefacteurs.

En ce qui concerne la seconde méthode d'évaluation, là encore, elle peut être un outil de répression offert au juge civil. En effet, en se contentant de viser une somme devant « être supérieure à » un référent donné, la loi vise seulement un plancher, mais pas de plafond pour l'indemnité. Non seulement cette dernière est détachée du préjudice dans son principe, en ce qu'elle dépend de droits non perçus rétroactivement mesurés, mais surtout, elle peut largement excéder le préjudice réellement subi. Le juge est libre, une fois la demande de la victime effectuée, de fixer des dommages-intérêts forfaitaires bien supérieurs au plancher légal et au préjudice. Cette méthode d'évaluation n'est que peu utilisée par les juges. On peut toutefois relever l'affaire *Wizzgo*, dans laquelle les juges ²⁰⁶⁶ ont condamné Wizzgo à verser aux titulaires de

droits la somme de 480 000 €.

Précisons encore que les sanctions civiles sont sans préjudice d'éventuelles sanctions du travail. Il a ainsi été admis que le téléchargement illégal d'œuvres musicales à partir d'un ordinateur de travail justifie le licenciement du salarié pour faute grave ²⁰⁶⁷.

528 ***Sanctions : mesures complémentaires*** ◇ En complément des dommages et intérêts, les juges peuvent ordonner la cessation des atteintes aux droits exclusifs ²⁰⁶⁸. Sur Internet, la cessation se traduira par le retrait de l'œuvre contrefaisante des réseaux.

En outre, la loi du 29 octobre 2007 a octroyé au juge civil des pouvoirs que détenait traditionnellement le seul juge pénal. Ainsi l'article L. 331-1-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose-t-il qu'en cas de condamnation civile pour contrefaçon, la juridiction peut ordonner, à la demande de la partie lésée, que les objets réalisés ou fabriqués portant atteinte au droit d'auteur et les matériaux ou instruments ayant principalement servi à leur réalisation ou fabrication soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée. Le juge peut également ordonner la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par la contrefaçon, qui seront remises à la partie lésée ou à ses ayants droit.

Enfin, le juge peut ordonner toute mesure appropriée de publicité du jugement, notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits dans les journaux ou sur les services de communication au public en ligne qu'il désigne ²⁰⁶⁹.

529 ***Mesures provisoires*** ◇ Il convient enfin de mentionner les mesures provisoires qui peuvent être ordonnées en cas d'urgence.

Le référé de droit commun est possible, à condition de respecter les conditions des articles 808 et 809 du Code de procédure civile.

La loi du 12 juin 2009 a par ailleurs introduit dans le Code de la propriété intellectuelle une procédure spécifique à la contrefaçon sur Internet ²⁰⁷⁰. Cette procédure est régie par l'article L. 336-2, selon lequel « en présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les

œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits [...] ou des organismes de défense professionnelle [...], toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier » – à condition toutefois que ces mesures soient strictement nécessaires à la préservation des droits ²⁰⁷¹. C'est ainsi que, dans l'affaire *Google Suggest*, la Cour de cassation a reproché aux juges du fond de ne pas avoir appliqué cette disposition, alors que « les mesures sollicitées [la suppression des termes “Torrent”, “Megaupload” et “Rapidshare” des suggestions proposées sur le moteur de recherche ainsi que celle des suggestions associant ces termes aux noms d'artistes et/ou aux titres d'albums ou de chansons] tendaient à prévenir ou à faire cesser [les atteintes au droit d'auteur] par la suppression de l'association automatique des mots-clés avec les termes des requêtes, de la part des sociétés Google qui pouvaient ainsi contribuer à y remédier en rendant plus difficile la recherche des sites litigieux » ²⁰⁷². De même le tribunal de grande instance de Paris a-t-il condamné Dailymotion à retirer de son moteur de recherche des suggestions de mots-clés désignant les chaînes de télévision TF1 et LCI, car ces suggestions permettaient « d'accéder facilement aux programmes produits par ces dernières et mis en ligne en violation de leurs droits » ²⁰⁷³.

Cette disposition a été mise en œuvre pour la première fois en référé par un jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 28 novembre 2013 ²⁰⁷⁴. Dans cette décision très remarquée, longue de 46 pages, le tribunal a ordonné aux fournisseurs d'accès Internet en France d'empêcher l'accès, à partir du territoire français, à des sites de *streaming* illégal parmi lesquels <dpstream.tv> et <fifostream.tv>, et a ordonné à plusieurs moteurs de recherche d'empêcher sur leurs services l'apparition de toute réponse renvoyant vers ces sites. Dans son arrêt *UPC* du 27 mars 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé la possibilité pour les juges nationaux d'adresser pareilles injonctions aux fournisseurs d'accès Internet, dans des limites qu'elle définit ²⁰⁷⁵.

La question se pose néanmoins, lorsque de telles mesures sont ordonnées, de savoir qui doit supporter les coûts du blocage. S'agit-il des ayants droit, comme l'a estimé le Tribunal de grande instance de Paris dans la décision précitée (ce qui a conduit à un appel des ayants droit sur ce point), ou bien des opérateurs et intermédiaires techniques ? Dans les

conclusions qu'il a rendues dans l'affaire *UPC*, l'Avocat général Cruz Villalón, estime que le coût peut être mis à la charge des intermédiaires, hormis le cas où « une mesure en particulier devait s'avérer disproportionnée eu égard à sa complexité, à son coût et à sa durée ». Dans pareil cas, il conviendrait d'apprécier « si le fait de mettre ledit coût, en tout ou en partie, à la charge du titulaire des droits est une mesure susceptible de rétablir la proportionnalité »²⁰⁷⁶. La Cour de justice ne s'est malheureusement pas explicitement prononcée sur ce point. Elle indique toutefois, dans l'arrêt *UPC*, que les injonctions de blocage adressées aux fournisseurs d'accès Internet restreignent la liberté d'entreprise de ceux-ci puisqu'elles les obligent à prendre des mesures qui sont susceptibles de représenter un coût important, d'avoir un impact considérable sur l'organisation de leurs activités ou de requérir des solutions techniques difficiles et complexes. Pour autant, selon la Cour, de telles injonctions ne portent pas atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise des fournisseurs d'accès à Internet, dans la mesure où ces derniers doivent pouvoir choisir de mettre en place des mesures qui soient les mieux adaptées aux ressources et aux capacités dont ils disposent et qui soient compatibles avec les autres obligations et défis auxquels ils doivent faire face dans l'exercice de leur activité, et dans la mesure où, pouvant s'exonérer de leur responsabilité en prouvant qu'ils ont pris toutes les mesures raisonnables, ces intermédiaires ne sont pas tenus de faire des « sacrifices insupportables »²⁰⁷⁷. Il semble donc bien que les frais afférents aux mesures de blocage puissent être mises à la charge des intermédiaires techniques.

Il existe également une procédure de saisie-contrefaçon, décrite à l'article L. 332-1 du Code de la propriété intellectuelle. Elle permet aux titulaires de droits de prouver rapidement l'atteinte à leurs droits et de limiter cette atteinte, à charge à eux de saisir au fond la juridiction compétente pour intenter une action en contrefaçon dans un délai de 20 jours ouvrables.

2. La contrefaçon, délit pénal

530 *Élément matériel* ◇ Les lois successives relatives à la contrefaçon en général et au droit d'auteur en particulier ont multiplié les incriminations.

Le Code de la propriété intellectuelle indique d'abord, en son

article L. 335-2, que « toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit ». Sont également incriminés par cet article le débit, l'exportation, l'importation, le transbordement ou la détention aux fins précitées des ouvrages contrefaisants.

Ensuite, l'article L. 335-3 dispose qu'« est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi »²⁰⁷⁸.

La loi du 12 juin 2009 a ajouté aux actes constituant des délits de contrefaçon « toute captation totale ou partielle d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle en salle de spectacle cinématographique ».

Enfin, l'article L. 335-4 prévoit qu'est également punissable le défaut de versement de la rémunération due à l'auteur au titre de la copie privée.

Il faut également ajouter à ces infractions les délits, déjà mentionnés, relatifs à la fourniture de logiciels manifestement destinés à la mise à disposition du public d'œuvres²⁰⁷⁹ ainsi qu'aux atteintes aux mesures techniques de protection et d'information²⁰⁸⁰.

531 *Application sur Internet* ◇ Le téléchargement d'œuvres protégées par le biais de réseaux *peer-to-peer* constitue sans aucun doute un délit de contrefaçon, ce qu'a reconnu la jurisprudence²⁰⁸¹. La contrefaçon s'est banalisée sur Internet, avec la présence de copies piratées de DVD (les DVD-Rip) de films dès leur diffusion en salle²⁰⁸², ce qui a conduit le législateur à vouloir traiter le téléchargement illégal différemment des autres formes de contrefaçon : il était ainsi prévu, en 2006, d'ériger en simple contravention le fait de reproduire illicitement des œuvres de l'esprit qui avaient été mises à disposition par un logiciel d'échange ainsi que leur communication non commerciale au public par le biais d'un tel logiciel. Mais le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition, au motif que cette différence de traitement non justifiée serait contraire au principe d'égalité devant la loi pénale²⁰⁸³.

532 *Élément moral* ◇ En matière pénale, l'élément intentionnel est requis.

La contrefaçon est un délit intentionnel ; mais les juges ont instauré une présomption de mauvaise foi ²⁰⁸⁴. En réalité, l'élément intentionnel se déduit de l'élément matériel. C'est ainsi qu'il a été jugé, à propos du téléchargement de fichiers musicaux, que la seule matérialité des actes de téléchargement accomplis par un internaute, implique que ces actes ont été accomplis sciemment ²⁰⁸⁵.

En revanche, la présomption ne peut s'appliquer aux éventuels complices de la contrefaçon. C'est ainsi que les juges ont relaxé des annonceurs, mis en cause pour complicité par diffusion de publicités aux côtés des liens permettant l'accès à des fichiers piratés, au motif qu'aucune participation active et intentionnelle dans la commission de la contrefaçon n'avait été démontrée à leur encontre ²⁰⁸⁶.

533 ***Sanctions principales*** ◇ Selon le Code de la propriété intellectuelle, les sanctions encourues pour les délits de contrefaçon ²⁰⁸⁷ sont au maximum de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende (art. L. 335-2 et L. 335-4). Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende pour les actes commis en bande organisée. Elles sont par ailleurs doublées en cas de récidive ou lorsque le contrefacteur est lié par convention à la partie lésée.

Lorsque l'auteur de la contrefaçon est une personne morale, les peines d'amende peuvent être quintuplées (art. L. 335-8). Les personnes morales peuvent également se voir dissoutes.

En pratique, les juges n'ont que rarement condamné des internautes ayant téléchargé des œuvres illégalement à des peines de prison ferme : dans tous les cas, les contrefacteurs avaient tiré un profit commercial des contrefaçons ²⁰⁸⁸. Dans la plupart des cas, les pirates ont été condamnés à des peines d'emprisonnement avec sursis ²⁰⁸⁹ ou d'amende avec sursis ²⁰⁹⁰.

534 ***Sanctions complémentaires*** ◇ Comme en matière civile, les sanctions principales peuvent être complétées par des sanctions complémentaires.

Ainsi l'article L. 335-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit-il que le tribunal peut ordonner la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée au plus de cinq ans, de l'établissement ayant servi à commettre la contrefaçon.

Les sanctions civiles complémentaires sont également applicables en matière pénale. Il s'agit de la confiscation ²⁰⁹¹, du rappel et de la

destruction des marchandises (art. L. 335-6) et de la publication de la décision ²⁰⁹².

Enfin, la loi du 28 octobre 2009 a ajouté à l'arsenal répressif, dans les cas où l'infraction est commise au moyen d'un service de communication au public en ligne, une peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un an, assortie de l'interdiction de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur un service de même nature auprès de tout opérateur (art. L. 335-7). Cette sanction s'inscrit dans le récent dispositif juridique relatif à la répression du téléchargement illégal, qu'il convient d'étudier.

B. La répression du téléchargement illégal

535 *Loi HADOPI du 12 juin 2009* ◇ Devant l'ampleur croissante du phénomène du téléchargement illégal sur Internet, le législateur a cherché à apporter une réponse spécifique à cette forme de contrefaçon ²⁰⁹³. À la suite de la censure par le Conseil constitutionnel de la disposition de la loi du 1^{er} août 2006 qualifiant le téléchargement de simple contravention, et au terme de longs débats ²⁰⁹⁴, a été adopté en mai 2009 un projet de loi visant à favoriser la diffusion et la protection de la création sur Internet ²⁰⁹⁵. Ce projet, devenu la loi dite « HADOPI » du 12 juin 2009 ²⁰⁹⁶, a institué une Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur l'Internet (HADOPI), autorité administrative indépendante chargée de prendre des mesures visant à prévenir le piratage des œuvres. Cette autorité assure, selon l'article L. 331-13 du Code de la propriété intellectuelle, les trois missions suivantes :

« 1° Une mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite des œuvres et des objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne ;

2° Une mission de protection de ces œuvres et objets à l'égard des atteintes à ces droits commises sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne ;

3° Une mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin ».

La loi du 12 juin 2009 a également créé l'obligation, pour toute personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne, de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés. Cette obligation figure désormais à l'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle.

536 *Décision du Conseil constitutionnel* ◇ Mais le projet de loi HADOPI a subi la censure partielle du Conseil constitutionnel le 10 juin 2009²⁰⁹⁷. Plus précisément, ce sont les sanctions des manquements à cette obligation qui ont été jugés inconstitutionnels. Le projet de loi prévoyait que la commission de protection des droits de la HADOPI puisse mettre en œuvre une « réponse graduée », consistant en l'envoi d'avertissements, d'abord par courrier électronique, puis par lettre recommandée ; si l'internaute persistait, la HADOPI aurait alors pu prononcer la suspension de son abonnement Internet, pour une durée de trois mois à un an – sanction à laquelle le Parlement européen avait manifesté une vive opposition.

C'est cette dernière partie qu'a censurée le Conseil constitutionnel, jugeant contraire à la Constitution le pouvoir de sanction attribué à l'autorité administrative. Le Conseil a souligné la valeur essentielle du droit à la libre communication des pensées et des opinions, garanti par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, et a indiqué qu'« en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services »²⁰⁹⁸. Il a ensuite indiqué que les pouvoirs de sanction institués par le projet de loi habilite la commission de protection des droits, qui n'est pas une juridiction, à restreindre ou à empêcher l'accès à Internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier. Or, « la compétence reconnue à cette autorité administrative n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étend à la totalité de la population », et « ses pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ». Il en résulte que « dans ces

conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins ».

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a jugé que le projet de loi opérait un renversement de la présomption d'innocence. En effet, en prévoyant que la réalisation d'un acte de contrefaçon à partir de l'adresse Internet de l'abonné constituait la matérialité des manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle, et que, pour s'exonérer de ces sanctions, il incombait à l'abonné de produire les éléments de nature à établir que l'atteinte portée au droit d'auteur procédait de la fraude d'un tiers, la loi instituait « une présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire de l'accès à Internet, pouvant conduire à prononcer contre lui des sanctions privatives ou restrictives de droit ».

En conséquence, le Conseil a décidé que la HADOPI ne pouvait prononcer les sanctions en cause. Elle ne peut jouer qu'un rôle préalable à une procédure judiciaire, justifié « par l'ampleur des contrefaçons commises au moyen d'Internet et l'utilité, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de limiter le nombre d'infractions dont l'autorité judiciaire sera saisie ».

537 *Loi HADOPI 2 du 28 octobre 2009* ◇ Le Conseil constitutionnel ayant jugé que seule une autorité judiciaire pouvait prononcer des peines privatives de la liberté fondamentale d'expression et de communication sur Internet, le dispositif HADOPI a été complété par la loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet ²⁰⁹⁹. Cette loi, dite « HADOPI 2 », a été validée pour l'essentiel par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 octobre 2009 ²¹⁰⁰. Elle prévoit un dispositif judiciaire pour sanctionner les internautes ayant téléchargé illégalement des œuvres protégées. Des procédures simplifiées sont mises en place : ainsi les sanctions peuvent-elles être prononcées, par la voie d'ordonnances pénales, par les tribunaux correctionnels siégeant à juge unique. Quant à la peine de suspension de l'abonnement Internet, elle ne peut désormais être prononcée que par un juge. Ce dernier doit, pour en déterminer la durée, prendre en compte les circonstances et la gravité de l'infraction ainsi que

la personnalité de son auteur, et notamment l'activité professionnelle ou sociale de celui-ci, ainsi que sa situation socio-économique. La durée de la peine prononcée doit concilier la protection des droits de la propriété intellectuelle et le respect du droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile. L'article L. 335-7 du Code de la propriété intellectuelle précise que la suspension de l'accès n'affecte pas, par elle-même, le versement du prix de l'abonnement au fournisseur du service. Les fournisseurs d'accès qui ne mettraient pas en œuvre la peine de suspension sont passibles d'une amende de 5 000 euros.

L'obligation de sécuriser sa connexion Internet, quant à elle, n'est plus sanctionnée pénalement, en vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle ²¹⁰¹. Toutefois, l'article R. 335-5 prévoit qu'est passible de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe la « négligence caractérisée » ²¹⁰², définie comme le fait, sans motif légitime, pour la personne titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne, de ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation de cet accès ou d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen, à condition toutefois que l'accès soit utilisé de nouveau après l'envoi d'une première recommandation de la commission de protection des droits. Cette contravention pouvait également être sanctionnée par une suspension de l'accès à Internet d'une durée d'un mois, avant la suppression de cette sanction par le décret du 8 juillet 2013 ²¹⁰³.

538 *Procédure HADOPI* ◇ La procédure issue des lois HADOPI a été précisée par plusieurs décrets d'application de la loi du 28 octobre 2009 ²¹⁰⁴.

L'identification des internautes contrefacteurs s'effectue par le biais de leur adresse IP. L'article L. 331-2 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que la preuve de la matérialité de toute infraction peut résulter des constatations d'agents assermentés désignés par les sociétés de gestion collective. Ces agents peuvent se connecter aux réseaux et constituer un fichier des adresses IP des internautes contrefacteurs, en vue d'intenter des actions pénales. Ils sont également habilités à transmettre à la Commission de protection des droits les adresses IP des internautes.

Étant donné le caractère sensible des données à caractère personnel,

leur traitement automatisé ²¹⁰⁵ doit être autorisé par la Cnil ²¹⁰⁶. Le Conseil constitutionnel a précisé, dans sa décision du 10 juin 2009, que ces données ne peuvent acquérir un caractère nominatif que dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Le décret du 26 juillet 2010 a précisé les conditions de saisine de la Commission de protection des droits de la HADOPI. Cinq sociétés de gestion collective sont habilitées à saisir la HADOPI. Le décret précise, en ce qui concerne les opérateurs de communications électroniques, qu'ils sont tenus de communiquer les données à caractère personnel dans un délai de huit jours suivant la transmission par la Commission de protection des droits des données techniques nécessaires à l'identification de l'abonné. Le fait de contrevenir à cette obligation est puni de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe.

Quelles sont précisément ces « données à caractère personnel ? » L'article premier du décret du 25 février 2011 dresse une liste extensive des données qui doivent être conservées ²¹⁰⁷. Ce sont :

- Pour les fournisseurs d'accès à Internet et pour chaque connexion de leurs abonnés :
 - l'identifiant de la connexion ;
 - l'identifiant attribué par ces personnes à l'abonné ;
 - l'identifiant du terminal utilisé pour la connexion lorsqu'elles y ont accès ;
 - les date et heure de début et de fin de la connexion ;
 - les caractéristiques de la ligne de l'abonné.
- Pour les hébergeurs et pour chaque opération de création :
 - l'identifiant de la connexion à l'origine de la communication ;
 - l'identifiant attribué par le système d'information au contenu objet de l'opération ;
 - les types de protocoles utilisés pour la connexion au service et pour le transfert des contenus ;
 - la nature de l'opération ;
 - les date et heure de l'opération ;
 - l'identifiant utilisé par l'auteur de l'opération lorsque celui-ci l'a fourni.
- Pour les fournisseurs d'accès Internet et les hébergeurs, les informations fournies lors de la souscription d'un contrat par un utilisateur ou lors de la création d'un compte :
 - au moment de la création du compte, l'identifiant de cette connexion ;

- les nom et prénom ou la raison sociale ;
 - les adresses postales associées ;
 - les pseudonymes utilisés ;
 - les adresses de courrier électronique ou de compte associées ;
 - les numéros de téléphone ;
 - le mot de passe ainsi que les données permettant de le vérifier ou de le modifier, dans leur dernière version mise à jour.
- Pour les fournisseurs d'accès Internet et les hébergeurs, lorsque la souscription du contrat ou du compte est payante, les informations suivantes relatives aux paiements, pour chaque opération de paiement :
 - le type de paiement utilisé ;
 - la référence du paiement ;
 - le montant ;
 - la date et l'heure de la transaction.

539 *Premier bilan de la procédure HADOPI* ◇ Le bilan de ce dispositif montre son inefficacité ²¹⁰⁸. Les premières recommandations ont été envoyées aux internautes en octobre 2011 ²¹⁰⁹. Au mois de février 2014, la HADOPI avait adressé environ 2,75 millions de premières recommandations, 283 000 secondes recommandations et avait instruit 983 dossiers de troisième phase. 86 dossiers avaient été transmis aux procureurs de la République, et 17 décisions avaient été rendues.

Le premier internaute sanctionné a été condamné le 13 septembre 2012 à une amende de 150 euros ²¹¹⁰, et une seule mesure de suspension d'accès Internet, d'une durée de quinze jours, a été ordonnée, assortie d'une amende de 600 euros ²¹¹¹. Il semble, en revanche, que le nombre d'utilisateurs de systèmes *peer-to-peer* ait reculé, et que l'offre légale ait commencé à se développer ²¹¹².

540 *Avenir du dispositif HADOPI* ◇ Un rapport intitulé « Mission “Acte II de l'exception culturelle” – Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique » ²¹¹³, rendu le 13 mai 2013 par Pierre Lescure, préconise de transférer la totalité des missions de la HADOPI (développement de l'offre légale, observation du marché et des usages, régulation des mesures techniques de protection et lutte contre le piratage) au Conseil Supérieur de l'audiovisuel (CSA). En ce qui concerne la réponse graduée, le rapport propose la suppression de la coupure de l'accès à Internet, au profit d'une simple amende administrative de 60 euros,

majorée en cas de récidive.

Une loi reprenant tout ou partie de ces propositions pourrait être adoptée dès l'automne 2014.

541 *La « licence globale » comme moyen de lutte contre le piratage ?* ◇ « Serpent de mer » ²¹¹⁴ du droit de la propriété littéraire et artistique, la question de la création d'une licence globale est soulevée à chaque débat précédant l'adoption d'un texte relatif à la contrefaçon commise sur Internet.

La licence globale fait référence à un système dans lequel les sociétés de gestion collective accorderaient un libre accès aux œuvres de leur répertoire en échange d'un prix forfaitaire acquitté par chaque abonné puis réparti entre les ayants droit. Ce prix serait constitué par une quote-part du prix des abonnements Internet perçus par les fournisseurs d'accès. L'idée sous-jacente est qu'il est impossible d'empêcher les téléchargements d'œuvres protégées, et que dans ces conditions, la licence globale est le meilleur compromis entre les réalités techniques et la nécessité de rémunérer les artistes.

Cette solution peut sembler séduisante, mais sa mise en œuvre soulève des difficultés pratiques considérables. La première réside dans la détermination du montant à payer. Ce montant est évalué à environ 3 euros par mois pour les œuvres musicales ²¹¹⁵, mais il s'élèverait considérablement si l'on prenait aussi en compte les œuvres audiovisuelles qui sont téléchargées. Le prix ne serait alors vraisemblablement plus acceptable pour la majorité des internautes. La deuxième difficulté consiste en la répartition des sommes perçues entre les ayants droit : comment déterminer précisément ce qui revient à chacun ? Faut-il généraliser la pratique du *sampling*, qui consiste à étudier un échantillon des téléchargements réalisés, ce qui sera source de conflits ; ou faut-il tracer tous les téléchargements, ce qui induit des risques quant au respect de la vie privée ? Enfin, la troisième difficulté est de savoir sur qui pèsera le coût de la licence globale. En l'imposant à tous les abonnés Internet, on ne tiendra pas compte de la quantité de téléchargements effectués par les uns et les autres, ce qui est inéquitable.

Au-delà de ces interrogations pratiques, la licence globale soulève surtout une question juridique essentielle : la lutte contre le téléchargement illégal justifie-t-elle que le droit d'auteur se métamorphose « au point de renier son fondement qu'est le droit de

propriété et l'exclusivité qui lui est attachée ? » ²¹¹⁶. D'aucuns répondront que la solution au problème de l'effectivité du droit voisin et des droits voisins sur Internet est sans doute plus économique que juridique ²¹¹⁷. En tout état de cause, ce débat reflète parfaitement les bouleversements qu'entraîne la révolution numérique sur les droits de propriété intellectuelle.

Devant tant de difficultés, le système de la licence globale a été rejeté à chaque fois qu'il a été proposé, en 2001, lors des débats qui ont conduit à l'adoption de la directive DADVSI, et en France, en 2006 et 2009, au cours des débats relatifs aux lois DADVSI et HADOPI ²¹¹⁸. Néanmoins, il convient de souligner qu'une version optionnelle du système existe déjà ²¹¹⁹ : elle est proposée par l'Alliance public-artistes, composée de sociétés de gestions collectives, et n'a vocation à s'appliquer qu'aux internautes qui acceptent le système. Cette version constitue une piste de réflexion intéressante, porteuse de sécurité juridique tant pour les ayants droit que pour les utilisateurs.

C. Questions périphériques touchant à la contrefaçon sur Internet

542 *Aperçu des questions* ◇ Les questions suivantes soulevées par la contrefaçon sur Internet ne feront ici l'objet que de brefs développements, étant donné qu'elles sont traitées en détail dans les Parties 1 et 3 de cet ouvrage. Il s'agit d'abord de la conciliation de la défense du droit d'auteur avec le droit au respect de la vie privée, ensuite de la responsabilité des intermédiaires techniques, et enfin des questions de droit international privé.

543 *Identification des internautes et vie privée* ◇ Sans entrer dans le détail des règles relatives à la protection de la vie privée sur Internet, qui font l'objet de développements dans la troisième Partie de cet ouvrage, il faut toutefois mentionner ici brièvement la question de la conciliation de la défense des droits des auteurs avec la protection de la vie privée des internautes.

La nécessité d'une telle conciliation a été reconnue par la Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt *Promusicae* ²¹²⁰. Dans cette décision, sur la question de savoir si le droit de l'Union européenne imposait aux États membres d'obliger les intermédiaires techniques à

lever l'anonymat des titulaires d'adresses IP dans le cadre d'une procédure civile, la Cour est restée neutre, en indiquant que chaque État est libre d'imposer ou de ne pas imposer la communication de données personnelles. Elle a cependant précisé que les États doivent assurer un juste équilibre entre les droits fondamentaux que constituent le droit au respect de la vie privée et la protection effective de la propriété intellectuelle. En ce sens, l'article 6.II de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, qui prévoit que l'autorité judiciaire peut requérir communication, auprès des fournisseurs d'accès et d'hébergement, des données de connexion, n'est pas contraire au droit de l'Union européenne. Tel ne serait pas le cas, en revanche, si la procédure de communication, par un hébergeur, d'éléments permettant de poursuivre les contrefacteurs, n'était pas soumise à l'autorisation d'un juge ²¹²¹.

Cette affirmation est confirmée par la lecture de l'arrêt rendu le 19 avril 2012 ²¹²² par la Cour de justice, qui indique que le droit de l'Union « ne s'oppose pas à l'application d'une législation nationale, instituée sur la base de la directive du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, qui, aux fins d'identification d'un abonné à Internet ou d'un utilisateur d'Internet, permet d'enjoindre à un fournisseur d'accès Internet de communiquer au titulaire d'un droit d'auteur ou à son ayant droit l'identité de l'abonné à qui une adresse IP (protocole Internet) qui aurait servi à l'atteinte audit droit a été attribuée, dans la mesure où cette législation permet à la juridiction nationale saisie d'une demande d'injonction de communiquer des données à caractère personnel, introduite par une personne ayant qualité pour agir, de pondérer, en fonction des circonstances de chaque espèce et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité, les intérêts opposés en présence ».

544 *Filtrage des contenus sur Internet* ◇ La Cour de justice a, en revanche, indiqué dans un important arrêt *Scarlet* ²¹²³ du 24 novembre 2011, complété par un arrêt *Netlog* ²¹²⁴ du 16 février 2012, que le droit de l'Union européenne, interprété au regard des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables, s'oppose à une injonction faite par un juge national à un fournisseur d'accès à Internet ou à un prestataire de services d'hébergement de mettre en place un système de filtrage :

– de toutes les communications électroniques transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels *peer-to-peer*, ou des informations stockées sur ses serveurs par les utilisateurs de ses services ;

- qui s'applique indistinctement à l'égard de toute sa clientèle ;
- à titre préventif ;
- à ses frais exclusifs, et
- sans limitation dans le temps,

capable d'identifier sur le réseau de ce fournisseur la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits de propriété intellectuelle, en vue de bloquer le transfert de fichiers dont l'échange porte atteinte au droit d'auteur ou la mise à disposition desdites œuvres.

Il résulte de ces arrêts que les juges nationaux doivent veiller à ce que les mesures « de surveillance ciblée et temporaire » ²¹²⁵ qu'ils ordonnent respectent le principe de proportionnalité. Les fournisseurs d'accès et d'hébergement ne peuvent ainsi être soumis à « une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites », selon les termes de la loi du 21 juin 2004 ²¹²⁶.

545 *Inconventionnalité du blocage de l'accès à tous les sites d'une même plateforme d'hébergement* ◇ La Cour européenne des droits de l'homme s'est également prononcée contre le blocage généralisé de l'accès à une plate-forme d'hébergement de sites web, en se référant d'ailleurs expressément à l'arrêt *Scarlet* de la CJUE. Dans un arrêt du 18 décembre 2012 ²¹²⁷, la CEDH a en effet estimé que la décision par laquelle un tribunal ordonnait le blocage total de l'accès à *Google Sites* (en raison de la présence, sur l'un des sites hébergés, de contenus illicites) constituait une ingérence d'autorités publiques dans le droit des titulaires d'autres sites hébergés sur la plate-forme à la liberté d'expression, dont fait partie intégrante la liberté de recevoir et de communiquer des informations ou des idées, garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

546 *Conditions de validité d'une injonction de blocage ciblé* ◇ Interrogée sur la conformité d'une injonction de blocage d'un

site aux droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Cour de justice, dans un arrêt *UPC* du 27 mars 2014 ²¹²⁸, a indiqué qu'une telle injonction doit rechercher l'équilibre entre le droit de propriété intellectuelle (art. 17, § 2, de la Charte), la liberté d'entreprise (art. 16) et la liberté d'information des utilisateurs d'Internet (art. 11). Elle estime que les droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union ne s'opposent pas à ce qu'il soit fait interdiction, au moyen d'une injonction prononcée par un juge, à un fournisseur d'accès à Internet d'accorder à ses clients l'accès à un site Internet mettant en ligne des objets protégés sans l'accord des titulaires de droits, lorsque cette injonction ne précise pas quelles mesures ce fournisseur d'accès doit prendre et que ce dernier peut échapper aux astreintes visant à réprimer la violation de ladite injonction en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables, à condition cependant que :

- d'une part, les mesures prises ne privent pas inutilement les utilisateurs d'Internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles ;

- d'autre part, que ces mesures aient pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette même injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation du droit de propriété intellectuelle, ce qu'il appartient aux autorités et aux juridictions nationales de vérifier.

547 *Statut et responsabilité des intermédiaires techniques* ◇ Tout aussi cruciale est la question de savoir qui peut être assigné lorsque des contenus portant atteinte au droit d'auteur sont diffusés sur Internet. Il est évident que les internautes ayant mis ces contenus en ligne peuvent être sanctionnés pour contrefaçon. Mais, devant les difficultés de la procédure conduisant à leur identification, les titulaires de droit tentent fréquemment d'engager la responsabilité des intermédiaires techniques, et plus particulièrement des fournisseurs d'hébergement.

La loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 prévoit un régime de responsabilité allégée pour les hébergeurs, définis à son article 6.I.2 comme 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 ». À l'instar des fournisseurs d'accès Internet, ces prestataires ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. Surtout, selon ce même article, les hébergeurs 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 s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où ils en ont eu cette connaissance, ils ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ».

En revanche, les éditeurs, définis à l'article 6.III.1 de la loi comme « les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne », ne font l'objet d'aucun allègement de responsabilité. Ils sont donc soumis aux règles de responsabilité de droit commun.

Cette différence s'explique par le fait que les éditeurs sont personnellement à l'origine de la diffusion des contenus ²¹²⁹, tandis que les hébergeurs ne jouent aucun rôle actif sur les contenus mis en ligne et se contentent d'offrir leurs prestations techniques ²¹³⁰.

548 ***Qualification d'hébergeur*** ◇ Comme cela est exposé dans la troisième Partie de cet ouvrage ²¹³¹, c'est la Cour de justice de l'Union européenne qui, dans ses arrêts *Google* du 23 mars 2010 ²¹³², a précisé quel est le critère permettant de qualifier un intermédiaire technique d'hébergeur : il faut, pour cela, que le prestataire n'ait « pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées ». En d'autres termes, l'hébergeur est caractérisé par son rôle neutre, son comportement purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke.

C'est ainsi que les juges français, suivant la CJUE, ont qualifié d'hébergeurs les sociétés Dailymotion ²¹³³, Youtube ²¹³⁴, *Google Suggest* ²¹³⁵, *Google Images* ²¹³⁶, *Google Video* ²¹³⁷ et *Google Adwords* ²¹³⁸, en raison de leur absence de rôle actif sur les contenus hébergés.

Conditions de responsabilité des hébergeurs ◇ La qualification d'hébergeur déclenche l'application du régime de responsabilité atténuée. Les prestataires ne seront ainsi jugés responsables que dans deux cas de figure.

D'une part, ils le seront s'ils avaient connaissance du caractère illicite des contenus hébergés. La loi du 21 juin 2004 précise que la connaissance des faits litigieux est présumée acquise lorsque leur sont notifiés les éléments suivants :

- la date de la notification ;
- si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénom, 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.

Ainsi, pour porter à la connaissance de l'hébergeur les faits illicites, il faut lui indiquer précisément le contenu en cause et sa localisation (adresse URL du site en cause notamment ²¹³⁹).

D'autre part, l'hébergeur engage sa responsabilité si, dès le moment où il a eu connaissance des contenus contrefaisants, il n'a pas agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. Cette obligation légitime la clause par laquelle un hébergeur se réserve le droit de procéder à ces interventions, sans que soit requise l'autorisation du client ²¹⁴⁰.

À l'obligation légale de retirer ces contenus (*take down*), les juges du fond avaient ajouté l'obligation d'empêcher le *repost*, ou remise en ligne, de ces contenus (*stay down*) ²¹⁴¹, étant précisé que chaque mise en ligne n'est pas considérée comme un fait nouveau nécessitant une nouvelle notification. Mais cette extension prétorienne s'articulait mal avec la règle selon laquelle les hébergeurs n'ont pas d'obligation générale de surveillance. Cela explique que la Cour de cassation, dans trois arrêts du

12 juillet 2012, ait considéré qu'une telle obligation « aboutit à soumettre [les hébergeurs], au-delà de la seule faculté d'ordonner une mesure propre à prévenir ou à faire cesser le dommage lié au contenu actuel du site en cause, à une obligation générale de surveillance des images qu'elles stockent et de recherche des mises en ligne illicites et à leur prescrire, de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi, la mise en place d'un dispositif de blocage sans limitation dans le temps » ²¹⁴². Désormais, il incombe donc aux titulaires de droits d'être vigilants quant aux éventuelles remises en ligne. Pour cela, ils doivent coopérer avec les hébergeurs, notamment lorsque ces derniers proposent la mise en place de technologies d'empreintes numériques permettant d'identifier les contenus ²¹⁴³.

550 ***Questions de droit international privé : tribunal compétent*** ◇ Enfin, la lutte contre la contrefaçon sur Internet – réseau par nature internationale et sans frontières – soulève des questions de droit international privé, qui sont traitées dans la troisième Partie de cet ouvrage ²¹⁴⁴.

On se limitera à indiquer ici que, s'agissant du tribunal compétent, l'article 46 du Code de procédure civile offre une option au demandeur. Celui peut en effet saisir la juridiction du lieu où demeure le défendeur ou, en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi. En droit de l'Union européenne, lorsque l'un des éléments du litige se localise sur le territoire d'un autre État membre, le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ²¹⁴⁵, dit règlement « Bruxelles I », propose dans son article 5, § 3, une alternative semblable entre les tribunaux de l'État de domicile du défendeur et les tribunaux « du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». La difficulté est d'appliquer ces règles à la contrefaçon commise sur Internet : quel sera le juge compétent pour connaître d'une atteinte aux droits d'auteur commise sur un site étranger ? Comment définir le « lieu où le fait dommageable s'est produit », sachant que, par définition, les contenus d'un site web sont accessibles partout ? À partir de 2010, en matière de droit d'auteur comme de marques ²¹⁴⁶, la Cour de cassation a exigé, pour retenir la compétence du juge français, que le site en cause soit « destiné au public

de France »²¹⁴⁷. Afin de déterminer si tel est le cas, elle s'appuyait sur un faisceau d'indices tels que le suffixe du site, la langue utilisée, la possibilité de se faire livrer en France, etc. Ces critères correspondent d'ailleurs à la démarche adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne en interprétation du règlement « Bruxelles I » dans des affaires relevant du droit de la consommation²¹⁴⁸ et du droit des marques²¹⁴⁹ ainsi que, postérieurement, dans un arrêt relatif au droit *sui generis* des producteurs de bases de données²¹⁵⁰.

Le critère semblait ainsi bien établi. Mais un arrêt *Pinckney*, rendu par la Cour de justice le 3 octobre 2013²¹⁵¹, en réponse à une question préjudicielle posée par la Cour de cassation le 5 avril 2012²¹⁵², a nettement exclu ce critère s'agissant du droit d'auteur. Il s'agissait de savoir si le juge français était compétent pour connaître d'une action intentée par un ressortissant français contre une société autrichienne ayant pressé sans son autorisation des CD contenant ses œuvres, ces CD ayant ensuite été commercialisés sur Internet par une société britannique. Dans son arrêt, la Cour de justice, faisant une analogie avec la solution dégagée en matière de droit des marques dans l'arrêt *Wintersteiger*²¹⁵³ (en dépit de l'absence d'enregistrement qui caractérise le droit d'auteur, contrairement aux droits de propriété industrielle), interprète l'article 5, § 3, du règlement « Bruxelles I » en estimant qu'« en cas d'atteinte alléguée aux droits patrimoniaux d'auteur garantis par l'État membre de la juridiction saisie, celle-ci est compétente pour connaître d'une action en responsabilité introduite par l'auteur d'une œuvre à l'encontre d'une société établie dans un autre État membre et ayant, dans celui-ci, reproduit ladite œuvre sur un support matériel qui est ensuite vendu par des sociétés établies dans un troisième État membre, par l'intermédiaire d'un site Internet accessible également dans le ressort de la juridiction saisie ». Cette interprétation favorable au demandeur, en ce qu'elle privilégie le critère de la simple accessibilité et non pas de la destination du site web, est cependant tempérée par la règle selon laquelle la juridiction ainsi compétente ne peut connaître que du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre dont elle relève²¹⁵⁴.

La Cour de cassation n'a pas tardé à appliquer cette jurisprudence. Dans deux arrêts rendus le 22 janvier 2014²¹⁵⁵ (dont l'un à propos de l'affaire *Pinckney*²¹⁵⁶), sa première chambre civile a ainsi censuré des décisions des juges du fond qui avaient déclaré les juridictions françaises incompétentes au motif que les sites sur lesquels étaient

proposés les produits contrefaisants n'étaient pas destinés au public de France. Pour la Cour de cassation, « l'accessibilité, dans le ressort de la juridiction saisie, d'un site Internet commercialisant les produits argués de contrefaçon suffit à retenir la compétence de cette juridiction, prise comme celle du lieu de la matérialisation du dommage allégué ». Désormais donc se trouve consacré le critère de l'accessibilité comme critère de compétence dans le domaine du droit d'auteur.

551 *Questions de droit international privé : loi applicable* ◇ En ce qui concerne la loi applicable, les règles de conflit se trouvent, d'une part, à l'article 5.2 de la Convention de Berne, et, d'autre part, à l'article 8 du règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ²¹⁵⁷, dit Règlement « Rome II ». Les deux textes prévoient l'application de la loi du pays où la protection est demandée. Mais quel sens donner à la *lex loci protectionis* sur Internet ? ²¹⁵⁸ S'agit-il de la loi du pays où le fait générateur a eu lieu ²¹⁵⁹ ou bien de la loi du pays où le dommage est subi ? La difficulté tient à ce que les contrefaçons commises sur Internet conduisent à une dissociation entre le lieu de l'acte de contrefaçon et le lieu où en sont subis les effets.

Dans deux décisions, les juges du fond ont appliqué la loi du pays du fait générateur à des contrefaçons commises par la société américaine *Google Images*, mais cette même règle a abouti à des résultats différents. Dans la première affaire ²¹⁶⁰, le tribunal a appliqué la loi américaine, considérant que le fait générateur était la numérisation non autorisée des images, ce qui a conduit à l'application de l'exception de *fair use* au profit de Google. Dans la seconde affaire ²¹⁶¹, le tribunal a appliqué la loi française, au motif que le fait générateur n'était pas la numérisation, mais l'affichage des œuvres sur un site destiné au public français – ce qui a conduit au rejet de l'exception de courte citation.

Ces incohérences ont été corrigées en appel : dans les deux arrêts ²¹⁶² a été appliquée la loi française, considérée comme la loi présentant les liens les plus étroits avec le litige. C'est ce raisonnement qu'avait également tenu le tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire *Google Books* ²¹⁶³. Le critère est donc désormais celui du rattachement substantiel ²¹⁶⁴, caractérisé par la destination, l'accessibilité et la langue du site en cause, et accessoirement le juge saisi. L'application de cette règle de proximité a été confirmée par la Cour de cassation le 12 juillet

2012 ²¹⁶⁵. Elle doit être approuvée, en ce qu'elle rationalise la désignation de la loi applicable, et évite l'application systématique de la loi du pays du fait générateur, qui peut se trouver être un paradis numérique.

En matière pénale ²¹⁶⁶, les articles 113-2 et 113-7 du Code pénal accordent une compétence très large à la loi française : il suffit qu'un des faits constitutifs de l'infraction ait eu lieu sur ce territoire ou que la victime soit française. Dans un arrêt du 29 novembre 2011 ²¹⁶⁷, la Cour de cassation a cependant refusé d'appliquer la loi française à un litige opposant un journaliste du *Monde* à un site web italien ayant diffusé sans autorisation la traduction d'un article du journal français. Pour écarter la compétence personnelle passive de la loi française, la Cour s'est référée à l'article 5.2 de la Convention de Berne, en interprétant la loi du pays où la protection est réclamée comme la loi du fait générateur de l'atteinte. Étonnante au regard du Code pénal, cette solution se conçoit si l'on se réfère à l'article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose dans son alinéa 2 que « la contrefaçon en France d'ouvrages publiés en France ou à l'étranger est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende ». Il est toutefois souhaitable que la chambre criminelle de la Cour de cassation parvienne à une position qui soit similaire à celle de la chambre civile en matière de loi applicable à la contrefaçon.

CHAPITRE 2

LES DROITS VOISINS

Section 1. LES DROITS DES ARTISTES-INTERPRÈTES

§ 1. **Contenu des droits**

- A. Les droits moraux
- B. Les droits patrimoniaux

§ 2. **Durée des droits**

§ 3. **Exceptions aux droits patrimoniaux**

- A. Les exceptions communes
- B. Les exceptions spécifiques

Section 2. LES DROITS DES PRODUCTEURS

§ 1. **Titulaires des droits**

§ 2. **Contenu des droits**

Section 3. LES DROITS DES ENTREPRISES DE COMMUNICATION AUDIOVISUELLE

Section 4. LES DROITS PORTANT SUR LES MANIFESTATIONS SPORTIVES

552 ***Droit d'auteur et droits voisins*** ◇ C'est en 1985 qu'a été consacrée l'expression « droits voisins » dans la loi. Elle désigne des droits, reconnus à d'autres sujets que des auteurs, qui se placent dans le sillage du droit d'auteur, parce qu'ils ont trait, de près ou de loin, à des œuvres de l'esprit ²¹⁶⁸. Ces droits font l'objet du Livre II de la Première Partie du Code de la propriété intellectuelle (art. L. 211-1 à 217-3).

Les droits voisins présentent de nombreux points communs avec le droit d'auteur, comme en témoigne le titre du Livre III, consacré aux « dispositions générales relatives au droit d'auteur, aux droits voisins » (et aux droits des producteurs de bases de données, dont il est question

dans le Chapitre suivant de cet ouvrage). Pour cette raison, la présentation de ces droits sera beaucoup plus brève que celle du droit d'auteur : on se limitera ici à décrire les aspects spécifiques aux droits voisins, et l'on renverra au Chapitre précédent pour ce qui concerne les aspects communs.

553 *Diversité des droits voisins* ◇ Les premiers droits voisins, reconnus dès le début du ^{xx}e siècle par la jurisprudence, sont les droits accordés aux artistes-interprètes sur leurs interprétations. Ces droits sont les plus proches du droit d'auteur. Comme eux, ils protègent l'expression d'une personnalité : non plus celle d'un auteur, mais celle d'un artiste.

Ont également été consacrés par le Code de la propriété intellectuelle des droits plus économiques, qui visent avant tout à protéger des investissements effectués en vue de créer ou de communiquer des œuvres de l'esprit. Il s'agit, selon la terminologie du Code, des droits des « producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes » ainsi que des droits des « entreprises de communication audiovisuelle ». Enfin, depuis 1992, le Code du sport accorde également des droits aux fédérations et organisateurs de manifestations sportives. Tous ces droits, par leur objet, sont plus éloignés du droit d'auteur.

Au-delà de leurs différences, tous les droits voisins ont vocation à s'appliquer dans l'environnement numérique ²¹⁶⁹. En effet, les artistes-interprètes et les producteurs sont évidemment concernés par le phénomène du téléchargement illégal. Avec les entreprises de communication audiovisuelle, ces acteurs bénéficient en outre d'un droit de télédiffusion par satellite, qui permet la communication des œuvres sur Internet. Il est donc important de bien cerner les contours des droits voisins dans cette perspective.

554 *Soumission des droits voisins au droit d'auteur* ◇ Les rapports entre droit d'auteur et droits voisins sont régis par l'article L. 211-1 du Code de la propriété intellectuelle, selon lequel « les droits voisins ne portent pas atteinte aux droits des auteurs. En conséquence, aucune disposition du présent titre ne doit être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires ». Cela signifie que le droit d'auteur prévaut sur les droits voisins en cas de conflit.

555 *Plan du chapitre* ◇ Comme il résulte de l'énumération des droits

voisins, on présentera successivement les droits des artistes-interprètes (Section 1), les droits des producteurs (Section 2), les droits des entreprises de communication audiovisuelle (Section 3) et les droits portant sur les manifestations sportives (Section 4).

SECTION 1. LES DROITS DES ARTISTES-INTERPRÈTES

556 *Sources* ◇ Consacrés par la loi du 3 juillet 1985, les droits des artistes-interprètes sont régis par les mêmes sources, tant françaises qu'européennes et internationales, que les droits d'auteur ²¹⁷⁰.

557 *Notion d'artiste-interprète* ◇ Avant d'étudier les droits des artistes-interprètes, il est nécessaire de définir ces personnes. L'article L. 212-1 du Code de la propriété intellectuelle indique qu'« à l'exclusion de l'artiste de complément, considéré comme tel par les usages professionnels, l'artiste-interprète ou exécutant est la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes ».

Les artistes-interprètes sont donc des personnes physiques humaines ²¹⁷¹ qui représentent les œuvres – ce qui exclut, selon la Cour de cassation, les protagonistes d'une émission de « télé-réalité » jouant leur propre rôle ²¹⁷². Pour autant, tous ceux qui contribuent à des représentations d'œuvres ne sont pas nécessairement protégés par le Code de la propriété intellectuelle. En effet, l'article L. 212-1 exclut de la notion d'artiste-interprète l'artiste de complément. En l'absence de définition légale, l'artiste de complément a été conçu par la jurisprudence comme celui dont le rôle est accessoire dans la représentation de l'œuvre et dont la personnalité ne transparaît pas ²¹⁷³ (typiquement, un figurant), voire, dans un arrêt de la Cour de cassation ²¹⁷⁴, comme celui dont la contribution n'est pas originale et personnelle ²¹⁷⁵. Il est préférable de retenir seulement le qualificatif « personnel », étant donné, d'une part, que rien n'impose que l'interprétation soit en elle-même originale (*cf.* point suivant), et d'autre part, que, dès lors qu'une interprétation est personnelle, son caractère accessoire est indifférent ²¹⁷⁶. Celui qui est filmé dans l'exercice de sa profession n'est pas davantage un artiste-interprète, faute de jouer un

rôle dans la représentation d'une œuvre ²¹⁷⁷.

Les artistes-interprètes sont présumés salariés par l'article L. 7121-3 du Code du travail, sauf s'ils sont commerçants. Mais comme en matière de droits d'auteur, l'existence d'un contrat de travail n'emporte aucune dérogation à la jouissance des droits de l'artiste-interprète ²¹⁷⁸.

558 ***Notion d'interprétation*** ◇ Il ressort de la définition de l'article L. 212-1 du Code de la propriété intellectuelle que l'interprétation ²¹⁷⁹ suppose l'existence d'une œuvre de l'esprit ²¹⁸⁰, que l'artiste-interprète communique, ou représente, à un public. C'est cette prestation que protègent les droits accordés à l'artiste-interprète.

La prestation doit-elle être originale, à l'instar de l'œuvre de l'esprit ? Aucune disposition du Code de la propriété intellectuelle ne l'exige ²¹⁸¹. Cela s'explique par le fait que la protection d'une interprétation banale ne restreint nullement la liberté des artistes de proposer d'autres interprétations d'une même œuvre, tandis que la protection d'une œuvre doit être soumise à la condition d'originalité afin de ne pas entraver la possibilité pour les auteurs de créer des œuvres à partir d'éléments du domaine public.

Comme en matière d'œuvres de l'esprit, les interprétations assistées par ordinateur peuvent être protégées : comme l'ont reconnu les tribunaux, on ne saurait limiter l'apport de l'outil informatique à la seule œuvre de création, à l'exclusion du domaine de l'interprétation ²¹⁸². Encore faut-il néanmoins qu'un être humain intervienne bien dans l'interprétation.

559 ***Plan de la Section*** ◇ Ces précisions étant apportées, on s'attachera de manière classique à étudier le contenu des droits (§ 1), puis leur durée (§ 2), avant de présenter les exceptions aux droits des artistes-interprètes (§ 3).

§ 1. Contenu des droits

560 ***Dualité de prérogatives*** ◇ Comme les auteurs, les artistes-interprètes jouissent de droits moraux (A) et de droits patrimoniaux (B).

A. Les droits moraux

561 ***Caractère personnel et inaliénable*** ◇ Les droits moraux des artistes-interprètes sont définis à l'article L. 212-2 du Code de la propriété intellectuelle, qui précise que le droit moral est inaliénable, attaché à la personne de l'artiste-interprète et transmissible à ses héritiers pour la protection de l'interprétation et la mémoire du défunt. Ces caractères n'appellent pas de commentaire particulier : ce sont les mêmes que pour le droit moral des auteurs.

En revanche, le contenu des droits moraux est plus restreint pour les artistes-interprètes que pour les auteurs.

562 ***Prérogatives du droit moral*** ◇ L'article L. 212-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « l'artiste-interprète a le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation ». Il consacre ainsi le droit de paternité ainsi que le droit au respect. En revanche, les artistes-interprètes ne disposent pas du droit de divulgation ²¹⁸³ non plus que des droits de retrait et de repentir.

563 ***Droit de paternité*** ◇ Comme les auteurs, les artistes-interprètes ont droit au respect de leur nom et de leur qualité. Ainsi les juges ont-ils considéré que l'incorporation d'une interprétation musicale dans une bande-annonce sans mention du nom de l'artiste violait son droit de paternité ²¹⁸⁴. Néanmoins, la mise en œuvre de ce droit est plus difficile, en particulier dans l'environnement numérique : comment garantir, par exemple, la mention des noms de tous les artistes-interprètes d'une œuvre audiovisuelle dont l'interprétation est postée sur un site de partage de vidéos ? On se référera, sur ces questions, aux développements relatifs au droit de paternité des auteurs sur Internet ²¹⁸⁵, qui peuvent aisément être transposés ici. Il n'est ainsi pas douteux, au regard de la jurisprudence concernant le droit de paternité des auteurs ²¹⁸⁶, que serait déclarée illicite une clause qui, stipulée par un hébergeur, porterait atteinte au droit moral des artistes-interprètes publiant un contenu sur son site, en emportant aliénation de leur droit de paternité.

564 ***Droit au respect de l'interprétation*** ◇ Comme en matière de droit d'auteur, le droit au respect prohibe les atteintes matérielles ainsi que les atteintes à l'esprit des interprétations. Dans un arrêt de 2006, la Cour de cassation a indiqué de façon très ferme que « le respect dû à

l'interprétation de l'artiste en interdit toute altération ou dénaturation » ²¹⁸⁷.

565 *Atteintes matérielles* ◇ Les atteintes matérielles sont particulièrement susceptibles de résulter de l'usage des nouvelles technologies, qui risque d'altérer les interprétations. En effet, les procédés relatifs à la numérisation et à la mise en ligne des interprétations ont très souvent un impact sur leur qualité d'origine. Ainsi en va-t-il du découpage des interprétations en extraits diffusés sur Internet, notamment sur les sites de téléchargement payant : les juges ont considéré que le fractionnement d'une chanson en morceaux de quelques dizaines de secondes utilisés comme bande sonore d'un film en altérerait la substance et portait atteinte à l'intégrité de l'interprétation ²¹⁸⁸. La mauvaise qualité d'une numérisation peut également violer le respect au droit d'une interprétation ²¹⁸⁹. D'autres techniques encore portent atteinte à l'intégrité physique des œuvres : par exemple, la technique du *morphing*, consistant à créer des mélodies virtuelles à partir d'interprétations « déformées », ou bien encore la superposition numérique d'interprétations aboutissant à des « duos » virtuels ²¹⁹⁰. En somme, toutes les opérations visant à produire une œuvre nouvelle à partir d'interprétations existantes portent atteinte au droit moral des artistes-interprètes dès lors que leurs interprétations se trouvent altérées.

566 *Atteintes à l'esprit de l'interprétation* ◇ Au-delà de sa simple intégrité physique, l'interprétation doit également être respectée dans son esprit. L'atteinte est ainsi constituée dès lors que l'interprétation est exploitée – fût-ce sans altération matérielle – dans un contexte qui la dégrade ou la déconsidère ²¹⁹¹. Tel était le cas dans une affaire précitée ²¹⁹², qui avait vu le fractionnement d'une interprétation musicale dans un film s'accompagner d'un changement de sens de l'interprétation, la chanson évoquant « la nostalgie du commencement des relations amoureuses tandis que le téléfilm avait pour thème l'émancipation des femmes après la Seconde Guerre mondiale ».

La question se pose également de savoir si la distribution d'une interprétation musicale par le biais de téléchargement payant ne porte pas atteinte au droit moral de l'artiste-interprète en ce qu'elle permet la vente à l'unité de titres composant un album. L'atteinte pourrait être constituée s'il est établi qu'un album constitue un « concept » indivisible,

en particulier si les titres s'y enchaînent en continu ²¹⁹³.

De même, au sujet des compilations, la Cour de cassation a estimé que l'utilisation de l'interprétation d'une chanson sous forme de compilation avec des œuvres d'autres interprètes, étant de nature à en altérer le sens, ne pouvait relever de l'appréciation exclusive du cessionnaire et requérait une autorisation spéciale de l'artiste ²¹⁹⁴. L'atteinte à l'interprétation est également constituée lorsque celle-ci est reproduite avec une qualité sonore d'une grande médiocrité, au sein d'une compilation vendue au prix dérisoire d'un euro, en grande surface, contexte étranger à la sphère artistique ²¹⁹⁵.

B. Les droits patrimoniaux

567 *Fixation, reproduction et communication au public* ◇ Les droits patrimoniaux des artistes-interprètes sont définis pour l'essentiel dans l'article L. 212-3 du Code de la propriété intellectuelle. Ce dernier, doté d'une large portée, prévoit que « sont soumises à l'autorisation écrite de l'artiste-interprète la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image ».

Sont ici visés des actes analogues à ceux constituant les prérogatives exclusives des auteurs : la reproduction et la représentation (ici dénommée « communication au public ») de l'interprétation. En amont, la fixation constitue une forme de reproduction préalable à la communication de la prestation au public. Elle peut être effectuée sur tout support, analogique comme numérique.

L'article L. 212-3 est complété par l'article L. 216-2 du Code de la propriété intellectuelle, qui précise que « l'autorisation de télédiffuser par voie hertzienne la prestation d'un artiste-interprète [...] comprend la distribution à des fins non commerciales de cette télédiffusion sur les réseaux internes aux immeubles ou ensembles d'immeubles collectifs à usage d'habitation installés par leurs propriétaires ou copropriétaires, ou par les mandataires de ces derniers, à seule fin de permettre le raccordement de chaque logement de ces mêmes immeubles ou ensembles d'immeubles collectifs à usage d'habitation à des dispositifs collectifs de réception des télédiffusions par voie hertzienne normalement reçues dans la zone ».

568 *Notion de communication au public en droit de l'Union européenne* ◇ La notion de « communication au public » supprime la distinction fondée sur le procédé par lequel le public a été mis en contact avec l'interprétation. Cette notion correspond à celle de « mise à la disposition du public » contenue à l'article 3, § 2, de la directive « Droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information » : selon ce texte, les États membres doivent prévoir le droit exclusif pour les artistes-interprètes ou exécutants d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public des fixations de leurs exécutions, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. Cette formulation inclut la communication des interprétations par Internet. On retrouve également la notion dans la « communication au public » visée à l'article 8 § 2 de la directive n° 2006/115 du 12 décembre 2006 ²¹⁹⁶ relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle. Ce texte prévoit l'octroi d'une « rémunération équitable » ²¹⁹⁷ aux artistes-interprètes et aux producteurs lorsqu'un phonogramme publié à des fins de commerce est communiqué au public. L'articulation de ces deux régimes est source de difficultés qui sont évoquées dans les développements consacrés à la licence légale ²¹⁹⁸.

569 *Interprétation de la CJUE* ◇ La notion de « public » a fait l'objet d'analyses dans le chapitre précédent à propos du droit d'auteur ²¹⁹⁹. On a notamment indiqué que chaque communication à un public nouveau doit faire l'objet d'une nouvelle autorisation de la part des titulaires de droit. Dans un arrêt du 15 mars 2012 ²²⁰⁰, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué, comme en matière de droit d'auteur, que l'exploitant d'un établissement hôtelier qui fournit dans les chambres de ses clients des postes de télévision et/ou de radio auxquels il distribue un signal radiodiffusé réalise un acte de communication au public, au sens de l'article 8 § 2 de la directive n° 2006/115 du 12 décembre 2006. Il en va de même si l'exploitant met à la disposition de ses clients un dispositif autre qu'un poste de télévision (par exemple, un ordinateur) ainsi que des phonogrammes sous une forme physique ou numérique pouvant être diffusés ou entendus grâce à ce dispositif. Dans les deux cas, cet utilisateur communique les phonogrammes à un public distinct de celui visé par le radiodiffuseur, si bien qu'il devra verser aux artistes-interprètes une rémunération distincte de celle acquittée par le

radiodiffuseur.

Dans cet arrêt, ainsi que dans un autre arrêt rendu le même jour ²²⁰¹, la CJUE a précisé quels critères permettent de déterminer si l'utilisation de l'enregistrement d'un phonogramme constitue une telle communication. Ces critères, au nombre de trois, imposent d'« apprécier la situation d'un utilisateur précis ainsi que l'ensemble des personnes auxquelles il communique les phonogrammes protégés ». Ainsi, la Cour a indiqué que la communication au public suppose :

- que l'utilisateur des phonogrammes joue un rôle actif et intervienne en pleine connaissance de cause pour donner accès aux interprétations à ses clients ;

- que le nombre des destinataires potentiels soit indéterminé et significatif, compte tenu à la fois des personnes auxquelles les phonogrammes sont communiqués simultanément et des personnes qui peuvent successivement avoir accès aux œuvres ;

- enfin, que la diffusion soit susceptible d'avoir une répercussion économique sur les revenus de l'utilisateur.

En application de ces critères, la CJUE a indiqué que l'hôtelier réalise une communication au public des phonogrammes, mais que tel n'est pas le cas, en revanche, d'un dentiste qui diffuse des phonogrammes dans sa salle d'attente. Dans ce cas en effet, les deux dernières conditions ne sont pas remplies : les différents patients n'écoutent pas successivement le même phonogramme, et le médecin ne tire aucun profit de la diffusion.

570 *Mise en œuvre contractuelle des droits* ◇ Contrairement aux droits des auteurs, les droits des artistes-interprètes ne font pas l'objet de précisions quant au formalisme que doivent respecter les contrats d'exploitation. La Cour de cassation a souligné que les dispositions du Code relatives aux contrats d'auteurs ne s'appliquent pas aux contrats conclus par les artistes-interprètes ²²⁰². La seule exigence posée par le Code de la propriété intellectuelle est celle d'une autorisation écrite de fixation, reproduction ou communication au public de l'interprétation. L'application de cette règle peut soulever des difficultés lorsque la loi française est jugée applicable à des artistes-interprètes étrangers ayant enregistré leurs prestations à l'étranger ²²⁰³.

Aucune disposition du Code n'exige donc une délimitation précise et une séparation des droits cédés, comme c'est le cas en droit d'auteur ²²⁰⁴. Néanmoins, la Cour de cassation a indiqué que « l'autorisation de

l'artiste-interprète est exigée pour chaque utilisation de sa prestation » ²²⁰⁵. La portée de la cession dépendra donc de l'interprétation qu'opérera le juge du contrat, le cas échéant. Le plus souvent, les juges ont une interprétation restrictive du contrat ²²⁰⁶. Ainsi a-t-il été considéré que l'autorisation de reproduire une interprétation sur « 33 tours » n'emportait pas autorisation de l'exploiter sous forme de CD ²²⁰⁷.

Contrairement au droit d'auteur, la rémunération proportionnelle n'est pas de principe en matière de droits des artistes-interprètes.

571 *Étendue des droits exclusifs des artistes-interprètes et plate-formes de téléchargement payant* ◇ La question s'est posée de savoir si le droit de diffuser l'interprétation sur Internet a été cédé par un contrat ne mentionnant pas cette forme d'exploitation. Une société d'artistes-interprètes a ainsi assigné en contrefaçon les plate-formes de téléchargement payant de musique iTunes, OD2, VirginMedia, FNAC Direct, E-Compil et Connect Europe, estimant que la diffusion par ces dernières des interprétations aurait dû faire l'objet d'une autorisation écrite des artistes-interprètes concernés. Ces derniers avaient autorisé la fixation, la reproduction et la communication au public de leurs prestations pour la réalisation de « phonogrammes publiés à des fins de commerce », en cédant ce droit aux producteurs qui avaient ensuite conclu des contrats avec les plate-formes.

Dans une série de six jugements du 15 janvier 2010 ²²⁰⁸, le tribunal de grande instance de Paris a estimé que l'autorisation donnée par un artiste-interprète d'exploiter son interprétation lors de la commercialisation d'un phonogramme couvrait également la distribution immatérielle liée au téléchargement sur Internet, en se fondant sur l'identité de destination. La cour d'appel de Paris ²²⁰⁹ a confirmé ces décisions, au motif qu'il doit être admis « que le phonogramme ne consiste en rien d'autre qu'une séquence de sons fixée, quel que soit le mode de fixation, sur un support, quel qu'il soit, qu'il peut donc consister en un fichier numérique sauvegardé sur une mémoire informatique telle qu'un disque dur ou autre ; que la circonstance qu'un phonogramme ainsi défini puisse être transmis sous forme dématérialisée n'en change ni la nature, ni la destination ; qu'il demeure en effet identique à lui-même s'il est incorporé dans un support matériel tel qu'un disque vinyle microsillon ou chargé sur un disque dur d'ordinateur, une clé USB, ou un téléphone mobile, et comporte la même destination, qui est d'être écouté

par celui qui en a fait l'acquisition ». Elle en a conclu qu'« à moins de cultiver délibérément le sophisme, il ne peut être sérieusement soutenu qu'une société commerciale qui tire son profit de la mise à disposition du public, à la demande de celui-ci, de phonogrammes par le moyen du téléchargement, exercerait une activité qui ne constituerait pas une mise à disposition du public à des fins de commerce, étant observé incidemment que l'exigence de mise à disposition d'un nombre d'exemplaires suffisants est évidemment satisfaite dans ce mode de mise à disposition ». La Cour de cassation a, par un arrêt remarqué du 11 septembre 2013 ²²¹⁰, validé ce raisonnement de la cour d'appel, en énonçant que « la qualification juridique de phonogramme est indépendante de l'existence ou non d'un support tangible ». Ces décisions permettent d'adapter les concepts du Code de la propriété intellectuelle tels que « phonogramme » au monde numérique ²²¹¹.

En toute hypothèse, il est plus prudent de délimiter précisément l'étendue des droits cédés. Telle est d'ailleurs la pratique contractuelle des éditeurs de phonogrammes et de vidéogrammes qui, pour la plupart, ont fait signer aux artistes-interprètes des avenants complétant la cession de leurs droits conclue avant le développement des services de téléchargement payant par une autorisation d'exploitation par voie de mise à disposition à la demande et de téléchargement sur les réseaux de communication au public en ligne ²²¹².

572 *Contrat de production audiovisuelle* ◇ Aux termes de l'article L. 212-4 du Code de la propriété intellectuelle ²²¹³, le contrat de production audiovisuelle, déjà mentionné à propos du droit d'auteur ²²¹⁴, vaut, lorsqu'il est conclu entre un artiste-interprète et un producteur, autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète ²²¹⁵. Cela emporte notamment autorisation de diffusion des œuvres audiovisuelles à la télévision, par le biais de DVD ou encore par leur mise en ligne. Il est précisé que ce contrat fixe une rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre ²²¹⁶, mais la cour d'appel de Paris a estimé que des conventions collectives contraires, n'attribuant aucune rémunération spécifique aux artistes-interprètes pour la mise à disposition de leurs interprétations par service de vidéo à la demande (*catch-up TV*) pendant les 7 jours suivant la diffusion hertzienne, n'étaient pas contraires à l'ordre public ²²¹⁷.

La différence essentielle est que le contrat de production audiovisuelle

conclu par les auteurs n'emporte qu'une présomption simple de cession des droits au producteur, tandis que la cession qu'emporte le contrat conclu par les artistes-interprètes n'est pas susceptible de clause contraire. La présomption est donc irréfragable.

573 *Diffusion par satellite et retransmission par câble* ◇ Les droits accordés aux artistes-interprètes sont complétés par les articles L. 217-1 et L. 217-2 du Code de la propriété intellectuelle. Le premier concerne la télédiffusion par satellite de la prestation d'un artiste-interprète. Le second est relatif au droit d'autoriser la retransmission de la prestation d'un artiste-interprète par câble, simultanée, intégrale et sans changement, sur le territoire national. Il est prévu, dans ce second cas, que le droit ne peut être exercé que par une société de perception et de répartition des droits.

574 *Gestion collective des droits des artistes-interprètes* ◇ Si seul ce dernier droit fait l'objet d'une gestion collective obligatoire – à l'instar des domaines de la copie privée et de la licence légale de phonogramme ²²¹⁸ –, il n'en demeure pas moins que ce mode de gestion a une grande importance pour les artistes-interprètes. Deux sociétés de gestion collective représentent les artistes-interprètes en France. Il s'agit de l'ADAMI (Société civile pour l'administration des droits des artistes et musiciens-interprètes) et de la SPEDIDAM (Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes). Ces deux sociétés ont créé une société commune, la SAI (Société des artistes-interprètes) en 2004.

Les sociétés de gestion collective répartissent entre les artistes-interprètes les rémunérations provenant de la copie privée, des licences légales ²²¹⁹ et de l'exploitation des droits exclusifs que leur confient les artistes-interprètes par mandat ou apport-cession. Elles concluent notamment des contrats généraux avec les tiers souhaitant exploiter les interprétations de leur répertoire.

Les règles de fonctionnement de ces sociétés sont analogues à celles régissant les sociétés d'auteur ²²²⁰.

575 *Défense des droits* ◇ L'action civile en contrefaçon des droits des artistes-interprètes ne présente pas de particularité par rapport à l'action en contrefaçon des droits d'auteur, décrite plus haut ²²²¹.

Quant à l'action pénale, elle est prévue à l'article L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle. Ce dernier punit de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende toute fixation, reproduction, communication ou mise à disposition du public, à titre onéreux ou gratuit, ou toute télédiffusion d'une prestation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, réalisée sans l'autorisation, lorsqu'elle est exigée, de l'artiste-interprète. Il en est de même pour toute importation ou exportation de phonogrammes ou de vidéogrammes réalisée sans l'autorisation de l'artiste-interprète, lorsqu'elle est exigée.

Enfin, les règles relatives aux mesures techniques de protection et d'information ainsi que le dispositif HADOPI sont aussi applicables aux droits des artistes-interprètes.

§ 2. Durée des droits

576 *Durée du droit moral* ◇ Comme en matière de droit d'auteur, le droit moral des artistes-interprètes est perpétuel ²²²² – quoique le Code de la propriété intellectuelle ne l'affirme pas expressément ²²²³. L'article L. 211-2 précise qu'il est transmissible aux héritiers pour la protection de l'interprétation et de la mémoire du défunt.

577 *Durée du droit patrimonial* ◇ En droit français, selon l'article L. 211-4 du Code de la propriété intellectuelle, la durée des droits patrimoniaux des artistes-interprètes est de cinquante années à compter du premier janvier de l'année civile suivant celle de l'interprétation. Toutefois, si une fixation de l'interprétation fait l'objet d'une mise à disposition du public, par des exemplaires matériels, ou d'une communication au public pendant cette période, les droits patrimoniaux de l'artiste-interprète n'expirent que cinquante ans après le premier janvier de l'année civile suivant le premier de ces faits.

La durée de la protection est ainsi plus courte que celle applicable au droit d'auteur, en raison, d'une part, du délai, et d'autre part, de son point de départ.

578 *Allongement partiel de la durée en matière musicale : directive du 27 septembre 2011* ◇ Il importe néanmoins de tenir

compte de la directive n° 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 ²²²⁴ modifiant la directive n° 1006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins. Ce texte, qui devait être transposé au plus tard le 1^{er} novembre 2013, a allongé la durée de protection des droits des artistes-interprètes (et des producteurs) en matière musicale, l'objectif affiché étant d'accorder aux artistes-interprètes « un niveau de protection qui reconnaisse leur contribution créative et artistique » ²²²⁵.

Le mécanisme est le suivant. La durée de protection est maintenue à cinquante ans à compter de la première publication ou communication au public pour toutes les interprétations fixées par un moyen autre qu'un phonogramme. En revanche, elle est étendue à soixante-dix ans pour les interprétations fixées sur des phonogrammes. Étant donné qu'en pratique, les artistes-interprètes cèdent leurs droits aux producteurs dans la plupart des cas, la directive instaure des compensations au bénéfice des artistes-interprètes.

D'une part, l'article 2 *bis* de la directive 1006/116 dans sa version modifiée prévoit que « si, cinquante ans après que le phonogramme a fait l'objet d'une publication licite, ou [...] d'une communication licite au public, le producteur de phonogrammes n'offre pas à la vente des exemplaires du phonogramme en quantité suffisante ou ne le met pas à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que les membres du public puissent y avoir accès de l'endroit et au moment qu'ils choisissent individuellement, l'artiste interprète ou exécutant peut résilier le contrat par lequel l'artiste interprète ou exécutant a transféré ou cédé ses droits sur la fixation de son exécution à un producteur de phonogrammes ». Ce droit de résilier le contrat peut être exercé si le producteur, dans un délai d'un an à compter de la notification par l'artiste interprète ou exécutant de son intention de résilier le contrat, n'accomplit pas les deux actes d'exploitation visés. En somme, les artistes-interprètes récupèrent leurs droits à l'issue d'une période de 51 ans.

D'autre part, l'article 2 *ter* de la directive modifiée attribue aux artistes-interprètes contractuellement autorisés à revendiquer une rémunération non récurrente le droit d'obtenir une rémunération annuelle supplémentaire de la part du producteur de phonogrammes pour chaque année complète suivant directement la cinquantième année après que le phonogramme a fait l'objet d'une publication ou d'une communication au public. Cette rémunération doit correspondre à 20 % des recettes que le producteur de phonogrammes a perçues au cours de l'année précédant

celle du paiement de ladite rémunération. Le droit à cette rémunération supplémentaire est administré par une société de gestion collective.

Il demeure à voir comment cette directive sera transposée en droit français.

§ 3. Exceptions aux droits patrimoniaux

579 *Épuisement du droit* ◇ À titre liminaire, comme en matière de droit d'auteur ²²²⁶, il convient de mentionner la règle d'épuisement des droits. Prévue à l'article L. 211-6 du Code de la propriété intellectuelle, la règle est commune aux droits des artistes-interprètes et des producteurs. L'article dispose que « dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une fixation protégée par un droit voisin a été autorisée par le titulaire du droit ou ses ayants droit sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette fixation ne peut plus être interdite dans les États membres de la Communauté européenne et les États parties à l'accord sur l'Espace économique européen ».

Comme on l'a exposé à propos du droit d'auteur, l'épuisement du droit de distribution suppose un exemplaire matériel de l'interprétation. Les artistes-interprètes peuvent exiger une redevance à l'occasion de chacune des communications de leur interprétation à un nouveau public. En conséquence, l'épuisement ne s'applique pas aux représentations des interprétations sur Internet, qui s'apparentent à des services et non pas à des ventes. La règle ne s'applique pas davantage au téléchargement en ligne d'interprétations : selon le considérant 29 de la directive du 22 mai 2001, « contrairement aux CD-ROM ou aux CD-I, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi ».

580 *Typologie des exceptions* ◇ Les exceptions aux droits exclusifs des artistes-interprètes peuvent se répartir en deux catégories : certaines sont communes avec les exceptions au droit d'auteur (A) ; d'autres sont spécifiques (B).

A. Les exceptions communes

- 581** *Exceptions aux droits voisins* ◇ L'article L. 211-3 énumère une liste d'exceptions analogues aux exceptions de l'article L. 122-5, en précisant *in fine* que ces exceptions sont soumises au test des trois étapes. Les exceptions suivantes aux droits des artistes-interprètes sont également applicables aux autres droits voisins :
- les représentations dans un cercle de famille ;
 - les copies privées ;
 - les analyses et courtes citations ;
 - les revues de presse ;
 - la diffusion de discours d'actualité ;
 - l'utilisation à des fins pédagogiques ;
 - la parodie, le pastiche et la caricature ;
 - la reproduction transitoire ;
 - la reproduction et la représentation au bénéfice des personnes handicapées ;
 - la reproduction et la représentation à des fins de consultation ou de conservation.
- 582** *Conditions d'application* ◇ Le champ et les conditions d'application de ces exceptions sont les mêmes qu'en droit d'auteur ²²²⁷. On renvoie donc aux développements du Chapitre précédent sur le sujet ²²²⁸, en particulier concernant l'application des exceptions à l'environnement numérique, et notamment les pratiques de téléchargement et de *streaming* qui concernent autant les artistes-interprètes que les auteurs.
- 583** *Copie privée* ◇ L'exception de copie privée, on l'a indiqué, s'applique aux artistes-interprètes comme aux auteurs. On rappellera seulement que, selon l'article L. 311-7 du Code de la propriété intellectuelle, la rémunération pour copie privée, déjà étudiée ²²²⁹, bénéficie aux artistes-interprètes pour un quart en ce qui concerne la copie des phonogrammes, et pour un tiers en ce qui concerne les vidéogrammes. Ce sont l'ADAMI et la SPEDIDAM qui perçoivent ces sommes.

B. Les exceptions spécifiques

584 Le Code de la propriété intellectuelle prévoit deux exceptions spécifiques, au champ d'application et au fonctionnement bien distincts.

585 *Exception spécifique aux droits des artistes-interprètes* ◇ La seule exception spécifique aux droits des artistes-interprètes se trouve à l'article L. 212-10 du Code. Selon ce texte, « les artistes-interprètes ne peuvent interdire la reproduction et la communication publique de leur prestation si elle est accessoire à un événement constituant le sujet principal d'une séquence d'une œuvre ou d'un document audiovisuel ». Cette exception permet la diffusion, dans des journaux télévisés, de prestations telles que des interprétations théâtrales ou cinématographiques dans le cadre de reportages d'actualité.

586 *Exception (ou semi-exception) commune aux producteurs de phonogrammes : la licence légale* ◇ L'exception la plus importante en matière de droits des artistes-interprètes est constituée par un mécanisme de licence légale institué par le Code de la propriété intellectuelle en matière musicale. Ce mécanisme peut être qualifié de « semi-exception » ou de « limitation » ²²³⁰ en ce qu'il institue certes une exception au droit exclusif de l'artiste-interprète d'autoriser la communication au public de son interprétation, mais contre une « rémunération équitable » – comme en matière de copie privée.

L'article L. 214-1 du Code dispose ainsi que lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer :

1° À sa communication directe dans un lieu public, dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle ;

2° À sa radiodiffusion et à sa câblo-distribution simultanée et intégrale, ainsi qu'à sa reproduction strictement réservée à ces fins, effectuée par ou pour le compte d'entreprises de communication audiovisuelle en vue de sonoriser leurs programmes propres diffusés sur leur antenne ainsi que sur celles des entreprises de communication audiovisuelle qui acquittent la rémunération équitable.

Dans tous les autres cas, il incombe aux producteurs desdits programmes de se conformer au droit exclusif des titulaires de droits voisins.

Domaine d'application de la licence légale ◇ Le mécanisme de la licence légale, qui dispense les utilisateurs de phonogrammes du commerce d'obtenir les autorisations des artistes-interprètes (et des producteurs) pour la diffusion au public, soulève quelques difficultés quant à son champ d'application, en particulier dans l'environnement numérique. En effet, il est parfois difficile de déterminer si certaines situations, à la frontière de la licence légale, relèvent des droits exclusifs des artistes-interprètes ou de la licence légale. Le champ d'application du mécanisme de la licence légale est constitué, selon la loi, par quatre situations : la « communication directe [du phonogramme] dans un lieu public », sa « radiodiffusion », sa « câblo-diffusion simultanée et intégrale », ainsi que sa « reproduction strictement réservée à ces fins, effectuée par ou pour le compte d'entreprises de communication audiovisuelle en vue de sonoriser leurs programmes propres ». L'interprétation de ces différentes notions appelle quelques précisions.

588 ***Communication directe dans un lieu public*** ◇ La « communication directe » des phonogrammes dans un lieu public vise tous les cas de diffusion au public des phonogrammes, y compris dans les cas où cette communication s'effectue grâce à un matériel (lecteur de CD, chaîne hi-fi, radio, ordinateur, platine de *disc-jockey*, etc). Cela concerne donc les discothèques, bars, cafés, restaurants, hôtels, commerces, qui diffusent des phonogrammes. Dans ces situations, le droit exclusif des artistes-interprètes est donc paralysé au profit du système de licence légale.

Il faut également rappeler que la notion de « communication au public » constitue de même le critère de l'application de la licence légale dans l'article 8 § 2 de la directive n° 2006/115 du 12 décembre 2006²²³¹ relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle. Dans son arrêt *Del Corso* du 15 mars 2012²²³², la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que le droit exclusif des artistes-interprètes, prévu par la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, ne s'applique qu'aux seules « transmissions interactives à la demande », qui supposent un rôle actif de la part des utilisateurs finaux. *A contrario* donc, c'est la licence légale qui s'applique lorsque les clients ne sélectionnent pas la musique diffusée. Tel est le cas, par exemple, de la clientèle d'un cabinet médical ou d'un

supermarché. Ce critère correspond à celui qu'avait mis en œuvre la Cour de cassation en 2005, par deux arrêts dans lesquels elle avait posé comme condition d'application de la licence légale l'absence d'interactivité, c'est-à-dire la passivité des clients par rapport au choix des phonogrammes diffusés ²²³³.

589 ***Radiodiffusion et câblo-diffusion simultanée et intégrale*** ◇ Les notions de « radiodiffusion » et de « câblo-diffusion » s'entendent évidemment de la diffusion des phonogrammes à la radio, mais également, au sens large, à la télévision, par ondes hertziennes ainsi que par satellite ²²³⁴. Il est cependant nécessaire, pour que la licence légale s'applique à la câblo-diffusion de phonogrammes, que celle-ci soit simultanée et intégrale. La condition de simultanéité est appréciée de façon large par la Cour de cassation, qui considère qu'un léger décalage n'est pas incompatible avec cette condition, dès lors qu'il est dû à des impératifs techniques indépendants de la volonté du diffuseur ²²³⁵.

Cette jurisprudence a été consacrée par la loi du 1^{er} août 2006, qui a étendu la licence légale aux reproductions préalables de phonogrammes en vue de sonoriser des programmes.

590 ***Reproduction préalable en vue de sonoriser des programmes*** ◇ Depuis cette loi, l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle soumet également à la licence légale « la reproduction strictement réservée à [la radiodiffusion et la câblo-diffusion simultanée et intégrale], effectuée par ou pour le compte d'entreprises de communication audiovisuelle en vue de sonoriser leurs programmes propres diffusés sur leur antenne ainsi que sur celles des entreprises de communication audiovisuelle qui acquittent la rémunération équitable ». Cela permet ainsi d'incorporer des phonogrammes dans des programmes audiovisuels sans avoir à obtenir l'autorisation des artistes-interprètes concernés. En cela, la loi de 2006 a brisé une jurisprudence antérieure ²²³⁶ qui refusait d'appliquer la licence légale à la sonorisation des programmes ²²³⁷. Encore faut-il naturellement que les phonogrammes incorporés soient reproduits à l'identique, sans modification ²²³⁸.

591 ***Application de la licence légale aux diffusions sur***

Internet ? ◇ La question de savoir si le régime de la licence légale s'applique aux diffusions des phonogrammes sur Internet, ou bien si au contraire, ces diffusions sont soumises aux droits exclusifs des artistes-interprètes, est délicate.

Si l'on applique le critère du rôle actif de l'utilisateur final dégagé par la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne, il semble que la diffusion effectuée par les sites proposant aux internautes de se constituer des *playlists* pour écouter des phonogrammes en *streaming* doit relever des droits exclusifs. Il en va de même des *radios on demand*.

À plus forte raison, le téléchargement n'est pas concerné par la licence légale. Ce mode de diffusion relève donc des droits exclusifs des artistes-interprètes. Il en va ainsi pour les *podcasts*, qui permettent un téléchargement durable et différé ²²³⁹.

La question est plus complexe s'agissant des webradios, stations de radio apparues dans les années 1990, dont la particularité est qu'elles sont diffusées sur Internet par le procédé du *streaming*.

592 Licences légales et webradios ◇ Les webradios peuvent-elles bénéficier, pour leurs actes de *webcasting* (diffusion exclusive sur Internet) ou de *simulcasting* (diffusion simultanée sur le réseau hertzien et sur Internet), du système de licence légale qui profite aux radios hertziennes ? La question est fort débattue en doctrine ²²⁴⁰. En application du critère de l'interactivité, les webradios (à l'exception des radios à la demande) devraient se voir appliquer le régime de la licence légale, dans la mesure où elles diffusent de la musique en ligne en continu. Une telle solution aurait le mérite de traiter de la même façon toutes les radios, qu'elles soient hertziennes ou en ligne. Pourtant, en l'état actuel du droit, les webradios se voient exclues du régime de la licence légale, et soumises au régime de l'article L. 212-3 du Code de la propriété intellectuelle. La question de l'inclusion des webradios dans le champ d'application de l'article L. 214-1 a bien été soulevée lors des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 1^{er} août 2006. Un amendement avait ainsi été déposé à cette fin : ses rédacteurs soulignaient que les interprétations diffusées étaient incorporées dans une programmation en flux continu, identique pour tous et sans possibilité d'individualiser ou d'influencer cette programmation. Mais cet amendement ayant été rejeté, les webradios sont demeurées soumises

au régime des droits exclusifs, contrairement aux radios hertziennes, ce que l'on peut qualifier de « discrimination peu logique » ²²⁴¹.

La conséquence est que les webradios doivent obtenir l'autorisation des artistes-interprètes et des producteurs concernés en vue de la diffusion des phonogrammes. En pratique, cela prend la forme de licences conventionnelles accordées par les sociétés de gestion collective. L'avantage de ce régime est une certaine souplesse dans la négociation des tarifs, qui peuvent par exemple être adaptés à la spécificité des radios associatives. Paradoxalement, en effet, le régime de la rémunération équitable peut se révéler plus rigide.

593 ***La rémunération équitable*** ◇ Selon l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle, les utilisations des phonogrammes effectuées dans le cadre de la licence légale ouvrent droit à rémunération au profit des artistes-interprètes et des producteurs. Cette rémunération est versée par les personnes qui utilisent les phonogrammes en cause. Elle est assise sur les recettes de l'exploitation ou, à défaut, évaluée forfaitairement.

Concrètement, l'article L. 214-3 prévoit que le barème de rémunération et les modalités de versement de la rémunération sont établis par des accords spécifiques à chaque branche d'activité entre les organisations représentatives des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et des personnes utilisant les phonogrammes. À défaut, le barème de rémunération et les modalités de versement de la rémunération sont arrêtés par une commission paritaire présidée par un représentant de l'État. Ce mode de fixation peut s'avérer source de blocages et de rigidité.

La Cour de justice de l'Union européenne a apporté quelques précisions relatives à la rémunération équitable. Cette notion doit en effet faire l'objet d'une interprétation uniforme ²²⁴² : dans sa fixation, les parties doivent tenir compte de différents critères, dont le nombre d'heures de diffusion, l'audience des diffusions et les modalités retenues dans les autres États membres.

La gestion de la rémunération équitable est confiée à une société de gestion collective, la SPRE (Société de perception de la rémunération équitable), qui répartit les sommes entre les différentes sociétés d'artistes-interprètes et de producteurs, la rémunération équitable étant répartie par moitié entre les artistes-interprètes et les producteurs de

phonogrammes. Les sociétés d'artistes et de producteurs distribuent ensuite la rémunération aux intéressés, en fonction de l'utilisation des phonogrammes qui a été déclarée par les utilisateurs.

On l'a déjà compris, les droits voisins des artistes-interprètes sont intimement mêlés à ceux des producteurs, qu'il convient d'étudier.

SECTION 2. LES DROITS DES PRODUCTEURS

594 *Finalité* ◇ Les droits accordés par le Code de la propriété intellectuelle aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du commerce ont pour finalité de récompenser l'investissement qu'ils ont consenti dans la création artistique. Ce n'est plus une démarche créative, mais une démarche économique, qui est ici protégée.

595 *Cumul des droits* ◇ Ces producteurs cumulent, dans la plupart des cas, les droits que leur accorde le Code avec ceux, accordés aux auteurs et aux artistes-interprètes, qui leur ont été transmis par le biais de cessions contractuelles ou de la cession légale prévue au bénéfice des producteurs d'œuvres audiovisuelles – à moins que le phonogramme ou le vidéogramme ne soit le support d'éléments non protégés par le droit d'auteur.

596 *Plan* ◇ Étant donné la similitude des dispositions concernant les producteurs de phonogrammes et les producteurs de vidéogrammes, la présentation de leurs droits respectifs sera conjointe. À cet effet, il convient d'abord de définir les titulaires des droits (§ 1), avant de préciser le contenu des droits (§ 2).

§ 1. Titulaires des droits

597 *Producteurs de phonogrammes* ◇ L'article L. 213-1 du Code de la propriété intellectuelle définit le producteur de phonogrammes comme « la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de son ». La responsabilité mentionnée s'entend de la responsabilité financière ²²⁴³.

Le terme de « phonogramme », quant à lui, désigne la fixation d'une

séquence de sons, peu important le type de support et le procédé de fixation. Il peut ainsi s'agir de disques, de CD, de cassettes, comme de supports numériques ²²⁴⁴ contenant des sons. Le phonogramme peut même être totalement dématérialisé, et consister en un fichier numérique sauvegardé sur une mémoire informatique telle qu'un disque dur ²²⁴⁵.

598 ***Producteurs de vidéogrammes*** ◇ Les producteurs de vidéogrammes font l'objet d'une définition analogue à l'article L. 215-1 du Code de la propriété intellectuelle : ce sont les personnes, physiques ou morales, qui ont l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence d'images sonorisée ou non. À nouveau, ces producteurs voient leur investissement couronné par des droits exclusifs.

Le terme « vidéogramme » désigne la fixation d'une séquence d'images et de sons ou d'images non sonorisées, c'est-à-dire d'une œuvre audiovisuelle (hormis le cas où le vidéogramme n'est constitué que d'images fixes). Comme la notion de phonogramme, celle de vidéogramme inclut tous les types de supports : cassettes vidéo, DVD ²²⁴⁶, Blu-Ray, et supports informatiques.

599 ***Présomption prétorienne de titularité des droits*** ◇ La Cour de cassation a étendu aux droits voisins la présomption simple de titularité qu'elle applique en matière de droits d'auteur ²²⁴⁷. Dans un arrêt du 14 novembre 2012, elle a ainsi énoncé qu'« en l'absence de toute revendication émanant de la personne physique ou morale qui a pris l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de sons, ou de ses ayants droit, l'exploitation publique, paisible et non équivoque d'un enregistrement par une personne physique ou morale sous son nom, est de nature à faire présumer à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon que celle-ci est titulaire sur l'enregistrement des droits prévus à l'article [L. 213-1 du Code de la propriété intellectuelle] » ²²⁴⁸.

§ 2. Contenu des droits

600 ***Monopole des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes*** ◇ Les articles L. 213-1, alinéa 2, et L. 215-1, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle disposent que l'autorisation du

producteur est requise avant toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication au public de son phonogramme ou vidéogramme.

Le producteur peut ainsi contrôler toute reproduction, quel qu'en soit le support ²²⁴⁹, et toute communication au public de son phonogramme ou vidéogramme, quelles qu'en soient les modalités. Ce droit exclusif concerne donc notamment les diffusions sur Internet ²²⁵⁰.

Comme pour les artistes-interprètes, les articles L. 217-1 et L. 217-2 du Code prévoient également le droit de télédiffusion par satellite et par câble.

601 ***Durée des droits*** ◇ En vertu de l'article L. 211-4, commun à tous les droits voisins, la durée des droits exclusifs des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes est de cinquante années à compter du 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle de la première fixation de la séquence de son ou d'images sonorisées ou non. Toutefois, si un phonogramme ou vidéogramme fait l'objet, par des exemplaires matériels, d'une mise à disposition du public, ou bien d'une communication au public pendant cette période, les droits patrimoniaux du producteur n'expirent que cinquante ans après le 1^{er} janvier de l'année civile suivant ce fait.

Il convient toutefois de prendre en compte la directive n° 2011/77, déjà évoquée ²²⁵¹, qui a allongé la durée de protection au bénéfice des producteurs – comme des artistes-interprètes – de cinquante à soixante-dix ans à compter de la date de la première publication licite, s'il en est intervenu une. Par ailleurs, la directive, en introduisant un mécanisme de compensation au bénéfice des artistes-interprètes, a instauré une forme de déchéance des droits ²²⁵² du producteur de phonogrammes pour exploitation insuffisante. En effet, elle prévoit que si l'artiste-interprète, aux conditions détaillées plus haut ²²⁵³, résilie le contrat par lequel il a cédé ses droits au producteur du phonogramme, « les droits du producteur de phonogrammes sur le phonogramme expirent ». Il s'agit là d'un mécanisme de sanction original en droit de la propriété littéraire et artistique.

602 ***Exceptions au monopole des producteurs*** ◇ Les exceptions aux droits exclusifs prévues à l'article L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle étant communes à tous les droits voisins, on renvoie sur ce

point aux développements relatifs aux exceptions aux droits des artistes-interprètes ²²⁵⁴.

Les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes bénéficient ainsi d'une partie de la rémunération pour copie privée.

Seule différence entre eux, seuls les producteurs de phonogrammes sont soumis au régime de la licence légale de l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle. La rémunération équitable perçue par la SPRE est alors reversée à la SCPA (Société civile des producteurs associés), qui la répartit à son tour entre ses deux associés, la SCPP (Société civile pour l'exercice des droits des producteurs phonographiques) et la SCPF (Société civile des producteurs de phonogrammes en France). On renvoie, sur ce sujet, aux développements consacrés au champ d'application de la licence légale, notamment sur Internet ²²⁵⁵.

Les producteurs de vidéogrammes, en revanche, conservent leur droit d'autoriser les diffusions dans les lieux publics ou à la télévision ²²⁵⁶.

À leur tour, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes voient leurs droits liés à ceux d'un autre type de producteur culturel, les entreprises de communication audiovisuelle.

SECTION 3. LES DROITS DES ENTREPRISES DE COMMUNICATION AUDIOVISUELLE

603 *Notion d'« entreprise de communication audiovisuelle »* ◇ Selon l'article L. 216-1 du Code de la propriété intellectuelle, sont dénommés entreprises de communication audiovisuelle les organismes qui exploitent un service de communication audiovisuelle au sens de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, quel que soit le régime applicable à ce service. L'article 2 de cette loi définit la communication audiovisuelle comme toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, toute communication au public par voie électronique de services ne relevant pas de la communication au public en ligne telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, ainsi que toute communication au public de services de médias audiovisuels à la

demande ²²⁵⁷.

Concrètement, sont concernées les entreprises de radio et de télévision, quelle que soit la technique utilisée (ondes hertziennes, satellite, câble, webradios et webtélévisions), ainsi que les services à la demande électroniques. Sont exclues, en revanche, les entreprises de communication en ligne sur Internet.

604 Monopole des entreprises de communication

audiovisuelle ◇ Selon l'article L. 216-1 du Code de la propriété intellectuelle, sont soumises à l'autorisation de l'entreprise de communication audiovisuelle la reproduction de ses programmes, ainsi que leur mise à la disposition du public par vente, louage ou échange, leur télédiffusion et leur communication au public dans un lieu accessible à celui-ci moyennant paiement d'un droit d'entrée.

Étant donné l'imbrication des différents droits voisins, la diffusion de programmes suppose en pratique une chaîne de contrats, de l'artiste-interprète à l'utilisateur des programmes, en passant par les producteurs et les entreprises de communication audiovisuelle.

605 Exceptions ◇ Les entreprises de communication audiovisuelle sont soumises aux mêmes exceptions que les producteurs et les artistes-interprètes.

À ces exceptions s'ajoute une limite spécifique, tenant aux nécessités de l'information du public. Selon l'article 20-2 de la loi du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, « les événements d'importance majeure ne peuvent être retransmis en exclusivité d'une manière qui aboutit à priver une partie importante du public de la possibilité de les suivre en direct ou en différé sur un service de télévision à accès libre » ²²⁵⁸. On trouve également une exception similaire à l'article L. 333-7 du Code du sport, rendue applicable par une loi du 5 mars 2009 aux « événements de toute nature qui présentent un grand intérêt pour le public » ²²⁵⁹. Cette disposition permet la diffusion de brefs extraits au cours d'émissions d'information ²²⁶⁰.

La liste des événements majeurs, définie par un décret, inclut certaines manifestations sportives, sur l'exploitation desquelles le Code du sport prévoit un droit exclusif.

SECTION 4. LES DROITS PORTANT SUR LES MANIFESTATIONS SPORTIVES

606 *Droits exclusifs prévus par le Code du sport* ◇ Depuis 1992, la loi confère aux fédérations et aux organisateurs de manifestations sportives un droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu'ils organisent ²²⁶¹. Cette prérogative est consacrée depuis 2006 à l'article L. 333-1 du Code du sport, qui la présente comme un droit de propriété ²²⁶². Elle porte sur les manifestations ou compétitions, qui ne sont pas, en soi, des œuvres protégeables par le droit d'auteur, comme l'a souligné la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Premier League* ²²⁶³. Néanmoins, ces manifestations, selon la Cour, revêtent « un caractère unique et, dans cette mesure, original, qui peut les transformer en objets dignes de protection comparable à la protection des œuvres ». Lorsqu'une telle protection existe dans un État membre, la Cour a précisé que cette protection ne peut justifier une restriction à la libre prestation de services que dans la mesure où celle-ci est nécessaire pour atteindre l'objectif de la propriété intellectuelle en cause, à savoir l'exploitation économique du droit par ses titulaires. Dans l'arrêt *Premier League*, la CJUE a admis la possibilité de conclure des contrats de licence territoriale exclusive, mais a estimé que « la restriction qui consiste en l'interdiction d'utiliser des dispositifs de décodage étrangers ne saurait être justifiée au regard de l'objectif de protection des droits de propriété intellectuelle ».

Le Code du sport est relativement imprécis quant aux contours du monopole, ne fixant en particulier aucune durée pour le droit d'exploitation. Il indique seulement, depuis une loi du 12 mai 2010, que ce monopole inclut le droit de consentir à l'organisation de paris sur les manifestations ou compétitions sportives ²²⁶⁴. Dans son essence, le droit exclusif concerne surtout la télédiffusion des manifestations, ainsi que leur exploitation par le biais de photographies ²²⁶⁵. En effet, la jurisprudence a précisé qu'en « l'absence de toute précision ou distinction prévue par la loi concernant la nature de l'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qui est l'objet du droit de propriété reconnu », « toute forme d'activité économique ayant pour finalité de générer un profit, et qui n'aurait pas d'existence si la manifestation sportive dont elle est le prétexte ou le support nécessaire n'existait pas, doit être regardée comme une exploitation au sens de ce

texte » ²²⁶⁶. La généralité des termes de l'article L. 333-1 du Code du sport inclut l'exploitation des manifestations sportives sur Internet.

607 *Exceptions* ◇ Selon l'article L. 333-7 du Code du sport, la cession du droit d'exploitation d'une manifestation ou d'une compétition sportive à un service de communication au public par voie électronique ne peut faire obstacle à l'information du public par les autres services de communication au public par voie électronique. Le vendeur ou l'acquéreur de ce droit ne peut s'opposer à la diffusion, par d'autres services de communication au public par voie électronique, de brefs extraits prélevés à titre gratuit parmi les images du ou des services cessionnaires et librement choisis par le service non cessionnaire du droit d'exploitation qui les diffuse, étant précisé que ces extraits sont diffusés gratuitement au cours des émissions d'information. Le Code subordonne la diffusion de ces extraits à « une identification suffisante du service de communication au public par voie électronique cessionnaire du droit d'exploitation de la manifestation ou de la compétition », ce qui évoque une forme de droit de paternité.

En outre, aux termes de l'article L. 333-8, la cession du droit d'exploitation d'une manifestation ou d'une compétition sportive à un service de communication au public par voie électronique ne fait pas obstacle à la diffusion partielle ou intégrale de cette manifestation ou de cette compétition par un autre service de communication au public par voie électronique lorsque le service cessionnaire du droit d'exploitation n'assure pas la diffusion en direct d'extraits significatifs de la manifestation ou de la compétition sportive.

608 La présentation des droits voisins a mis en lumière l'attraction qu'éprouve le droit de la propriété littéraire et artistique pour une protection des investissements économiques, ce qui l'éloigne de la vocation d'origine du droit d'auteur. Cela est particulièrement perceptible dans l'environnement numérique, caractérisé par l'importance et la facilité de l'accès aux informations. Cette tension se retrouve également dans les règles applicables aux créations à caractère technique et utilitaire que sont les bases de données et les logiciels, qui font l'objet du Chapitre suivant.

CHAPITRE 3

LES DROITS PORTANT SUR LES CRÉATIONS À CARACTÈRE TECHNIQUE ET UTILITAIRE

Section 1. LA PROTECTION DES LOGICIELS

§ 1. Exclusion de la protection par le droit des brevets

§ 2. Protection par le droit d'auteur

- A. L'objet de la protection
- B. Le contenu de la protection

Section 2. LA PROTECTION DES BASES DE DONNÉES

§ 1. La protection par le droit d'auteur

- A. La condition d'originalité
- B. Le contenu de la protection

§ 2. La protection par un droit *sui generis*

- A. Les conditions de la protection
- B. Le contenu de la protection

609 *Entre droit commun et règles spécifiques* ◇ Les créations à caractère technique et utilitaire que sont les logiciels et les bases de données sont des objets dont l'importance est toute particulière dans le monde numérique²²⁶⁷. En effet, sans ces créations, pas de jeux vidéo, pas de sites web, pas de navigation, pas de courrier électronique, pas de fichiers numériques, etc. Cette importance justifie qu'un chapitre soit ici consacré à l'étude de leur protection.

Les logiciels et les bases de données peuvent être protégés en tant qu'œuvres de l'esprit par le droit de la propriété littéraire et artistique, comme on l'a déjà évoqué dans le Chapitre 1 de ce Titre. Mais, parce que ces créations, à la frontière entre le domaine de l'esthétique et celui

de l'utilitaire, tendent vers la propriété industrielle, elles voient le droit d'auteur les concernant aménagé par des règles spécifiques. L'objectif de ce régime est la prise en considération de l'aspect économique essentiel attaché aux logiciels et aux bases de données : davantage que de véritables œuvres, ils constituent des outils, fruits d'investissements qu'il s'agit de protéger.

610 *Sources* ◇ En tant qu'œuvres de l'esprit, les logiciels et les bases de données font l'objet des règles édictées au Livre premier de la première partie du Code de la propriété intellectuelle, avec un certain nombre de dispositions dérogatoires que l'on détaillera dans ce Chapitre. Par ailleurs, les bases de données sont également régies par un Titre spécifique, le Titre IV (art. L. 341-1 à L. 343-7), intitulé « Droits des producteurs de bases de données ». Ce Titre consacre un droit *sui generis* qui se cumule au droit d'auteur pouvant protéger les bases de données.

Les régimes applicables aux logiciels et aux bases de données ont été en partie harmonisés dans l'Union européenne par les directives suivantes :

– la directive du 14 mai 1991 ²²⁶⁸ sur les logiciels (transposée en France par la loi du 10 mai 1994), remplacée par la directive n° 2009/24 du 23 avril 2009 ²²⁶⁹ ;

– la directive du 11 mars 1996 ²²⁷⁰ sur la protection des bases de données (transposée en France par la loi du 1^{er} juillet 1998).

Comme en matière de droit d'auteur et de droits voisins, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ²²⁷¹ a pris une importance croissante, avec la multiplication des questions préjudicielles en interprétation des directives.

611 *Plan du chapitre* ◇ On étudiera successivement la protection de chacun des deux types de créations à caractère technique et utilitaire qui font l'objet de ce chapitre : les logiciels (Section 1), puis les bases de données (Section 2).

SECTION 1. LA PROTECTION DES LOGICIELS

612 *Définition* ◇ Les logiciels ne font l'objet d'aucune véritable définition

dans le Code de la propriété intellectuelle. Il s'agit d'une suite d'instructions adressées à un ordinateur afin de lui faire accomplir une opération. Ces instructions, d'abord formulées dans un langage intelligible par un programmeur – langage appelé « code source » –, sont ensuite traduites par le biais d'algorithmes en langage binaire, composé de 0 et de 1, lisible par l'ordinateur – langage appelé « code objet ».

Il existe d'innombrables sortes de logiciels : logiciels de base permettant le fonctionnement des ordinateurs, logiciels d'application permettant de réaliser des tâches spécifiques, logiciels standards ou « progiciels », logiciels spécifiques conçus pour un utilisateur déterminé ²²⁷²... Quel que soit leur type, les logiciels sont omniprésents, en particulier sur Internet.

- 613** *Les logiciels entre inventions et créations* ◇ Les logiciels, en tant qu'inventions techniques et outils permettant de réaliser des fonctions, semblent intuitivement devoir relever du domaine des brevets plutôt que de celui du droit d'auteur. Pourtant, leur protection par le droit des brevets est – à quelques nuances près – exclue en droit français (§ 1), au profit d'une protection par un droit d'auteur aménagé (§ 2).

§ 1. Exclusion de la protection par le droit des brevets

- 614** *Non-brevetabilité de principe* ◇ La question de la brevetabilité des programmes d'ordinateur se pose depuis des décennies ²²⁷³. En 1968, le législateur français a exclu la protection par le droit des brevets. L'article L. 611-10, § 2, c), du Code de la propriété intellectuelle dispose ainsi que ne sont pas considérés comme des inventions brevetables « les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs ».

L'explication de cette exclusion tient sans doute au caractère abstrait des programmes d'ordinateurs, formes de méthodes informatiques qui ne présenteraient pas le caractère technique requis ²²⁷⁴. Si l'exclusion des logiciels semble absolue, il convient pourtant de la nuancer.

- 615** *Exclusion des logiciels « en tant que tels »* ◇ Le paragraphe 3 de

l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle précise que « les dispositions du 2 du présent article n'excluent la brevetabilité des éléments énumérés auxdites dispositions que dans la mesure où la demande de brevet ou le brevet ne concerne que l'un de ces éléments considéré en tant que tel ». Ne sont donc considérés comme des créations non brevetables que les programmes d'ordinateur « en tant que tels ». Cette nuance, conforme à l'article 52, § 2, c), de la Convention sur le brevet européen, soulève un certain nombre d'interrogations ²²⁷⁵. Il faut ajouter à cela que la directive n° 2009/24 précise dans son article 8 que ses dispositions n'affectent pas les autres mécanismes de protection, et notamment le brevet.

Comment interpréter l'expression « en tant que tel » ? Elle signifie que ne peut être breveté un logiciel en soi. En revanche, il est possible de protéger par un brevet un procédé dont une étape est réalisée par un ordinateur exécutant un programme.

616 ***Brevetabilité acceptée par l'OEB*** ◇ En réalité, la pratique de l'Office européen des brevets (OEB) ²²⁷⁶ admet très largement la protection des brevets pour des processus accomplis par des logiciels. La justification est que l'invention brevetable est constituée par une solution technique à un problème technique. Or, un logiciel peut reposer sur « un procédé technique représenté par une succession d'opérations de traitement exprimées en langage naturel » ²²⁷⁷. Il serait dès lors injuste d'exclure l'accès au brevet du seul fait que le résultat peut être obtenu par un logiciel. C'est en ce sens que l'OEB accepte d'accorder des brevets à des processus mis en œuvre par des logiciels, à condition que ces processus comportent des éléments techniques ²²⁷⁸ : pour l'OEB, si l'objet revendiqué apporte une contribution de caractère technique à l'état de la technique, la brevetabilité ne doit pas être mise en cause pour la simple raison qu'un programme d'ordinateur est impliqué dans sa mise en œuvre ²²⁷⁹.

En application de ce raisonnement ont ainsi été délivrés des brevets pour un « système de vente sur réseau informatique », un « concept de caddy électronique » ou encore un processus d'« achat en un clic » ²²⁸⁰.

617 ***Brevetabilité contestée par les tribunaux français*** ◇ Certains tribunaux français ont eu tendance à suivre de fait la jurisprudence de l'OEB. Ainsi a-t-il été jugé, à propos d'un logiciel d'anonymisation

de SMS, qu'« il est indifférent que [d]es fonctions puissent être assurées par tels ou tels logiciels, dès lors que ceux-ci ne sont pas revendiqués en tant que tels et que le procédé technique décrit est de nature à produire un effet technique matérialisé par la transmission du message sous forme anonyme ; que le résultat recherché est la simplification d'échanges de messages anonymes entre utilisateurs de téléphones mobiles »²²⁸¹.

Pourtant, dans un jugement du 19 mars 2010²²⁸², le tribunal de grande instance de Paris a annulé la partie française d'un brevet européen portant sur un processus d'affichage des résultats des demandes effectuées sur un moteur de recherche, au motif que l'invention ne présentait pas le caractère technique requis. Selon les juges, « à part l'énonciation du principe selon lequel il conviendrait d'associer, pour toute recherche efficiente, des requêtes fondées sur des catégories à des requêtes fondées sur des mots-clés, et l'affirmation du but à atteindre, à savoir un second résultat affinant le premier et prenant en compte des suggestions émises par le moteur de recherche, les moyens techniques à mettre en œuvre pour associer ces deux recherches et atteindre cet objectif ne sont nulle part décrits [...]. Dans la mesure où [...] la description du procédé revendiqué se borne à en affirmer l'objet sans préciser les moyens techniques à mettre en œuvre, ne détaillant que les résultats et possibilités offertes pour l'utilisateur sans mentionner les caractéristiques techniques du moteur de recherche lui-même, il convient de dire que ce procédé ne constitue pas une invention susceptible de brevetabilité ». Cette décision témoigne d'une réticence des juges français à admettre le caractère brevetable des procédés exécutés par des logiciels. De façon constante, la jurisprudence française souligne par ailleurs que l'utilisation de moyens techniques, tels qu'un ordinateur, ne saurait suffire à conférer à une invention un caractère technique²²⁸³.

618 *Questions posées à l'OEB* ◇ En raison du flou qui entoure la notion de « caractère technique » des processus mis en œuvre par des programmes d'ordinateur, en 2008, la présidente de l'OEB a saisi la grande chambre de recours de l'office des quatre questions suivantes²²⁸⁴ :

1) Un programme d'ordinateur ne peut-il être exclu en tant que tel que s'il est revendiqué de façon explicite en tant que programme d'ordinateur ?

2) Une revendication relevant du domaine des programmes d'ordinateur peut-elle échapper à l'exclusion prévue à l'article 52(2)(c) et (3) CBE en mentionnant simplement de façon explicite l'utilisation d'un ordinateur ou d'un moyen d'enregistrement de données déchiffrables par ordinateur ? Si la réponse est négative, un effet technique supplémentaire allant au-delà des effets inhérents à l'utilisation d'un ordinateur est-il nécessaire ?

3) Une caractéristique revendiquée doit-elle produire un effet technique sur une entité physique dans le monde réel pour contribuer au caractère technique de la revendication ?

4) L'activité consistant à programmer un ordinateur implique-t-elle nécessairement des considérations d'ordre technique ?

Dans son opinion du 12 mai 2010 ²²⁸⁵, la grande chambre de l'OEB a jugé irrecevable cette demande d'avis, au motif que la Convention sur le brevet européen n'autorise le président de l'Office à soumettre une question de droit à la grande chambre que lorsque deux chambres de recours ont rendu des décisions divergentes sur une question, ce qui n'était pas le cas selon la grande chambre. Selon cette dernière, « le droit à la saisine ne va pas jusqu'à permettre au président d'utiliser la saisine de la grande chambre comme un moyen de remplacer les décisions des chambres de recours [...], une saisine présidentielle n'est pas admissible au seul motif que le Parlement européen et le Conseil ont échoué dans l'adoption d'une directive sur la brevetabilité des logiciels [...]. Lorsque l'élaboration juridique conduite par la jurisprudence atteint ses limites, il est temps pour le législateur de reprendre la main » ²²⁸⁶.

619 *Brevetabilité rejetée par le Parlement européen* ◇ Comme l'évoque la grande chambre de l'OEB dans son avis, la solution issue de la pratique de l'OEB, consistant à protéger les inventions mises en œuvre par ordinateur par des brevets, a fait l'objet d'une proposition de directive de la Commission européenne en 2002 ²²⁸⁷. Mais le Parlement européen a rejeté cette proposition le 6 juillet 2005. Le Conseil de l'Union a pourtant reconnu en février 2006 l'existence d'une « harmonisation de fait ».

La situation demeure donc incertaine, et il est souhaitable qu'une clarification intervienne sur la question de la brevetabilité des logiciels.

Quoi qu'il en soit, il est en revanche certain que les logiciels sont protégés, en France comme dans l'Union européenne, par le droit

d'auteur.

§ 2. Protection par le droit d'auteur

620 *Un droit d'auteur aménagé* ◇ L'article premier de la directive n° 2009/24 oblige les États membres à protéger les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires, ce que fait le Code de la propriété intellectuelle. En effet, l'article L. 112-2, 13°, du Code de la propriété intellectuelle, indique que sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit « les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ». Toutefois, il s'agit d'un droit d'auteur aménagé, compte tenu des spécificités de ces créations informatiques.

Le droit commun du droit d'auteur ayant été exposé dans le Chapitre premier de ce Titre, on ne traitera ici que des aspects spécifiques et dérogatoires propres aux logiciels. Ces aspects se situent tant dans l'objet de la protection (A) que dans le contenu de la protection (B).

A. L'objet de la protection

621 *L'originalité des logiciels* ◇ Conformément au droit commun, les logiciels, en tant qu'œuvres de l'esprit, doivent être originaux pour bénéficier de la protection du droit d'auteur. Mais comment apprécier l'originalité d'un programme d'ordinateur ? Le Code de la propriété intellectuelle ne définit pas l'originalité. Quant à la directive n° 2009/24, elle n'est pas d'un grand secours, se limitant à indiquer à son article premier, § 3, qu'« un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur ».

La Cour de cassation, dans son arrêt *Pachot* ²²⁸⁸ de 1986, a indiqué qu'un logiciel était original dès lors que « son auteur a fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort réside dans une *structure* individualisée ». Elle a ainsi développé une approche minimaliste, abaissant le seuil d'exigence en adoptant une conception plus objective de l'originalité, définie comme un simple « effort personnalisé » de l'auteur. Il faut ainsi, pour qu'un logiciel soit protégeable, que sa structure ou son expression soit originale. Dans un

arrêt du 17 octobre 2012, la Cour de cassation a repris la formulation de l'arrêt *Pachot*, en précisant que l'apport intellectuel propre et l'effort personnalisé sont seuls de nature à conférer au programme le caractère d'une œuvre originale protégée, comme telle, par le droit d'auteur ²²⁸⁹.

Pour caractériser l'originalité, les juges prennent souvent en considération les choix opérés par le programmeur ²²⁹⁰. Dans un arrêt du 27 mai 2008 ²²⁹¹, la Cour de cassation a rappelé que ces choix doivent révéler la personnalité de l'auteur du logiciel, sans que leur technicité puisse faire présumer l'originalité. Conformément au droit commun, les logiciels caractérisés par leur banalité et leur caractère interchangeable ne sont donc pas protégeables faute d'originalité. Tel est le cas, selon un auteur ²²⁹², des *applets*, petits logiciels permettant une meilleure animation des pages web.

En aucun cas, la pertinence des choix ne peut entrer en ligne de compte, car le Code de la propriété intellectuelle interdit la prise en considération du mérite des œuvres à l'article L. 112-1.

En pratique, les juges ont le plus souvent recours à des expertises afin d'apprécier l'originalité des programmes informatiques.

622 *Éléments protégeables : code source, code objet et travaux préparatoires* ◇ La directive n° 2009/24 prévoit dans son article premier que la protection s'étend à « toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur » ²²⁹³. Comment comprendre cette formule ? Dans un arrêt du 22 décembre 2010 ²²⁹⁴, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que la protection du programme d'ordinateur s'étend à toutes les formes d'expression de celui-ci, tels que le code objet – même s'il n'est intelligible que par une machine ²²⁹⁵ – et le code source, qui permettent de le reproduire dans différents langages informatiques, ainsi qu'aux travaux préparatoires de conception ²²⁹⁶, qui permettent d'aboutir à la réalisation ultérieure d'un tel programme.

En revanche, d'autres éléments, qui interviennent soit en amont, soit en aval, ne sont pas couverts par la protection des logiciels.

623 *Exclusion des fonctionnalités et algorithmes* ◇ Les fonctionnalités des logiciels, en amont de la programmation du code source, ne sont pas protégeables par le droit d'auteur car elles ne constituent que des idées, lesquelles sont de libre parcours. En ce sens, l'article premier, § 2, de la directive n° 2009/24, indique que « les idées

et principes qui sont à la base de quelque élément que ce soit d'un programme d'ordinateur » ne sont pas protégeables.

C'est ainsi que la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir exactement énoncé que « les fonctionnalités d'un logiciel, définies comme la mise en œuvre de la capacité de celui-ci à effectuer une tâche précise ou à obtenir un résultat déterminé, ne bénéficient pas, en tant que telles, de la protection du droit d'auteur, dès lors qu'elles ne correspondent qu'à une idée »²²⁹⁷. La jurisprudence française est constante en ce sens²²⁹⁸. Il en va de même des algorithmes²²⁹⁹, analyses et langages de programmation, pour la même raison.

Ce raisonnement a été consacré par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt du 2 mai 2012²³⁰⁰. Dans cette décision, la Cour a estimé que ni la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur, ni le langage de programmation et le format de fichiers de données utilisés pour exploiter certaines de ses fonctions ne constituent une forme d'expression du logiciel. En conséquence, ces éléments ne peuvent bénéficier de la protection du droit d'auteur. Décider du contraire reviendrait, selon la Cour, à offrir la possibilité de monopoliser des idées au détriment du progrès technique et du développement industriel.

624 *Exclusion des interfaces graphiques* ◇ En aval de la programmation du code source, l'interface graphique d'un logiciel permet à l'utilisateur d'avoir accès au programme sur l'écran de son ordinateur. Elle lui rend possible une utilisation « intuitive » du logiciel à travers l'affichage à l'écran d'icônes, de symboles et d'invitations à la saisie de données²³⁰¹.

La protection d'un logiciel par le droit d'auteur s'étend-elle à son interface graphique ?

La question s'est posée en jurisprudence française à propos de la protection des jeux vidéo. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait estimé que le programme informatique d'un jeu électronique étant indissociable de son expression sous forme de sons et d'images formant les séquences de jeu, c'était l'appréciation de ces éléments seuls qui permettait de déterminer l'originalité du logiciel de jeu lui-même²³⁰². En d'autres termes, les éléments graphiques du jeu, en tant qu'indissociables du logiciel, étaient protégés à ce titre s'ils étaient originaux. Mais cette approche unitaire a ensuite été rejetée par la Cour de cassation qui, dans l'arrêt *Cryo*²³⁰³, a jugé qu'un jeu vidéo est « une œuvre complexe qui ne

saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature ». Cela signifie que l'interface graphique du jeu est un élément distinct du logiciel, et ne saurait donc bénéficier de la protection offerte au programme. L'interface n'est ainsi pas soumise au régime du logiciel, mais à celui du droit commun du droit d'auteur.

C'est la même solution qu'a adoptée la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 22 décembre 2010 ²³⁰⁴. La Cour y a indiqué que l'interface graphique d'un logiciel « ne constitue pas une forme d'expression du programme d'ordinateur », au sens de la directive n° 2009/24. En conséquence, l'interface n'est pas couverte par la protection accordée au logiciel. Pour autant, elle n'est pas privée de toute protection. En effet, dans la mesure où elle constitue une œuvre de l'esprit originale, elle est protégée en tant que telle par le droit d'auteur. À ce sujet, la Cour précise que l'originalité de l'interface graphique peut se caractériser par « la disposition ou la configuration spécifique de toutes les composantes qui font partie de l'interface utilisateur ». Sont, en revanche, exclues de la protection les interfaces dont l'apparence est uniquement dictée par leur fonction technique (par exemple, la souris qui se déplace sur l'écran et que l'on pointe sur le bouton de commande afin de le faire fonctionner, ou encore le menu déroulant qui apparaît lorsqu'un fichier texte est ouvert ²³⁰⁵). Il faut ajouter que, de façon étrange, la Cour affirme dans cet arrêt que les interfaces graphiques originales ne font pas l'objet d'une communication au public lorsqu'elles sont représentées à la télévision, car les téléspectateurs se voient transmettre l'œuvre « uniquement de manière passive, sans intervenir », comme si la communication au public supposait l'interactivité.

L'objet de la protection étant défini, il importe de délimiter le contenu de la protection accordée aux logiciels.

B. Le contenu de la protection

- 625** ***Droit aménagé*** ◇ Le droit d'auteur protégeant les logiciels présente des spécificités par rapport au droit des œuvres de l'esprit. Le seul aspect identique est la durée des droits exclusifs, qui depuis 1994 est la durée de droit commun, soit soixante-dix ans après la mort de l'auteur du logiciel (art. L. 123-1 CPI).

La spécificité des logiciels se manifeste dans tous les autres domaines, qu'il s'agisse des titulaires de droits (1), du contenu des droits (2) ou des limites et exceptions (3).

1. Titulaires des droits

626 *Dévolution des droits patrimoniaux à l'employeur* ◇ Lorsque l'auteur d'un logiciel est indépendant, les droits exclusifs lui appartiennent. Si ces auteurs sont plusieurs, le logiciel sera une œuvre de collaboration ²³⁰⁶. Mais lorsqu'un logiciel est créé par un salarié ou un agent public ²³⁰⁷, alors s'applique l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle, aux termes duquel « sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer », étant précisé que la règle s'applique également aux agents de l'État, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif. Cet article institue une dévolution légale, par exception au principe consacré à l'article L. 111-1, alinéa 3, du Code, selon lequel l'existence d'un contrat de travail n'emporte aucune dérogation à la jouissance des droits des auteurs. Il n'est pas sans évoquer le système applicable aux inventions salariées du droit des brevets.

La dévolution suppose, toutefois, que l'auteur du logiciel ait bien le statut d'employé lors de la création du programme. Tel n'est pas le cas de stagiaires ²³⁰⁸.

627 *Absence de dévolution au commanditaire* ◇ En revanche, le principe institué à l'article L. 111-1, alinéa 3, du Code, s'applique bien sans dérogation en matière de logiciels réalisés en exécution de contrats de commande. Les droits exclusifs sur ces derniers appartiennent bien à leurs auteurs s'ils sont indépendants ²³⁰⁹, si bien que les commanditaires qui acquièrent la propriété du support matériel ne se voient transférer aucun droit incorporel. Ainsi, faute d'une cession expresse de ces derniers ²³¹⁰, ils sont contrefacteurs dès lors qu'ils utilisent et *a fortiori* adaptent le logiciel commandé ²³¹¹.

De même, les commanditaires n'acquièrent pas la qualité d'auteurs des logiciels à raison des instructions qu'ils donnent aux créateurs ²³¹².

628 *Conservation des droits moraux par l'auteur* ◇ De façon logique, le Code de la propriété intellectuelle ne prévoit aucune dévolution des droits moraux, par essence personnels. Ces derniers demeurent donc sur la tête des auteurs des logiciels, fussent-ils salariés.

Toutefois, le droit moral est plus limité en matière de logiciels que pour les autres œuvres de l'esprit.

2. Contenu des droits

629 *Droits moraux restreints* ◇ En raison de la nature particulière des logiciels, leurs auteurs voient leurs droits moraux limités par l'article L. 121-7, 2°, du Code de la propriété intellectuelle.

Ce texte prévoit que, sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut :

1° S'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits patrimoniaux, lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation ;

2° Exercer son droit de repentir ou de retrait.

En d'autres termes, le droit de repentir et de retrait est paralysé (sauf très improbable clause contraire) ; quant au droit au respect, il est très limité car subordonné à la condition que l'auteur apporte la preuve d'une atteinte à son honneur ou à sa réputation. Une telle preuve semble difficile à apporter. On peut toutefois imaginer des hypothèses de logiciels utilisés à des fins de terrorisme ou encore d'adaptations de mauvaise qualité, qui rempliraient les conditions requises ²³¹³. En dehors de ces cas particuliers, les cessionnaires des droits patrimoniaux peuvent modifier les logiciels à leur convenance, ce qui contraste avec le droit au respect quasi absolu dû aux auteurs d'œuvres de l'esprit.

Le droit de divulgation, pour sa part, ne fait l'objet d'aucune disposition particulière. Mais il se voit affecté par la dévolution automatique des droits d'exploitation à l'employeur.

Seul le droit de paternité demeure entier. Les logiciels, qu'ils soient distribués sur CD-Rom ou en ligne, doivent ainsi mentionner le nom de leur auteur – ce qui, dans la plupart des cas, s'effectue par le biais d'un onglet « À propos de » ou « Informations » sur lequel l'utilisateur peut cliquer après avoir installé le logiciel sur son ordinateur.

630 *Droits patrimoniaux aménagés* ◇ Le Code de la propriété

intellectuelle prévoit des règles dérogatoires au droit commun en ce qui concerne les droits patrimoniaux des auteurs de logiciels. Ainsi l'article L. 122-6 dispose-t-il que le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser :

1° La reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme. Dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur ;

2° La traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant ;

3° La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé.

Le monopole de l'auteur (ou de l'employeur, le cas échéant) couvre donc la reproduction, l'adaptation, la distribution ainsi que l'utilisation du logiciel. Ainsi a été condamné pour contrefaçon un internaute qui, après avoir acheté un logiciel, l'avait copié et avait vendu les copies à divers clients en ligne ²³¹⁴. En revanche, le droit de représentation n'existe pas.

En pratique, l'utilisateur, lorsqu'il acquiert le support du logiciel (sur CD-Rom ou sous forme de fichier téléchargeable), obtient une licence qui l'autorise à utiliser le programme à des conditions déterminées ²³¹⁵ – licence que certains juges qualifient de « concession de droit d'usage » ²³¹⁶.

631 *Exploitation conventionnelle des droits et logiciels libres* ◇ Les droits patrimoniaux peuvent faire l'objet de cessions, comme en ce qui concerne les autres œuvres de l'esprit. L'article L. 131-4, 5°, du Code de la propriété intellectuelle, permet le versement d'une rémunération forfaitaire en matière de logiciels.

La figure originale des « logiciels libres » ²³¹⁷, développée en réaction contre les droits exclusifs prévus à l'article L. 122-6 du Code de la propriété intellectuelle, mérite quelques développements. Il s'agit de modèles contractuels par lesquels l'auteur d'un logiciel accorde aux tiers le droit d'accéder au code source du programme, mais surtout de copier, de modifier et de diffuser librement le logiciel, modifié ou non. Bien que cela ne soit pas nécessaire, cette autorisation est, dans la plupart des cas, accordée à titre gratuit. Parmi ces licences libres, on citera la General

Public License (GNU GPL), le Berkeley Software Design (BSD), la licence CeCILL ²³¹⁸, en langue française, développée en 2004 par le CNRS, le CEA et l'INRIA dans un objectif de conformité au droit français, notamment de la propriété intellectuelle, ou encore la European Union Public Licence (EURL) proposée en janvier 2007 par la Commission européenne ²³¹⁹. Toutes ces licences ont pour point commun de constituer des licences libres, ce qui se traduit par quatre libertés essentielles accordées aux utilisateurs : la liberté d'exécuter le programme quel qu'en soit l'usage envisagé, la liberté d'en étudier le fonctionnement, la liberté de modifier le programme, et enfin la liberté de le rediffuser ²³²⁰. La raison même de la naissance des licences libres est le rejet des licences dites « propriétaires », c'est-à-dire du régime légal applicable aux auteurs de logiciels, fondé sur un droit de propriété exclusif opposable à tous les tiers. En ce sens, « le libre renverse la logique du droit d'auteur » ²³²¹, car il fait disparaître toute idée de réservation. En effet, l'existence des logiciels libres est incompatible avec toute notion d'exclusivité d'exploitation.

Au-delà de ces points communs, les modèles de licences libres peuvent différer, notamment quant à l'étendue des droits conférés à l'utilisateur sur l'œuvre modifiée par lui ²³²². Certaines, telles la licence BSD, ne prévoient pas le sort de l'œuvre en cas de modification, de sorte que l'auteur des modifications est libre de décider de l'exploitation qu'il souhaite lui donner. D'autres licences, au contraire, dites *copyleft*, comme la GNU GPL, imposent aux utilisateurs qui modifient l'œuvre d'accorder les mêmes libertés d'utilisation sur les modifications qu'ils divulguent. Elles instaurent ainsi un mécanisme de réciprocité entre tous les auteurs et utilisateurs successifs de l'œuvre. L'idée est de favoriser l'évolution et le perfectionnement du logiciel, ainsi que son partage : il s'agit d'une « mise en communauté du logiciel diffusé » ²³²³.

632 ***Validité des licences libres*** ◇ Le modèle contractuel des licences libres, qui a connu un succès croissant ²³²⁴, d'abord dans les administrations, puis dans les entreprises, n'est pas sans soulever de multiples questions de droit. De nombreuses réflexions ont ainsi été menées quant à des sujets aussi divers que la loi applicable aux licences libres ²³²⁵, la validité au regard de la loi « Toubon » de licences rédigées en anglais ²³²⁶, la validité des licences libres au regard du droit de la consommation (information du consommateur, clauses abusives, règles

relatives aux contrats conclus en ligne)²³²⁷, au regard du droit civil des contrats (consentement éclairé de l'utilisateur, transmission des droits d'un utilisateur à l'autre)²³²⁸.

En ce qui concerne la conformité des licences libres au droit de la propriété intellectuelle, quatre points principaux sont source de difficultés.

633 *Licences libres et délimitation des droits cédés* ◇ En premier lieu, selon ces modèles contractuels, l'auteur permet par avance à tout utilisateur de « distribuer des copies des programmes, gratuitement ou non, de recevoir le code source ou de pouvoir l'obtenir, de modifier les programmes ou d'en utiliser des éléments dans de nouveaux programmes libres, en sachant [qu'il y est autorisé] »²³²⁹. L'éloignement par rapport aux règles du Code de la propriété intellectuelle est particulièrement marqué en ce qui concerne les formes de cette autorisation. En effet, l'article L. 131-3 du Code impose que la transmission des droits de l'auteur soit « subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». Or, ce formalisme d'ordre public, qui s'applique à peine de nullité, est totalement méconnu par un grand nombre de licences libres, telles que la GNU/GPL(V2) ou la licence BSD qui ne comportent aucune précision quant à l'étendue des droits transmis²³³⁰.

L'opposition avec les règles du droit d'auteur est encore plus marquée dans les licences de type *copyleft*, dans lesquelles l'auteur du logiciel initial impose aux auteurs de modifications de renoncer également à leurs droits sur le logiciel dérivé, et de diffuser cette version dérivée. Certaines entreprises choisissent pour cette raison de limiter l'utilisation qu'elles font d'un logiciel sous licence GPL à un usage strictement « interne », ce qui permet de ne pas avoir à le rendre disponible au public²³³¹. C'est sur ce fondement que la société Free refusait de diffuser le code source des logiciels libres sous licence GPL qu'elle utilise au sein de son modem routeur, prétendant qu'il s'agissait d'un simple déploiement au sein d'un réseau interne ; mais, assignée pour violation de la licence en octobre 2008, elle a finalement accepté en septembre 2011 de fournir ce code source sur demande.

634 ***Licences libres et droit au respect*** ◇ En deuxième lieu, l'éloignement par rapport aux règles légales se manifeste, dans la plupart des licences libres, par la renonciation par l'auteur de logiciels libres au droit moral que lui confère l'article L. 121-7 du Code de la propriété intellectuelle. Selon cet article, l'auteur peut s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire lorsqu'elle est préjudiciable à son honneur ou à sa réputation. Y renoncer porte atteinte à l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre consacrée par les tribunaux ²³³². Pourtant, la plupart des licences libres ne prévoient pas la possibilité pour l'auteur d'un logiciel de s'opposer à une quelconque modification de son œuvre.

635 ***Licences libres et copyleft*** ◇ En troisième lieu, l'opposition entre le régime légal et les règles contractuelles apparaît de façon encore plus criante dans le cas des licences légales à caractère « contaminant » ²³³³, c'est-à-dire des licences prévoyant que le régime qu'elles imposent au logiciel initial s'applique également aux logiciels dérivés, y compris à ses composantes ne faisant pas l'objet d'une licence libre (à moins que ces dernières soient réutilisées de façon indépendante du logiciel libre). Ainsi en va-t-il, par exemple, dans la licence GNU GPL(V2), dont l'article 2 stipule : « Toutes ces conditions s'appliquent à l'ensemble des modifications. Si des éléments identifiables de ce travail ne sont pas dérivés du Programme et peuvent être raisonnablement considérés comme indépendants, la présente Licence ne s'applique pas à ces éléments lorsque Vous les distribuez seuls. Mais, si Vous distribuez ces mêmes éléments comme partie d'un ensemble cohérent dont le reste est basé sur un Programme soumis à la Licence, ils lui sont également soumis, et la Licence s'étend ainsi à l'ensemble du produit, quel qu'en soit l'auteur ». Cette clause est en contradiction avec le régime de l'article L. 122-6 du Code de la propriété intellectuelle. Pourtant, dans une des rares décisions relatives aux licences libres, les juges ont appliqué – sans toutefois la citer textuellement – cette clause ²³³⁴ et fait prévaloir le régime contractuel sur le régime légal applicable au logiciel « propriétaire ».

636 ***Licences libres et sanctions*** ◇ En quatrième lieu, enfin, l'articulation du régime légal et du modèle contractuel soulève la question de la sanction applicable à la violation de ces différentes règles. On sait que la violation de l'un des droits de l'auteur d'un logiciel définis à

l'article L. 122-6 constitue un délit de contrefaçon, passible de sanctions pénales. Pour leur part, les licences libres prévoient généralement que le non-respect de leurs clauses entraîne la résolution du contrat de plein droit aux torts de l'utilisateur ²³³⁵. Étant donné les directions divergentes des dispositions du Code de la propriété intellectuelle et des stipulations des licences libres, la situation peut s'avérer confuse et source d'insécurité juridique pour l'utilisateur d'un programme composé à la fois d'un logiciel sous licence de type « contaminant » et d'un logiciel « propriétaire » : en cas de mauvaise appréciation quant au caractère dépendant ou au contraire indépendant de l'utilisation de ces éléments, il risque de se voir condamné pour contrefaçon ou bien pour violation de la licence libre. Par ailleurs, à supposer qu'un juge reconnaisse l'illicéité – et donc la nullité – d'une licence libre au regard des dispositions impératives du droit d'auteur, tous les utilisateurs ayant respecté cette licence pourraient théoriquement se voir attaquer en contrefaçon ²³³⁶.

637 ***Rapprochement des modèles contractuel et légal*** ◇ Si tous ces éléments éloignent incontestablement les licences libres du régime légal du droit d'auteur, on peut toutefois constater une évolution en sens inverse : de plus en plus, les modèles contractuels tendent à opérer un retour vers le modèle légal en l'incluant, à des degrés variables, en leur sein ²³³⁷.

Cette tendance est illustrée par la prise en compte progressive de la délimitation impérative du domaine des droits transmis, conformément à la règle de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. L'adoption de la licence CeCILL ²³³⁸ témoigne de ce souci de conformité avec le droit français. En effet, cette licence comporte un article 5 intitulé « Étendue des droits concédés », qui opère une distinction entre le « droit d'utilisation » (défini comme comprenant le droit de reproduction, le chargement, l'affichage, l'exécution, ou le stockage du logiciel sur tout support, et la possibilité d'en observer, d'en étudier, ou d'en tester le fonctionnement), le « droit d'apporter des contributions » (comportant le droit de traduire, d'adapter, d'arranger ou d'apporter toute autre modification au logiciel et le droit de reproduire le logiciel en résultant), le « droit de distribution » (comprenant le droit de diffuser, de transmettre et de communiquer le logiciel au public sur tout support et par tout moyen ainsi que le droit de mettre sur le marché à titre onéreux ou gratuit, un ou des exemplaires du logiciel par tout

procédé), que le logiciel soit modifié ou non. De plus, les articles 2 et 4 prévoient respectivement la portée géographique (mondiale) et temporelle (toute la durée légale de protection des droits patrimoniaux portant sur le logiciel) de la transmission des droits. Pour larges qu'elles soient, ces clauses n'en sont pas moins valables au regard du droit français ²³³⁹.

Par ailleurs, la licence CeCILL comporte également des stipulations relatives à la titularité des droits et au droit de paternité. Dans son article 6, elle prévoit que « le titulaire est détenteur des droits patrimoniaux sur le logiciel initial », et que « toute utilisation du logiciel initial est soumise au respect des conditions dans lesquelles le titulaire a choisi de diffuser son œuvre et nul autre n'a la faculté de modifier les conditions de diffusion de ce logiciel initial » ; et dans ses article 5 et 6, elle impose au licencié auteur de modifications souhaitant diffuser son œuvre la mention de son nom ainsi que la reproduction des mentions de propriété intellectuelle apposées sur le logiciel.

La rédaction de la licence EUPL ²³⁴⁰ témoigne du même souci de prise en compte des impératifs européens du droit d'auteur. À l'instar de la licence CeCILL, elle inclut dans ses articles 2 et 3 une définition précise des droits transmis et de leur étendue (reprenant les droits que la directive n° 2009/24 accorde aux auteurs de logiciels). En outre, elle n'emporte renonciation au droit moral de l'auteur que « dans la mesure nécessaire à ce que la licence des droits patrimoniaux produise tous ses effets », ce qui semble indiquer que l'auteur initial pourrait invoquer la violation de son droit au respect si les adaptations de son logiciel portaient atteinte à son honneur ou à sa réputation.

En dépit de cette prise en compte des exigences du droit d'auteur, la licence CeCILL comme la licence EUPL maintiennent leur différence d'avec le régime légal par leur effet *copyleft*. Ce double aspect est révélateur d'une volonté d'établir « un dialogue harmonieux entre la démarche du *copyleft* et le système du droit d'auteur » ²³⁴¹.

Ainsi, nées en réaction contre le droit d'auteur, les licences libres intègrent désormais de multiples aspects du régime légal, ce qui explique sans doute l'absence quasi-totale de contentieux quant à la validité des contrats. La contractualisation n'est donc plus synonyme d'une opposition, mais bien d'une combinaison des règles ²³⁴².

contrefaçon ◇ Les actions en contrefaçon ne font l'objet d'aucune spécificité en matière de logiciels. On renvoie donc, sur ce point, aux développements du Chapitre Premier de ce Titre ²³⁴³.

On se limitera ici à évoquer quelques actions intentées par les titulaires de droits sur des logiciels. Il a été jugé notamment que l'exploitant d'une boutique de micro-informatique qui installait gratuitement des logiciels sur les disques durs des ordinateurs qu'il vendait avait reproduit ces logiciels sans autorisation, ce qui constituait des actes de contrefaçon par reproduction ²³⁴⁴. Peu importe, en la matière, que les logiciels soient fournis gratuitement ou non. Est pareillement contrefacteur celui qui réalise et vend des copies de logiciels sur CD-Rom ²³⁴⁵ ou en ligne ²³⁴⁶. Il a également été jugé que la vente d'ordinateurs « chargés de copies illicites » de logiciels constituait une contrefaçon de ces derniers, la vente emportant mise à disposition des logiciels ²³⁴⁷.

La contrefaçon par reproduction et utilisation se trouve également caractérisée lorsqu'un internaute télécharge un logiciel sans autorisation des titulaires de droits ²³⁴⁸.

Quant à la contrefaçon par modification, elle est constituée dès lors qu'un logiciel est modifié sans que l'utilisateur y ait été autorisé ²³⁴⁹ (sous réserve toutefois du droit de correction). Dans une complexe affaire *Systran* ²³⁵⁰, le Tribunal de l'Union européenne, statuant sur une demande de réparation d'un dommage causé par une institution de l'Union, a condamné la Commission européenne à verser une indemnité de 12 millions d'euros à une société pour contrefaçon d'un logiciel de traduction automatique, en raison d'actes de modification de ce logiciel avec utilisation de ses codes source sans autorisation des titulaires de droits.

Enfin, la contrefaçon par mise sur le marché non autorisée a été retenue à l'encontre de personnes ayant commercialisé en France des logiciels originaux dont la vente était réservée au Canada ²³⁵¹.

639 Hypothèses d'absence de contrefaçon ◇ À l'inverse, des prévenus ont été relaxés, au motif que si le logiciel qu'ils avaient conçu présentait les mêmes finalités et « une cinématique fonctionnelle similaire » à celles d'un logiciel protégé, en revanche, le code source et l'interface utilisateur étaient différents, de sorte que n'était pas rapportée la preuve de similitudes suffisantes pour caractériser une contrefaçon ²³⁵².

Par ailleurs, conformément à une jurisprudence désormais constante

en droit d'auteur ²³⁵³, il a été jugé que la mise à disposition d'un lien hypertexte permettant le téléchargement d'un logiciel ne peut constituer un acte de contrefaçon de ce logiciel ²³⁵⁴.

640 *Mesures techniques de protection des logiciels* ◇ Si la protection pénale accordée par l'article L. 335-1 du Code de la propriété intellectuelle aux mesures techniques destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées des œuvres exclut expressément les logiciels de son champ d'application ²³⁵⁵, il n'en demeure pas moins qu'aux termes de l'article L. 122-6-2, l'utilisation illicite de moyens permettant la suppression ou la neutralisation de tout dispositif technique protégeant un logiciel est passible des sanctions prévues en cas de contrefaçon. Ce texte précise également que toute publicité ou notice d'utilisation relative à de tels moyens doit mentionner la peine encourue.

C'est ainsi qu'a été condamné un internaute ayant développé et proposé au téléchargement des logiciels permettant de neutraliser les dispositifs anti-piratage de logiciels ²³⁵⁶.

3. Limites et exceptions

641 *Exceptions aux droits d'auteur inapplicables aux logiciels* ◇ Parmi les exceptions aux droits des auteurs prévues à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, sont expressément déclarées inapplicables aux logiciels les exceptions de copie privée et de reproduction technique transitoire. Néanmoins, des exceptions proches sont prévues par le Code pour les logiciels à l'article L. 122-6-1.

642 *Limites et exceptions applicables aux logiciels* ◇ Les autres exceptions de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle sont applicables aux logiciels. Elles trouvent toutefois peu lieu à s'appliquer en pratique.

Jouent, en revanche, un rôle important en matière de logiciels, les exceptions spécifiques prévues à l'article L. 122-6-1 du Code, ainsi que les limites, communes au droit d'auteur, issues des impératifs de libre circulation des marchandises et de libre concurrence.

643 *Exceptions spécifiques* ◇ L'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit quatre exceptions spécifiques aux logiciels. Ces exceptions, soumises au triple test, sont les suivantes :

- droit d'utilisation et d'automaintenance des utilisateurs ;
- droit d'effectuer une copie de sauvegarde ;
- droit d'étudier le logiciel ;
- droit de décompilation.

644 *Droit d'utilisation et d'automaintenance* ◇ Selon l'article L. 122-6-1, I°, du Code, les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6 (reproduction et modification du logiciel) « ne sont pas soumis à l'autorisation de l'auteur lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser, y compris pour corriger des erreurs ». Le bénéfice de cette exception est subordonné à deux conditions.

D'une part, ne peuvent la revendiquer que les utilisateurs légitimes, ce qui exclut les utilisateurs ayant téléchargé illicitement le logiciel – comme en matière de copie privée.

D'autre part, les actes visés ne sont couverts par l'exception que s'ils sont nécessaires à l'utilisation du logiciel. C'est ainsi que dans l'affaire *Systran* ²³⁵⁷, déjà évoquée, le Tribunal de l'Union européenne a estimé que la Commission n'avait pas démontré que les actes qui lui étaient reprochés étaient nécessaires à corriger des erreurs ou à utiliser le logiciel conformément à sa destination. En toute hypothèse, quand bien même les actes auraient été nécessaires, la Commission n'aurait pas été autorisée à communiquer les codes source à des tiers afin qu'ils effectuent les modifications.

Toutefois, cette exception n'est pas d'ordre public, contrairement aux autres exceptions. Le Code de la propriété intellectuelle précise ainsi que l'auteur du logiciel est habilité à se réserver par contrat le droit de corriger les erreurs et de déterminer les modalités particulières auxquelles seront soumis les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6, nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser.

645 *Copie de sauvegarde* ◇ L'article L. 122-6-1, II°, du Code de la propriété intellectuelle, dispose que « la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut faire une copie de sauvegarde lorsque celle-ci est

nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel ». Cette exception rappelle l'exception de copie privée, mais, à sa différence, elle est limitée à une seule copie de sauvegarde ²³⁵⁸.

Comme l'exception précédente, l'exception de copie est subordonnée à la double condition que l'utilisateur ait le droit d'utiliser le logiciel, c'est-à-dire qu'il bénéficie d'une licence ²³⁵⁹ – ce qui n'est pas sans rappeler la règle applicable en matière de copie privée selon laquelle l'illicéité de la source contamine la copie – et que la copie soit nécessaire à la préservation de l'utilisation du logiciel ²³⁶⁰. En ce sens, c'est logiquement qu'il a été jugé que ne pouvaient bénéficier de l'exception les auteurs de copies de logiciels qui « avaient vocation à être vendues, aux fins d'une nouvelle exploitation sur un matériel autre que celui d'origine » ²³⁶¹.

646 ***Droit d'étudier le logiciel*** ◇ Selon l'article L. 122-6-1, III°, du Code de la propriété intellectuelle, « la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut sans l'autorisation de l'auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu'elle est en droit d'effectuer ». Comme la précédente, cette exception, dite d'« ingénierie inverse » (*reverse engineering*) est d'ordre public, et ne peut faire l'objet d'une clause contraire.

Prévue à l'article 5, § 3, de la directive n° 2009/24, l'exception vise à assurer que les idées et principes à la base d'un programme ne puissent être protégés par le titulaire du droit d'auteur au moyen d'un contrat de licence ²³⁶². La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que le licencié qui se contente d'étudier, d'observer et de tester un logiciel, afin de reproduire sa fonctionnalité dans un second programme concurrent, ne porte pas atteinte au droit d'auteur, nonobstant l'existence d'une clause du contrat de licence n'autorisant que des actes accomplis « à des fins de non production » ²³⁶³. Tel n'est pas le cas, en revanche, s'il accède au code source par une décompilation et produit un logiciel concurrent : en effet, s'il est permis de procéder à une décompilation, c'est à des conditions strictes.

647 ***Droit de décompilation*** ◇ La dernière – et principale – exception

spécifique aux logiciels est prévue à l'article L. 122-6-1, IV°, qui dispose que :

« La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l'article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes :

1° Ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin ;

2° Les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus ;

3° Et ces actes sont limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité ».

Cette disposition consacre l'exception de décompilation, issue d'impératifs du droit de la concurrence ²³⁶⁴. La décompilation désigne le processus par lequel l'utilisateur remonte à la source du programme, en extrayant le code source, lequel est ensuite traduit dans d'autres logiciels. L'exception de décompilation est très strictement encadrée. Il est en effet nécessaire de concilier le droit des utilisateurs de rendre un logiciel compatible avec un autre, et la protection des auteurs de logiciels contre les copies. C'est pourquoi le Code de la propriété intellectuelle exige que la décompilation soit effectuée par un utilisateur légitime (ou un tiers mandaté par lui). En conséquence, la décompilation accomplie à partir de logiciels téléchargés frauduleusement est contrefaisante ²³⁶⁵.

648 *Mise en œuvre des conditions* ◇ Ces conditions restrictives ont été mises en œuvre par les tribunaux dans une affaire opposant la société Nintendo aux distributeurs de dispositifs appelés « *linkers* », permettant aux utilisateurs ayant téléchargé des jeux vidéo piratés de les exécuter sur leur console DS. En première instance, les juges avaient accordé le bénéfice de l'exception de décompilation à ces distributeurs, estimant que la reproduction ou traduction du code source des logiciels de sécurité des jeux Nintendo était « indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels » ²³⁶⁶.

Mais la cour d'appel a infirmé ce jugement ²³⁶⁷, considérant que l'exception n'était pas applicable au motif que les prévenus n'étaient pas

utilisateurs légitimes du logiciel, n'avaient pas demandé à Nintendo l'accès aux informations, et que leur but n'était pas de créer des logiciels indépendants, puisque leur objectif essentiel était de commercialiser des dispositifs contournant les mesures de protection des consoles DS. Cette décision intéressante appelle trois remarques ²³⁶⁸. Premièrement, il est vrai que les prévenus n'étaient pas utilisateurs légitimes du logiciel, mais en réalité ils n'étaient pas non plus les auteurs de la décompilation. Deuxièmement, la Cour considère implicitement que la loi impose de demander aux titulaires de droits les informations nécessaires avant de procéder à la décompilation, alors que le Code requiert seulement que ces informations n'aient pas été rendues accessibles, ce qui signifie qu'en l'absence de disponibilité des informations, la décompilation est possible. Troisièmement, la Cour ne se prononce pas sur la question de savoir si le logiciel dont, aux termes de la loi, l'interopérabilité est recherchée avec un programme créé de façon indépendante (ici, les *linkers*) est nécessairement le logiciel décompilé lui-même (ici, les jeux Nintendo) ou peut être un logiciel tiers (ici, la console Nintendo DS). Sur ce dernier point, l'affaire peut être mise en relation avec l'arrêt *Nintendo* ²³⁶⁹ rendu le 23 janvier 2014 par la Cour de justice de l'Union européenne. Dans cette décision, la Cour a précisé que la notion de « mesure technique efficace », au sens de la directive « Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information », est susceptible de recouvrir des mesures techniques consistant à équiper d'un dispositif de reconnaissance non seulement le support contenant l'œuvre protégée, en vue de sa protection contre des actes non autorisés par le titulaire du droit d'auteur, mais également les appareils portables ou les consoles destinés à assurer l'accès à ces jeux et leur utilisation.

649 **Utilisation du code source** ◇ Le Code de la propriété intellectuelle encadre également l'usage que l'utilisateur peut faire des informations obtenues à l'issue de la décompilation. Celles-ci ne peuvent être :

« 1° Ni utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;

2° Ni communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;

3° Ni utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un logiciel dont l'expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur ».

650 *Notion d'interopérabilité et concurrence* ◇ Point crucial, la licéité de la décompilation est subordonnée à sa finalité : assurer l'interopérabilité de logiciels. L'interopérabilité est définie par le 10^e considérant de la directive n° 2009/24 comme une « interconnexion et interaction fonctionnelle » entre les éléments des logiciels et des matériels, et comme « la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées ». Cela signifie que l'interopérabilité doit permettre à deux logiciels de fonctionner ensemble, comme par exemple une imprimante et un ordinateur.

L'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle précise que « les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité ». L'article L. 331-32 prévoit à cette fin que « tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la HADOPI de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité ». En vertu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ²³⁷⁰, la communication de ces informations ne peut intervenir que contre le versement d'une indemnité appropriée ²³⁷¹.

Dans un important arrêt du 20 octobre 2011 ²³⁷², la Cour de cassation a donné une interprétation large de l'interopérabilité, en indiquant que relevaient des strictes nécessités de l'interopérabilité des opérations de migration de données d'un logiciel vers un autre, destinées à permettre l'utilisation du second logiciel, concurrent du premier. Elle a ainsi privilégié la libre concurrence, en appliquant la notion d'interopérabilité non pas à des logiciels complémentaires, comme c'est généralement le cas, mais à des logiciels concurrents et substituables. L'objectif est d'éviter à un utilisateur d'être « captif » d'un logiciel sans pouvoir récupérer ses données en cas de changement d'outil.

Cette décision, dans laquelle certains auteurs ²³⁷³ ont vu une « dénaturation » de la notion d'interopérabilité, conduit à souligner l'importance du droit de la concurrence, qui justifie des exceptions aux droits exclusifs des auteurs de logiciels.

651 *Interopérabilité et abus de position dominante* ◇ L'exercice de ces droits peut, à certaines conditions, entrer en conflit avec le droit de

la concurrence, et en particulier la prohibition des abus de position dominante édictée par l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article 420-2 du Code de la consommation. En ce sens, le 17^e considérant de la directive n° 2009/24 indique que les dispositions de la directive sont sans préjudice de l'application des règles de concurrence en vertu du Traité si un fournisseur occupant une position dominante refuse de mettre à disposition l'information nécessaire pour l'interopérabilité telle que définie dans la présente directive.

C'est ainsi que le Tribunal de l'Union européenne ²³⁷⁴ a infligé une lourde sanction à la société Microsoft pour ne pas avoir permis à ses concurrents de réaliser l'interopérabilité des logiciels, en refusant de leur délivrer les protocoles leur permettant de faire fonctionner leurs logiciels de serveurs sur le système d'exploitation *Windows* (ainsi que pour avoir lié la vente du système *Windows* avec le *Windows Media Player*). Pour justifier cette décision et contraindre Microsoft à mettre en place un protocole d'interopérabilité, les juges ont constaté qu'« un nombre croissant d'utilisateurs était enfermé dans une solution *Windows* en ce qui concerne les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail », et que leurs décisions étaient orientées en matière d'acquisition de systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail vers les produits de Microsoft en raison de l'absence d'interopérabilité des concurrents, alors même que ces derniers apparaissaient comme de qualité supérieure à ceux développés par Microsoft en termes de fiabilité, disponibilité et sécurité.

Dans cette importante décision, le Tribunal a appliqué aux logiciels la théorie dite des « facilités essentielles » ou « ressources essentielles » – déjà appliquée par la CJUE aux bases de données ²³⁷⁵ – en vertu de laquelle le refus par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle d'accorder un accès à un bien indispensable pour exercer une activité déterminée est abusif dès lors que ce refus, dépourvu de justification, fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs dans des conditions économiques raisonnables pour les concurrents.

Cette théorie a été appliquée par le Conseil de la concurrence ²³⁷⁶, approuvé par la cour d'appel de Paris ²³⁷⁷, à un logiciel dénommé *Presse 2000*, permettant de référencer les diffuseurs, les titres et les invendus, dont le tronc commun constituait selon lui une ressource essentielle dont la reproduction à des conditions économiques raisonnables n'était pas

envisageable pour les concurrents. Mais la Cour de cassation ²³⁷⁸ a estimé que les concurrents étaient en mesure de reproduire la ressource à des conditions économiques certes moins avantageuses, mais raisonnables, ce que l'arrêt de renvoi, puis un arrêt rejetant un dernier pourvoi ²³⁷⁹, ont réaffirmé. Le refus opposé par le titulaire des droits à ses concurrents ne peut ainsi être jugé abusif que dans des « circonstances exceptionnelles », pour reprendre les termes de la Cour de justice de l'Union européenne.

652 *Épuisement des droits* ◇ Comme le droit commun d'auteur, le droit applicable aux logiciels contient une règle d'épuisement des droits exclusifs. L'article L. 122-6, 3°, du Code de la propriété intellectuelle, dispose ainsi que « la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les États membres à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire ».

Cette règle permet la revente de logiciels : dès lors que le titulaire du monopole a épuisé ses droits par une première vente sur le territoire de l'Espace économique européen ²³⁸⁰, il ne peut plus opposer aux revendeurs des restrictions fondées sur son monopole ²³⁸¹.

653 *Épuisement et logiciels OEM* ◇ L'application de cette règle ne soulève guère de difficultés lorsque les logiciels sont mis sur le marché « en boîte », en tant que « *full packaged products* » (FPP). En revanche, la question est plus complexe lorsque les programmes sont mis sur le marché sous licence OEM (« *Original Equipment Manufacturer* »), c'est-à-dire déjà installés sur un ordinateur, avec un certificat de licence collé au matériel. Est-il dans ce cas possible de revendre une copie du logiciel en se prévalant de l'épuisement des droits ? Dans un arrêt remarqué ²³⁸², les juges ont indiqué que la règle de l'épuisement ne permet pas de faire commerce, par l'achat de matériel ancien, de la cession des certificats d'authenticité qui en ont été extraits, et de la copie des logiciels destinée à être utilisée sur un équipement différent. En d'autres termes, le logiciel est dans ce cas indivisible de l'ordinateur, et ne peut être cédé qu'avec lui. En l'espèce, l'objet de la revente n'était pas l'« exemplaire » lui-même, mais bien une copie réalisée en violation des

droits des auteurs. Or, l'épuisement n'atteint que le droit de distribution de chaque exemplaire matériel individualisé du logiciel ; il ne s'étend pas au droit de reproduction. C'est dans le même sens que le tribunal de grande instance de Paris a condamné pour contrefaçon des personnes qui proposaient à la vente des logiciels OEM qui n'étaient pas accompagnés de la machine à laquelle ils étaient associés ²³⁸³.

654 *Épuisement et distribution en ligne de logiciels* ◇ La règle de l'épuisement des droits soulève une question spécifique à la distribution numérique : s'applique-t-elle aux logiciels qui ont été mis sur le marché sous une forme dématérialisée ? Dans un arrêt *UsedSoft* ²³⁸⁴, la CJUE a répondu par l'affirmative, en indiquant que le principe d'épuisement du droit de distribution s'applique non seulement lorsque le titulaire du droit d'auteur commercialise les copies de ses logiciels sur un support matériel (CD-ROM ou DVD), mais également lorsqu'il les distribue par téléchargement à partir de son site Internet, à condition que le titulaire du droit ait également conféré, moyennant le paiement d'un prix destiné à lui permettre d'obtenir une rémunération, un droit d'usage des copies, sans limitation de durée. En effet, lorsque le titulaire du droit d'auteur met à la disposition de son client une copie – qu'elle soit matérielle ou immatérielle – et conclut en même temps, contre paiement d'un prix, un contrat de licence accordant au client le droit d'utiliser cette copie pour une durée illimitée, ce titulaire vend cette copie au client et épuise ainsi son droit exclusif de distribution. Cet arrêt permet ainsi la revente de logiciels téléchargés au même titre que celle des logiciels FPP acquis sur support matériel.

L'épuisement du droit de distribution est toutefois soumis à une condition : il suppose que l'acquéreur initial qui procède à la revente d'une copie immatérielle d'un programme d'ordinateur rende inutilisable sa propre copie au moment de la revente de celle-ci, faute de quoi il violerait le droit exclusif à la reproduction d'un programme d'ordinateur appartenant à l'auteur de celui-ci. Reconnaisant qu'il est difficile, pour les titulaires de droits, de vérifier que la copie de l'acquéreur initial – qu'il s'agisse d'un fichier numérique ou d'un CD-Rom ou DVD – a bien été rendue inutilisable, la Cour indique qu'il est « loisible au distributeur – “classique” ou “digital” – d'employer des mesures techniques de protection comme des clés de produit » ²³⁸⁵. Il découle de cette condition que si la licence acquise par le premier acquéreur porte sur un nombre

d'utilisateurs dépassant les besoins de celui-ci, cet acquéreur n'est pas autorisé, par l'effet de l'épuisement du droit de distribution, à scinder cette licence et à revendre uniquement le droit d'utilisation du programme d'ordinateur concerné correspondant à un nombre d'utilisateurs qu'il aura déterminé. En effet, dans ce cas, le client du titulaire du droit d'auteur continuerait à utiliser la copie du programme d'ordinateur installée sur son serveur et ne la rendrait donc pas inutilisable ²³⁸⁶.

La Cour de justice a, enfin, précisé que lorsque la vente par téléchargement d'un exemplaire d'un logiciel est accompagnée de la conclusion d'un contrat de maintenance se rapportant à cet exemplaire, les fonctionnalités corrigées, modifiées ou ajoutées sur la base d'un tel contrat font partie intégrante de la copie initialement téléchargée et peuvent être utilisées par l'acquéreur de celle-ci sans limitation de durée. L'épuisement du droit de distribution s'étend par conséquent à la copie du programme d'ordinateur vendue telle que corrigée et mise à jour par le titulaire du droit d'auteur.

- 655** Après les logiciels, il convient de s'intéresser à cet autre type de création technique et utilitaire que sont les bases de données.

SECTION 2. LA PROTECTION DES BASES DE DONNÉES

- 656** *Définition* ◇ Selon l'article L. 112-3, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle, « on entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ». Les bases de données ont une vocation essentiellement utilitaire : il s'agit de centraliser, de compiler, de classer et de diffuser des informations. Trois critères définissent ainsi les bases de données : l'indépendance des informations, leur disposition systématique ou méthodique, et leur accessibilité individuelle ²³⁸⁷.

La Cour de justice de l'Union européenne a apporté des précisions quant à la définition des bases de données, en indiquant qu'elles doivent être constituées d'éléments séparables, organisés selon une méthode ou un système, de quelque nature que ce soit, permettant de retrouver

chacun de ses éléments constitutifs ²³⁸⁸. Il est donc nécessaire que l'utilisateur puisse naviguer dans une base de données, ce qui suppose un index, un plan ou une table des matières ²³⁸⁹. Cette exigence de « granulation » ²³⁹⁰ est essentielle : elle signifie que dans la base de données, chaque donnée doit constituer un grain qui peut être extrait séparément, sans dommage pour l'ensemble. C'est sur ce fondement que la qualification de base de données a été refusée à un catalogue d'œuvres d'art qui ne comportait pas les « moyens électroniques ou autres permettant, à partir d'un mot-clé, d'accéder à un élément » de ce catalogue ²³⁹¹.

657 *Bases de données et Internet* ◇ Les bases de données sont un élément essentiel du web. Innombrables sont, en effet, les compilations et recueils de données en tous genres (sites d'indexation, recueils de liens hypertexte, portails de référencement, recueils de données consultables à distance, etc.).

La formulation large de l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle permet d'y inclure aussi bien les bases papier que les bases de données électroniques : comme l'ont indiqué les tribunaux, « il importe peu que cet ensemble d'informations soit communiqué au public sous forme d'un catalogue papier, l'existence d'une base de données ne dépendant pas de la nature de son support, lequel est indifférent » ²³⁹². Outre le support, sont également indifférents le genre, le domaine et l'origine des données ²³⁹³. C'est ainsi qu'ont été qualifiés de bases de données un site web référençant des œuvres d'art ²³⁹⁴, un annuaire d'adresses électroniques ²³⁹⁵, un site web d'annonces d'emploi ²³⁹⁶, une liste d'adresses URL ²³⁹⁷, ou encore un catalogue en ligne de tous les jours fériés dans le monde ²³⁹⁸. Il en va de même des sites marchands, qui organisent l'accès aux produits et services proposés, des fichiers de clients ou d'abonnés, des recueils d'informations juridiques en ligne comme Legifrance, Dalloz ou LexisNexis, des bases de marques ou de noms de domaines interrogeables par les internautes, ou encore des ressources pédagogiques numériques ²³⁹⁹.

658 *Dualité de protections* ◇ Les règles applicables à la protection des bases de données se trouvent, d'une part, dans le droit commun du droit d'auteur, et, d'autre part, dans un titre spécifique, le Titre IV du Livre III de la Première Partie du Code de la propriété intellectuelle. Ce titre,

intitulé « Droit des producteurs de bases de données », se compose des articles L. 341-1 à L. 343-7. Il est issu d'une loi du 1^{er} juillet 1998 qui transpose en droit français la directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données ²⁴⁰⁰.

Cette directive a instauré une protection spécifique, distincte du droit commun d'auteur, fondée sur le caractère industriel et utilitaire des bases de données ²⁴⁰¹. Parce que les bases de données remplissent difficilement les conditions de protection des œuvres de l'esprit, la directive a mis en place une protection *sui generis* qui prend avant tout en compte l'aspect économique essentiel attaché aux bases de données. Davantage que de véritables œuvres, ce sont principalement des investissements qu'il s'agit de protéger.

659 *Plan* ◇ L'étude de la protection des bases de données suppose ainsi qu'on s'attache d'abord à la protection de leur architecture par le droit d'auteur (§ 1), puis à la protection de leur contenu par le droit *sui generis* (§ 2).

§ 1. La protection par le droit d'auteur

660 *Les bases de données, « œuvres d'information »* ◇ L'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle indique, dans son alinéa premier, issu de la loi du 1^{er} juillet 1998, que jouissent de la protection du droit d'auteur les « auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles ». Les bases de données peuvent donc constituer des œuvres de l'esprit. Ce sont alors des « œuvres d'information », selon l'expression employée par la Cour de cassation dans son arrêt *Microfor* ²⁴⁰² à propos d'un index informatisé de la presse écrite française.

Afin de bénéficier de la protection du droit d'auteur (B), les bases de données doivent, comme toute œuvre de l'esprit, remplir la condition nécessaire d'originalité (A).

A. La condition d'originalité

661 *Indifférence du statut des données* ◇ On pressent aisément la difficulté : comment caractériser l'originalité, condition indispensable de protection par le droit d'auteur, dans une œuvre aussi utilitaire qu'une base de données ?

Il est évident que l'originalité de la base de données est indépendante de l'originalité des données elles-mêmes qu'elle contient. En effet, une base de données peut librement être constituée de données libres de droits, soit qu'elles ne soient pas appropriables ²⁴⁰³ (textes législatifs, décisions des juridictions), soit qu'elles ne soient pas originales (nouvelles brutes de presse, coordonnées téléphoniques ou postales), soit encore qu'elles soient tombées dans le domaine public. La base de données peut également contenir des données protégées, à condition que les titulaires de droits sur ces données en aient autorisé la reproduction. Dans tous les cas, le statut des données est sans influence sur l'originalité de la base : une compilation de données originales peut ne présenter aucune originalité ; à l'inverse, le recueil de données banales peut être présenté de manière originale ²⁴⁰⁴.

662 *Siège de l'originalité d'une base de données* ◇ Dans le silence de la loi, ce sont les juges qui ont défini le siège de l'originalité d'une base de données. Ils ont ainsi indiqué que si le travail de compilation d'informations n'est pas protégé en soi, l'œuvre devient originale dès que sa forme comporte un apport intellectuel de l'auteur ²⁴⁰⁵. Cet apport doit s'apprécier « au regard du plan, de la composition, de la forme, de la structure, du langage et, plus généralement, de l'expression de la personnalité de l'auteur, et ne saurait être caractérisé par la simple mise en œuvre d'une écriture automatique et contraignante dans la conception et l'écriture de la base » ²⁴⁰⁶. En d'autres termes, les juges exigent que l'auteur ait effectué des choix arbitraires ²⁴⁰⁷ et personnels : ils refusent ainsi de protéger un recueil lorsque les données sont classées par ordre alphabétique ²⁴⁰⁸, ou encore lorsque le classement est dicté par le sujet même de la base ²⁴⁰⁹ ou par des impératifs purement fonctionnels ²⁴¹⁰, et accordent au contraire la protection lorsque la compilation suit une présentation thématique originale, selon un plan et un découpage propres ²⁴¹¹. La Cour de cassation veille à la caractérisation de l'originalité par les juges du fond. C'est ainsi qu'elle a considéré que violait l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle une cour d'appel qui avait retenu qu'un individu pouvait prétendre à la protection par le

droit d'auteur pour l'architecture de la base de données qu'il avait réalisée, sans préciser quels choix des matières ou quelle disposition de celles-ci avaient été opérés par cette personne ni en quoi ils constitueraient des créations intellectuelles originales portant l'empreinte de sa personnalité ²⁴¹².

663 *Originalité selon la CJUE* ◇ La directive n° 96/9 précise dans son article 3 que « les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection ». Dans le même sens que la jurisprudence française, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué que l'originalité d'une base de données s'apprécie selon « le choix et la disposition des matières », et qu'un recueil ne peut être qualifié d'original lorsque sa constitution est dictée par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place à une liberté créatrice ²⁴¹³. Dans un arrêt du 1^{er} mars 2012 ²⁴¹⁴, la Cour, saisie d'une question préjudicielle sur l'interprétation qu'il convenait d'effectuer de l'expression « création intellectuelle propre à leur auteur », a en outre précisé les points suivants :

- l'originalité d'une base de données réside dans sa structure, et non dans son contenu ;
- la création intellectuelle propre signifie l'expression originale de la liberté créatrice de l'auteur dans le choix ou la disposition des matières ;
- les efforts intellectuels, le savoir-faire et l'ajout significatif aux données ne sont pas des critères pertinents pour apprécier l'originalité de la structure ;
- les droits nationaux ne peuvent pas s'écarter des strictes conditions posées par la directive n° 96/9 à la protection des bases de données par le droit d'auteur.

664 *Illustrations : bases de données originales* ◇ L'analyse de la jurisprudence révèle la difficulté pour une base de données de remplir cette condition d'originalité : « le droit d'auteur entre dans la protection de la base de données par le chas d'une aiguille, à savoir la vérification de l'originalité de la structure de la base » ²⁴¹⁵.

On trouve de fait relativement peu de décisions ayant constaté

l'originalité de bases de données. Parmi celles-ci, on peut citer un arrêt ²⁴¹⁶ par lequel la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir accordé la protection du droit d'auteur à un dictionnaire des conventions collectives au motif que loin d'être une simple compilation de documents déjà accessibles au public, le dictionnaire regroupait et résumait environ quatre cents conventions collectives suivant une présentation thématique originale, fournissant une synthèse des éléments essentiels de chacune selon un plan et un découpage propres, et conférant ainsi aux documents de base, par leur véritable réécriture simplifiée, une expression nouvelle marquée par la personnalité du rédacteur.

Dans une autre décision ²⁴¹⁷, la cour d'appel de Paris a qualifié d'œuvre originale un guide de magasins d'usine dont l'ordonnancement des informations ne résultait pas d'une simple compilation mais procédait « d'un parti pris portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur », étant donné que la présentation formelle et le choix opéré parmi les différentes marques et produits offerts par chaque magasin relevaient de l'arbitraire et que chaque adresse était complétée par un commentaire critique sur les articles vendus, les prix pratiqués ou le cadre et la présentation des produits.

L'originalité d'une base de données composée d'une « liste blanche » d'adresses URL dont le contenu est autorisé aux enfants, a été retenue par la même Cour ²⁴¹⁸, au motif que cette liste traduisait un effort de création et comportait un apport intellectuel caractérisant, « au regard des choix effectués et de la structure et de la classification élaborées, une œuvre collective originale éligible à la protection par le droit d'auteur ».

Enfin, dans une dernière affaire ²⁴¹⁹, le tribunal de commerce de Paris, de manière moins étayée, s'est prononcé en faveur de l'originalité de la base de données de l'AFP, dont les dépêches « correspondaient, par construction, à un choix des informations diffusées à la suite, le cas échéant, de vérifications de sources, à une mise en forme qui, même si elle restait souvent simple, n'en présentait pas moins un effort de rédaction et de construction et le choix de certaines expressions ».

665 Illustrations : bases de données dépourvues d'originalité ◇ Contrairement aux décisions mentionnées ci-dessus, la plupart des décisions concluent à l'absence d'originalité des bases de données. C'est ainsi que les juges ont refusé la protection du droit

d'auteur à des recueils dans lesquels les données étaient classées par ordre alphabétique ²⁴²⁰. Ils ont ainsi estimé que la base de données regroupant les coordonnées professionnelles et personnelles des anciens élèves d'un Institut ne constituait pas une création intellectuelle dès lors que l'ordonnancement des informations, qui reposait essentiellement sur un classement alphabétique, chronologique, régional et par activité, ne revêtait aucun caractère spécifique ou inédit au regard des autres annuaires d'anciens élèves présents sur le marché, et ne traduisait pas un apport créatif portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur, au-delà d'une logique automatique et contraignante ²⁴²¹.

De même, il a été jugé que dans la mesure où un site web d'annonces de cessions de fonds de commerce ne reflétait par aucun aspect l'empreinte de la personnalité de son créateur/concepteur et ne contenait aucune particularité notable révélant l'apport intellectuel créatif de son auteur dans la composition, la forme ou le graphisme, la protection au titre du droit d'auteur ne pouvait être accordée au contenu de ce site, constitué d'un recueil de fichiers dont la mise en œuvre procédait d'une logique automatique sans démarche véritablement créative dans la présentation, dans l'ordonnancement, dans la physionomie ou dans tout autre composant ²⁴²².

On peut encore citer deux jugements rendus par le tribunal de grande instance de Paris le 13 avril 2010 ²⁴²³, dans lesquels la protection du droit d'auteur a été refusée à des bases de données en ligne dont, pour la première, le classement était dicté par le sujet même de la base et par son objet, et dont, pour la seconde, il n'était pas démontré que le choix et la disposition des matières étaient originaux ²⁴²⁴.

La démonstration de l'originalité d'une base de données est donc difficile à effectuer. Lorsque les intéressés y parviennent toutefois, la protection du droit d'auteur est accordée, selon les modalités du droit commun pour l'essentiel.

B. Le contenu de la protection

666 *Titulaires des droits exclusifs* ◇ Conformément au droit commun, la protection est accordée aux auteurs des bases de données, peu important leur éventuelle qualité de salariés. Contrairement au droit des logiciels, le droit d'auteur applicable aux bases de données ne prévoit aucune dévolution des droits au profit de l'employeur. En pratique, les bases de

données sont souvent réalisées par plusieurs personnes, ce qui peut conduire à leur qualification d'œuvre collective ²⁴²⁵ ou d'œuvre de collaboration, selon les configurations.

667 ***Contenu des droits exclusifs*** ◇ En l'absence de disposition spécifique, les droits exclusifs des auteurs de bases de données sont ceux de tous les auteurs, prévus aux articles L. 122-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Il en va de même pour les droits moraux, régis par les articles L. 121-1 et suivants du Code.

La protection des bases de données ne concerne que la structure des bases, et ne s'étend pas à leur contenu ²⁴²⁶, puisque le siège de l'originalité des bases de données réside dans le choix et la disposition des matières.

668 ***Durée des droits exclusifs*** ◇ De même, la durée de la protection est celle de droit commun. On renvoie aux développements du Chapitre 1 sur ce point ²⁴²⁷.

669 ***Exceptions aux droits exclusifs*** ◇ Enfin, les exceptions sont, sauf précision contraire, les exceptions du droit commun, énumérées à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle ²⁴²⁸.

Deux particularités sont toutefois à noter. D'une part, le bénéfice de deux exceptions est exclu pour les bases de données (comme pour les logiciels). Il s'agit de l'exception de copie privée, exclue par l'article L. 122-5, 2° pour les bases de données électroniques, et de l'exception de copie technique transitoire, exclue par l'article L. 122-5, 6° pour toutes les bases de données.

D'autre part, une exception spécifique est prévue à l'article L. 122-6, 5°, en vertu duquel le titulaire de droits ne peut interdire « 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 ». Il s'agit d'une exception logique, analogue à celle posée par l'article L. 122-6-1, 1° en matière de logiciels.

670 En raison du difficile accès à la protection par le droit d'auteur, la majorité des bases de données sont protégées par le droit *sui generis*.

§ 2. La protection par un droit *sui generis*

671 *Nécessité de protéger les investissements* ◇ Comme l'indique l'exposé des motifs de la directive n° 96/9, bien que le droit d'auteur « constitue une forme appropriée de droits exclusifs des auteurs de bases de données » ²⁴²⁹, « d'autres mesures additionnelles sont nécessaires afin d'empêcher l'extraction et/ou la réutilisation non autorisée du contenu d'une base de données en l'absence d'un régime harmonisé concernant la concurrence déloyale ou de jurisprudence en la matière » ²⁴³⁰. En effet, la protection par le droit d'auteur présente deux lacunes essentielles : d'une part, comme on l'a montré, la caractérisation de l'originalité est difficile ; d'autre part, le droit d'auteur ne protège pas les titulaires de droits contre la reproduction du contenu de la base de données, mais seulement contre la reproduction de la structure de la base.

Pour ces raisons, devant l'importance économique des bases de données dans la société de l'information, la directive a mis en place un nouveau régime de protection, qui diffère du droit d'auteur tant par sa nature que par sa finalité. Il s'agit en effet d'un droit *sui generis* répondant à une logique industrielle : son objet est « d'assurer la protection d'un investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données » ²⁴³¹. Ainsi, « tandis que le droit d'auteur protège une réalisation intellectuelle, le droit *sui generis* s'attache à une vision purement économique » ²⁴³².

672 *Indépendance et possible cumul des protections* ◇ Le droit *sui generis* est indépendant de la protection par le droit d'auteur. Peu importe donc qu'une base de données pour laquelle la protection du droit *sui generis* est revendiquée soit ou ne soit pas protégeable par le droit d'auteur ²⁴³³.

Inversement, si tel est le cas, rien ne s'oppose à un cumul des protections ²⁴³⁴, aux régimes bien distincts : selon l'article L. 341-1, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle, la protection par le droit *sui generis* « est indépendante et s'exerce sans préjudice de celle résultant du droit d'auteur ». Le droit d'auteur protège alors l'auteur de la base, tandis que le droit *sui generis* bénéficie à son producteur. En raison de leurs régimes différents, un tel cumul est susceptible de conduire à des contradictions ²⁴³⁵.

À ce titre, même si le Code de la propriété intellectuelle ne le qualifie pas comme tel, le droit *sui generis* constitue une forme de droit voisin ²⁴³⁶, à l'image de ceux accordés aux producteurs de phonogrammes

et de vidéogrammes ainsi qu'aux entreprises de communication audiovisuelle.

- 673** *Plan* ◇ De façon classique, on envisagera les conditions de la protection (A), puis le contenu de la protection (B).

A. Les conditions de la protection

- 674** *Énoncé des conditions* ◇ La base de données protégée par le droit *sui generis* est définie par la jurisprudence de la même manière qu'en droit d'auteur. On renvoie donc à la définition mentionnée plus haut ²⁴³⁷.

Il résulte de l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle que la protection des bases de données par le droit *sui generis* suppose la réunion de trois conditions : il faut qu'un producteur (1) ait consenti un investissement (2) substantiel (3) dans la constitution, la vérification ou la présentation du contenu de la base de données.

1. Le producteur

- 675** *Définition* ◇ L'article L. 341-1, alinéa premier, du Code de la propriété intellectuelle, définit le producteur d'une base de données comme « la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants ». Il est précisé à l'article L. 341-2 que le producteur peut être une personne physique ou une personne morale.

Cette définition est proche de celle du titulaire des droits sur une œuvre collective, ou de celle des producteurs d'œuvres audiovisuelles, de phonogrammes ou de vidéogrammes. Toutefois, le producteur n'est pas nécessairement celui qui a l'idée de créer la base de données, mais c'est celui qui prend l'initiative matérielle et le risque des investissements.

- 676** *Indifférence des raisons de la création de la base de données* ◇ La protection par le droit *sui generis* ignore les raisons qui ont conduit le producteur à prendre l'initiative de constituer une base de données.

Peu importe ainsi que cette initiative découle d'une obligation légale de constituer une base de données ²⁴³⁸, pourvu toutefois que la création de

la base ne se réduise pas à ce que la loi impose, mais résulte d'une démarche volontaire et soit « enrichie d'autres informations » : c'est ainsi que la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir distingué l'annuaire universel que la loi oblige France Télécom à tenir, d'un « annuaire électronique » constituant une base de données enrichie, que la société avait pris l'initiative de constituer et d'organiser ²⁴³⁹.

Peu importe, de même, que la constitution de la base soit consubstantielle à l'activité économique de celui qui l'a créée ²⁴⁴⁰.

- 677** ***Restriction géographique*** ◇ L'article L. 341-2 du Code de la propriété intellectuelle pose une condition relative à la nationalité ou au lieu d'établissement des producteurs. Afin de bénéficier de la protection *sui generis*, ces derniers doivent, s'ils sont des personnes physiques, soit être ressortissants d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, soit avoir dans un tel État leur résidence habituelle. S'ils sont des personnes morales (de droit privé ou de droit public ²⁴⁴¹), ils doivent avoir leur siège statuaire, leur administration centrale ou leur établissement principal à l'intérieur d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

2. L'investissement

- 678** ***Caractères de l'investissement*** ◇ Selon l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'investissement consenti par le producteur de la base de données peut être financier, matériel ou humain. Ainsi le tribunal de grande instance de Paris a-t-il estimé que l'investissement financier pouvait consister en la conclusion d'un contrat de sous-traitance ²⁴⁴², que l'investissement matériel pouvait résider dans l'achat d'ordinateurs, et que l'investissement humain pouvait être constitué par la conclusion de contrats de travail ²⁴⁴³.

C'est au producteur qui se prévaut de la protection par le droit *sui generis* d'apporter la preuve de ses investissements, par tous moyens. Il indiquera ainsi au juge toutes les dépenses qu'il a consacrées à l'élaboration de la base de données ²⁴⁴⁴.

- 679** ***Données excluant l'investissement*** ◇ Ne peut être prise en compte au titre de l'investissement la constitution de données qui sont fournies spontanément par les utilisateurs de la base ²⁴⁴⁵ (notamment sur Internet,

par le biais de sites collaboratifs), sans que le producteur les sélectionne, les analyse ou les enrichisse ²⁴⁴⁶. Par ailleurs, si le caractère public des informations collectées n'a pas pour effet d'exclure la protection de la base de données ²⁴⁴⁷, encore faut-il démontrer que le recueil, la vérification et/ou la présentation des données publiques ont fait l'objet d'un investissement de la part du producteur ²⁴⁴⁸.

Ne peuvent pas davantage être comptabilisées les données que le producteur a l'obligation légale de réunir dans le cadre de sa mission ²⁴⁴⁹.

680 ***Objet de l'investissement : exclusion des dépenses consacrées à la création des données*** ◇ Aux termes de l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'investissement doit porter sur « la constitution, la vérification ou la présentation » du contenu de la base de données. En d'autres termes, l'investissement peut porter sur toutes les étapes de l'élaboration de la base.

La Cour de justice de l'Union européenne a apporté des précisions quant à la délimitation des investissements pris en compte. Elle a indiqué que ces investissements se composent des moyens consacrés à la recherche d'éléments existants, à leur rassemblement, à leur vérification et à leur présentation ²⁴⁵⁰. Il convient donc de procéder à une ventilation des investissements. S'agissant de la notion d'investissement lié à l'obtention du contenu d'une base de données, la Cour a précisé que la finalité de la directive n° 96/9 est d'encourager et de protéger les investissements dans des systèmes de stockage et de traitement de données qui contribuent au développement du marché de l'information, et non la création d'éléments susceptibles d'être ultérieurement rassemblés dans une base de données. En conséquence, la notion doit s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants, à leur vérification et à leur rassemblement dans ladite base. Elle ne comprend pas, en revanche, les moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données. Ainsi, dans le contexte de l'établissement d'un calendrier de rencontres aux fins de l'organisation de championnats de football, elle ne vise pas les moyens consacrés à la détermination des dates, des horaires et des paires d'équipes relatifs aux différentes rencontres de ces championnats – moyens qui ne sont relatifs qu'à la création des données élémentaires contenues dans la base ²⁴⁵¹. Il en va de même des investissements liés à la détermination, aux fins de l'organisation de

courses hippiques, des chevaux admis à participer à la course concernée : ils ont trait à la création des données constitutives des listes afférentes à ces courses, et ne peuvent donc entrer en ligne de compte pour apprécier l'investissement lié à la constitution de la base de données.

Cette approche restrictive s'explique par « la volonté d'éviter une surprotection des bases de données et le risque de privatisation de l'information »²⁴⁵². Elle a été reprise par la Cour de cassation qui, dans un arrêt *Precom*²⁴⁵³, se référant expressément aux décisions de la CJUE, a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de cour d'appel qui avait refusé d'accorder à une société la protection *sui generis*, au motif que les moyens consacrés par cette société pour l'établissement d'annonces immobilières publiées dans un journal « ne correspondaient pas à un investissement lié à la constitution de la base de données dans laquelle elles étaient intégrées, mais à la création des éléments constitutifs du contenu de cette base ». Les juges du fond ont également adopté à leur tour ce raisonnement, estimant que « la protection *sui generis* n'est accordée que pour les investissements liés au stockage et au traitement des éléments une fois ceux-ci réunis et n'est pas accordée pour les investissements liés à la création elle-même desdits éléments avant leur intégration dans une base de données »²⁴⁵⁴.

681 *Investissements portant sur la vérification et la présentation des données* ◇ Dans ses arrêts de 2004²⁴⁵⁵, la Cour de justice de l'Union européenne a également défini les notions d'investissements consacrés à la vérification et à la présentation des données. La première vise les moyens consacrés, en vue d'assurer la fiabilité de l'information contenue dans la base, au contrôle de l'exactitude des éléments recherchés, lors de la constitution de cette base ainsi que pendant la période de fonctionnement de celle-ci. Des moyens consacrés à des opérations de vérification au cours de la phase de création d'éléments par la suite rassemblés dans une base de données ne relèvent pas de cette notion.

Quant à la seconde, elle vise l'investissement consacré à l'organisation de la base de données d'un point de vue fonctionnel (navigation de l'utilisateur) et non pas d'un point de vue artistique, ce qui relève du domaine du droit d'auteur. Ainsi a-t-il été jugé que rapportait la preuve d'un investissement portant sur la présentation de données un département qui démontrait avoir numérisé des documents d'archives et

avoir classé et structuré les informations contenues dans ces documents de façon à permettre notamment, à partir du nom d'une commune ou d'une paroisse en ce qui concerne l'état civil, d'un patronyme ou d'une profession, d'accéder à l'un des documents archivés et numérisés ²⁴⁵⁶.

682 Il ne suffit pas pour le producteur de rapporter la preuve de tels investissements : encore faut-il qu'il démontre leur caractère substantiel.

3. Le caractère substantiel de l'investissement

683 *Définition* ◇ Le caractère substantiel de l'investissement, exigé par l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle, doit être interprété à la lumière de l'article 7, § 1, de la directive n° 96/9, qui requiert de la part du producteur de la base de données un « investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif ». La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que « l'appréciation quantitative fait référence à des moyens chiffrables et l'appréciation qualitative, à des efforts non quantifiables, tels qu'un effort intellectuel ou une dépense d'énergie » ²⁴⁵⁷.

684 *Appréciation* ◇ En droit français, ce caractère substantiel relève de l'appréciation souveraine des juges du fond ²⁴⁵⁸. Par essence subjectif, il est assez aisément retenu par les tribunaux. Dans l'environnement numérique, deux facteurs viennent pourtant compliquer la preuve des investissements substantiels ²⁴⁵⁹ : d'une part, le développement de l'interactivité, à l'origine de bases de données constituées par les apports d'utilisateurs ; d'autre part, l'utilisation de logiciels permettant de collecter des données de façon automatisée, ce qui conduit parfois les juges à écarter l'investissement substantiel dans le recueil des données ²⁴⁶⁰.

685 *Investissement quantitativement substantiel* ◇ Dans la plupart des cas, pour retenir le caractère substantiel de l'investissement, les juges s'appuient sur des données chiffrées fournies par les producteurs. Ce sont principalement les sommes consacrées à la constitution, la vérification et la présentation de la base qui sont déterminantes. Ainsi, par exemple, le caractère substantiel de l'investissement a-t-il été déduit de ce que :

– une société démontrait investir chaque année la somme de 600 000 euros dans la présentation, la mise à jour et la vérification de sa base de données ²⁴⁶¹ ;

– une autre société versait au débat des factures attestant qu'elle avait dépensé près de 650 000 euros pour concevoir et développer son site Internet sur lequel était proposé un outil de calcul utilisant sa base de données ²⁴⁶² ;

– l'investissement de l'Agence France Presse pour l'édition de sa base de données de dépêches était de 45 millions d'euros ²⁴⁶³ ;

– la société France Télécom avait consacré 10,6 millions d'Euros à la constitution de son annuaire électronique ²⁴⁶⁴ .

Mais les investissements pouvant être financiers, matériels ou humains, leur caractère substantiel peut également résulter du nombre d'heures consacrées à ces opérations, ainsi que du nombre de personnes mobilisées ²⁴⁶⁵, du matériel acquis ²⁴⁶⁶ ou encore des contrats de sous-traitance conclus ²⁴⁶⁷. Ainsi les juges ont-ils accepté de protéger une base de données à la constitution, au développement, à la gestion, à la maintenance et au suivi de laquelle une société justifiait avoir consacré sur une période de six ans une somme totale de 1,86 million d'euros représentant notamment « les salaires du personnel, la rémunération de diverses prestations extérieures, le coût des immobilisations, tel le matériel informatique, les frais d'hébergement de la base sur Internet » ²⁴⁶⁸ .

Encore faut-il démontrer que les sommes invoquées ont bien été affectées à la constitution de la base de données. Ainsi les juges ont-ils refusé de prendre en compte l'emploi de salariés au poste « force commerciale et *marketing* », car il n'était pas démontré que ces salariés travaillaient à la collecte des données ²⁴⁶⁹ .

686 *Investissement qualitativement substantiel* ◇ Il est plus difficile de définir le caractère qualitativement substantiel de l'investissement. Ce critère flou est d'ailleurs très rarement retenu par les juges. On peut toutefois citer deux décisions dans lesquelles il a été appliqué.

Dans la première, l'investissement a été jugé « qualitativement important, en raison des efforts de promotion effectués, de la chaîne de traitement des données qui permet[tait] la numérisation des offres, du travail de classement et de tri qui permet[tait] de valoriser la base et de la rendre plus facilement exploitable, et de la présentation de cette base

à travers un site performant, esthétique et ergonomique » ²⁴⁷⁰.

Dans la seconde, le caractère qualitativement substantiel de l'investissement a été déduit du fait que « les données – pour publiques qu'elles soient – [étaient] vérifiées, présentées et mises en forme puis diffusées d'une façon telle que [le producteur faisait] œuvre de propriété intellectuelle, ne serait-ce qu'en vérifiant et en formatant les données et en en garantissant l'exactitude » ²⁴⁷¹.

687 *Mise à jour et nouvel investissement substantiel* ◇ La mise à jour d'une base de données peut-elle constituer un nouvel investissement substantiel de nature à proroger la durée de protection de la base de données, comme le prévoit l'article L. 342-5, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle ? Rien ne s'y oppose ²⁴⁷², mais c'est sous réserve que soit démontré le caractère substantiel de l'investissement consacré à la mise à jour. La cour d'appel de Paris a ainsi estimé que la simple mise à jour annuelle d'un annuaire résultant de l'aboutissement du *cursus* des étudiants ne suffisait pas à caractériser l'existence d'un nouvel investissement substantiel permettant de faire courir une nouvelle durée de protection de quinze ans, en l'absence de production de tout document comptable de nature à démontrer l'apport d'investissements financiers, matériels et humains substantiels, en vue d'améliorer le contenu et d'enrichir les données de la base ²⁴⁷³.

Cette question soulève des difficultés dans l'environnement numérique, dans la mesure où les bases de données en ligne peuvent être constamment réactualisées, et par conséquent faire l'objet d'une protection perpétuelle s'il est démontré que leur actualisation procède à chaque fois d'un investissement substantiel. Afin d'éviter des monopoles perpétuels sur l'information, il est donc nécessaire que les juges adoptent une conception stricte et exigeante du caractère substantiel des nouveaux investissements.

688 Lorsque les conditions de protection sont remplies, le producteur de la base de données jouit alors de droits dont il convient de définir la teneur.

B. Le contenu de la protection

689 *Durée de la protection sui generis* ◇ À titre liminaire, il faut préciser que la durée de la protection *sui generis* des bases de données

est beaucoup plus courte que celle de la protection par le droit d'auteur. En effet, selon l'article L. 342-5 du Code de la propriété intellectuelle, la protection prend effet à compter de l'achèvement de la fabrication de la base de données, et expire quinze ans après le premier janvier de l'année civile qui suit celle de cet achèvement. Toutefois, lorsqu'une base de données a fait l'objet d'une mise à la disposition du public avant l'expiration de cette période, les droits expirent quinze ans après le premier janvier de l'année civile suivant celle de cette première mise à disposition – qui peut s'effectuer par le biais d'un support matériel ou sur Internet.

La durée beaucoup plus courte de cette protection s'explique par le fait qu'il s'agit ici de protéger le contenu même de la base de données, c'est-à-dire de l'information. Or, à trop durer, une telle protection risquerait d'entraver de manière excessive l'accès à l'information.

La difficulté consiste à dater l'achèvement de la fabrication d'une base de données, en particulier dans le cas des bases électroniques, qui sont constamment actualisées. En outre, l'alinéa 2 de l'article L. 342-5 prévoit que « dans le cas où une base de données protégée fait l'objet d'un nouvel investissement substantiel, sa protection expire quinze ans après le premier janvier de l'année civile suivant celle de ce nouvel investissement », ce qui peut conduire à une protection virtuellement perpétuelle pour des bases de données réactualisées périodiquement.

690 *Plan* ◇ L'analyse du contenu de la protection *sui generis* des bases de données suppose que l'on s'attache à l'étude des droits exclusifs du producteur (1), puis aux limites et exceptions à ces droits (2).

1. Les droits exclusifs du producteur

691 *Absence de droits moraux* ◇ Le producteur de la base de données se voit conférer des prérogatives exclusivement patrimoniales par le Code de la propriété intellectuelle. Il ne dispose donc pas de droits moraux. Toutefois, il faut tenir compte des droits moraux des auteurs des bases de données dans les cas où celles-ci font également l'objet d'une protection par le droit d'auteur.

692 *Extraction* ◇ L'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle énonce les droits des producteurs de bases de données. Le premier est

constitué par le droit d'interdire « l'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit ».

Ce droit n'est pas sans évoquer le droit de reproduction que connaît le droit d'auteur. La notion d'extraction a été définie par la Cour de justice de l'Union européenne ²⁴⁷⁴ comme visant « tout acte non autorisé d'appropriation de tout ou partie du contenu d'une base de données » – ce qui exclut la simple consultation d'une base de données à des fins d'information. Le critère décisif réside dans l'existence d'un acte de transfert de tout ou partie du contenu de la base de données concernée vers un autre support. Peu importe à cet égard le mode de transfert et la nature de son support (papier, site web, CD-Rom...), ainsi que la source de l'extraction (base protégée ou copie de cette base) ²⁴⁷⁵.

S'agissant du moment de la réalisation d'une extraction à partir d'une base de données électronique, celui-ci doit être considéré comme correspondant au moment de la fixation des éléments visés par l'extraction sur un autre support que celui de la base de données d'origine ²⁴⁷⁶.

693 *Modalités de l'extraction* ◇ Cette notion d'extraction est indépendante de l'objectif poursuivi par l'auteur de l'acte en cause, des modifications éventuellement apportées par ce dernier au contenu des éléments ainsi transférés ainsi que des différences éventuelles relatives à l'organisation structurelle des bases de données concernées. Peu importe ainsi que le transfert débouche sur une disposition des éléments concernés différente de celle qui caractérise la base de données d'origine. L'extraction est donc une notion large, qui inclut la copie à l'identique aussi bien que la sélection d'une partie de la base de données. En ce sens, la Cour de justice a précisé que « la reprise d'éléments d'une base de données protégée dans une autre base de données à l'issue d'une consultation de la première base sur écran et d'une appréciation individuelle des éléments contenus dans celle-ci est susceptible de constituer une extraction » ²⁴⁷⁷.

Peu importe encore la finalité de l'extraction : ainsi, elle n'est pas nécessairement réalisée en vue de constituer une nouvelle base de données.

Peu importe enfin le caractère permanent ou temporaire de

l'extraction. À cet égard, la Cour de justice a indiqué que la distinction entre le transfert permanent et le transfert temporaire réside dans la durée de la conservation, sur un autre support, des éléments extraits de la base de données originale. Il y a transfert permanent lorsque lesdits éléments se trouvent fixés de manière durable sur un autre support que le support d'origine, tandis qu'il y a transfert temporaire lorsque ces éléments sont stockés pour une durée limitée sur un autre support, par exemple dans la mémoire opérationnelle d'un ordinateur ²⁴⁷⁸. Si la directive n° 96/9 n'attache aucune conséquence juridique spécifique au caractère permanent ou, au contraire, temporaire, du transfert, cette question peut néanmoins, en fonction des droits nationaux applicables, revêtir un intérêt aux fins d'apprécier la gravité d'une éventuelle violation du droit *sui generis* du fabricant d'une base de données protégée.

694 *Preuve de l'extraction* ◇ Selon la Cour de justice de l'Union européenne, la circonstance que des caractéristiques matérielles et techniques présentes dans le contenu d'une base de données protégée d'un fabricant figurent également dans le contenu d'une base de données d'un autre fabricant peut être interprétée comme un indice de l'existence d'une extraction (à moins qu'une telle coïncidence puisse s'expliquer par d'autres facteurs), tout comme le fait que des éléments obtenus par le fabricant d'une base de données auprès de sources non accessibles au public figurent également dans la base de données d'un autre fabricant. En revanche, la nature des programmes informatiques utilisés pour la gestion de deux bases de données électroniques ne constitue pas un élément d'appréciation de l'existence d'une extraction ²⁴⁷⁹.

Le producteur de la base de données peut notamment rapporter la preuve de l'extraction en montrant que des éléments « leurres » inclus dans sa base ont été extraits par le tiers, ce qui tend à indiquer que ce dernier n'a pas fait une sélection précise et limitée de la base, mais a opéré une importation globale de la base de données ²⁴⁸⁰. C'est ainsi que la reprise de fautes d'orthographe a pu servir à établir l'existence d'une extraction de données ²⁴⁸¹.

695 *Caractère substantiel de l'extraction* ◇ Le producteur ne peut s'opposer à l'extraction du contenu de la base de données que si cette extraction est quantitativement ou qualitativement substantielle, ce qu'il

lui appartient de démontrer et qu'il appartient aux juges nationaux de vérifier. La Cour de justice de l'Union européenne a apporté des précisions quant à la définition de ce caractère substantiel de l'extraction.

696 ***Extraction quantitativement substantielle*** ◇ Selon la Cour de justice ²⁴⁸², la notion de partie substantielle, évaluée de façon quantitative, du contenu d'une base de données protégée, se réfère au volume d'éléments extraits et/ou réutilisés de cette base de données et doit être appréciée par rapport au volume du contenu total de cette dernière. En revanche, la proportion des éléments extraits dans la base qui les accueille est indifférente ²⁴⁸³.

Dans l'hypothèse d'un ensemble global d'éléments comportant des sous-groupes séparés, le volume des éléments prétendument extraits et/ou réutilisés de l'un de ces sous-groupes doit être comparé au volume du contenu total de ce sous-groupe si ce dernier constitue, en tant que tel, une base de données répondant aux conditions d'octroi de la protection par le droit *sui generis*. Dans le cas contraire, et pour autant que ledit ensemble constitue une telle base de données protégée, la comparaison doit être opérée entre le volume des éléments prétendument extraits et/ou réutilisés des différents sous-groupes de cet ensemble et le volume du contenu total de ce dernier.

Le caractère quantitativement substantiel de l'extraction relève d'une appréciation subjective des juges. Ces derniers sanctionnent les extractions importantes, en tenant compte de la proportion des données extraites. Ainsi une société a-t-elle été condamnée pour avoir, en l'espace de deux jours, opéré 36 000 connexions à une base de données par l'intermédiaire d'un automate programmé, ces connexions ayant pris la forme, non pas de simples consultations, mais du transfert des renseignements relatifs à 36 000 artistes répertoriés vers une base de données concurrente ²⁴⁸⁴. De même pour un ancien salarié ayant extrait 71 % d'un fichier client de son ancien employeur ²⁴⁸⁵. À l'inverse, il a été jugé que l'extraction d'une vingtaine d'annonces représentant à peine 0,02 % d'une base de données, n'était pas quantitativement substantielle ²⁴⁸⁶.

697 ***Extraction qualitativement substantielle*** ◇ Quant à la notion d'extraction qualitativement substantielle, la CJUE a indiqué que la

circonstance que des éléments prétendument extraits et/ou réutilisés à partir d'une base de données protégée par le droit *sui generis* ont été obtenus par le fabricant de celle-ci auprès de sources non accessibles au public peut, en fonction de l'importance des moyens humains, techniques et/ou financiers déployés par ce fabricant pour collecter les éléments en cause auprès de telles sources, avoir une incidence sur la qualification de ceux-ci de partie substantielle, d'un point de vue qualitatif, du contenu de la base de données concernée.

Cependant, le caractère officiel et accessible au public d'une partie des éléments contenus dans une base de données ne dispense pas la juridiction nationale de vérifier, aux fins d'apprécier l'existence d'une extraction et/ou d'une réutilisation portant sur une partie substantielle du contenu de ladite base de données, si les éléments prétendument extraits et/ou réutilisés à partir de cette base de données constituent, d'un point de vue qualitatif, une telle partie substantielle en ce qu'ils représentent, en termes d'obtention, de vérification ou de présentation, un important investissement humain, technique ou financier.

En pratique, le caractère qualitativement substantiel de l'extraction permet aux juges de retenir la contrefaçon lorsqu'il ne peut être montré que l'extraction est quantitativement substantielle. C'est ainsi que, dans une affaire *Cadremploi contre Keljob* ²⁴⁸⁷, le tribunal de grande instance de Paris a estimé que l'extraction d'un volume d'informations inférieur à 12 % du total de la base pillée ne pouvait être qualifiée de quantitativement substantielle, le contenu des offres d'emploi n'étant pas reproduit ; mais les annonces extraites étaient qualitativement substantielles car elles portaient sur les informations qui faisaient la valeur de la base en question (l'intitulé du poste, le secteur d'activité concerné, la zone géographique, la date de parution, ainsi que l'adresse URL).

De même, dans un jugement du 20 juin 2007 ²⁴⁸⁸, le tribunal de grande instance de Paris a condamné pour contrefaçon une société qui avait extrait des éléments de la base de données du PMU, en considérant que les données systématiquement extraites et réutilisées par la société défenderesse portaient « sur des informations essentielles à son activité, qui font précisément la valeur de la base de données » du PMU, et qu'il s'agissait donc « d'extraction et de réutilisation de parties de la base de données du PMU qualitativement substantielle ». Dans une autre décision ²⁴⁸⁹, le tribunal a sanctionné la mise à disposition des internautes d'un logiciel qui permettait d'extraire des informations (raison sociale,

adresses postales, téléphone, télécopie, email, site web, description d'activité, etc.) relatives à des entreprises inscrites dans un annuaire européen, et d'exporter ces données sans avoir à effectuer un « copier/coller » : selon le juge, ce logiciel permettait d'extraire et de réutiliser des éléments qualitativement substantiels du contenu de la base de données tels que les informations relatives aux entreprises inscrites dans cet annuaire. On peut pourtant douter du fondement de la condamnation, car en distribuant ce logiciel, la société ne procédait pas elle-même à une extraction. Tout au plus fournissait-elle les moyens d'y procéder. Il s'agit donc davantage d'actes de parasitisme que de contrefaçon.

698 *Extraction et indexation sur Internet* ◇ L'application de la notion d'extraction du contenu d'une base de données à l'environnement numérique soulève une difficulté. Le fait de répertorier et d'indexer le contenu d'une base de données par des liens hypertexte renvoyant directement à cette base constitue-t-il une extraction ?

Dans l'affaire *Cadremploi contre Keljob* précitée ²⁴⁹⁰, les juges avaient répondu par l'affirmative, considérant que « le fait que l'utilisateur soit, s'il veut accéder au détail de l'offre, dirigé vers le site de la société Cadremploi, n'a pas pour effet de rendre l'extraction et l'utilisation effectuées licites ». Mais plusieurs décisions plus récentes semblent remettre en cause cette jurisprudence.

En effet, dans un jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris le 1^{er} février 2011 ²⁴⁹¹, la simple indexation a été distinguée de l'extraction. En l'espèce, un moteur de recherche proposait aux internautes des pages de résultats issues de références immobilières collectées sur une base de données en ligne. Ces résultats, présentés sous la forme de liens hypertexte profonds, renvoyaient les utilisateurs sur les annonces du site d'origine. Or, alors même que les résultats affichaient des informations détaillées extraites des annonces, le tribunal a estimé qu'en mettant à la disposition des internautes, en les indexant par le biais de robots automatisés, des références immobilières sous forme de liens hypertexte permettant d'accéder directement à un site Internet tiers et à son contenu, le moteur de recherche ne s'était nullement livré à une extraction de la base de données de ce site, mais à l'indexation du contenu de ce site afin de rediriger l'internaute vers celui-ci. Selon le juge, le moteur n'a pas tiré profit de la base de données, mais a créé un

nouveau service qui profite à la fois aux internautes et au site cible, vers lequel il redirige les utilisateurs.

Dans deux autres décisions ²⁴⁹², la même juridiction n'a pas davantage qualifié de concurrence déloyale ou de parasitisme l'indexation automatique de données accompagnée d'une redirection vers les sites d'origine.

Ces décisions doivent être rapprochées de celles rendues en matière de droit d'auteur qui ont consacré la liberté de lier ²⁴⁹³. Elles peuvent cependant être critiquées si l'on admet que la récupération d'informations par des robots dans des bases de données en vue de l'affichage de résultats implique un transfert constitutif d'extraction telle que définie par la CJUE : peu importe dans ce cas l'objectif de ce transfert, ainsi que son caractère éventuellement temporaire ou accessoire (génération d'une « information tampon » balayée lors d'une recherche par les internautes) ²⁴⁹⁴. En revanche, si l'on considère que le moteur de recherche ne stocke pas les informations, mais seulement les adresses des sites qui permettent de répondre aux questions des internautes et de le diriger vers le site qui contient la réponse ²⁴⁹⁵, il faut alors admettre que le moteur ne réalise pas d'extraction.

En toute hypothèse, ces pratiques peuvent être envisagées également sur le terrain de la réutilisation de la base de données.

699 *Réutilisation d'une partie substantielle de la base* ◇ La seconde prérogative que confère l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle au producteur d'une base de données est le droit d'interdire « la réutilisation, par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme ». La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que la réutilisation désigne « tout acte, non autorisé par le fabricant de la base de données protégée par ce droit *sui generis*, qui consiste à diffuser au public tout ou partie du contenu de celle-ci » ²⁴⁹⁶. Plus précisément, saisie d'une question préjudicielle portant sur la licéité des métamoteurs de recherche, elle a indiqué dans un arrêt *Innovweb* du 19 décembre 2013 ²⁴⁹⁷ qu'un opérateur qui met en ligne un métamoteur « procède à une réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu d'une base de données protégée par cet article 7 dès lors que ce métamoteur de recherche dédié :

– fournit à l'utilisateur final un formulaire de recherche offrant, en

substance, les mêmes fonctionnalités que le formulaire de la base de données ;

- traduit « en temps réel » les requêtes des utilisateurs finaux dans le moteur de recherche dont est équipée la base de données, de sorte que toutes les données de cette base sont explorées, et

- présente à l'utilisateur final les résultats trouvés sous l'apparence extérieure de son site Internet, en réunissant les doublons en un seul élément, mais dans un ordre fondé sur des critères qui sont comparables à ceux utilisés par le moteur de recherche de la base de données concernée pour présenter les résultats ».

Ce droit, qui s'apparente au droit de représentation, permet au producteur de s'opposer à toute mise à disposition au public. Ainsi en est-il, par exemple, de la mise en ligne non autorisée d'une base de données. Peu importe, à cet égard, que celui qui réalise la mise à disposition ait préalablement opéré une extraction. Peu importe également qu'il bénéficie du droit d'utiliser lui-même la base²⁴⁹⁸. Ainsi, la consultation est permise, tandis que le téléchargement (*download* comme *upload*) d'une base de données est interdit sans l'accord du producteur.

700 *Lieu de la réutilisation* ◇ Il résulte de ce qui précède que constitue une réutilisation l'acte qui consiste pour une personne à envoyer, au moyen de son serveur web, sur l'ordinateur d'une autre personne, à la demande de cette dernière, à des fins de stockage dans la mémoire de cet ordinateur et d'affichage sur l'écran de celui-ci, des données préalablement extraites du contenu d'une base de données protégée par le droit *sui generis*. Par un tel envoi, ces données sont, en effet, mises à la disposition d'un membre du public.

Dans un arrêt du 18 octobre 2012²⁴⁹⁹, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur le lieu d'une telle réalisation dans l'hypothèse où les deux personnes concernées se situent dans deux États différents. L'enjeu de cette question tient à ce que la protection par le droit *sui generis* prévue par la législation d'un État membre (en vertu de la directive n° 96/9) est, par principe, limitée au territoire de cet État membre, de sorte que le bénéficiaire de cette protection ne saurait s'en prévaloir qu'à l'encontre d'actes de réutilisation non autorisés qui ont eu lieu sur ce territoire. Selon la Cour, la réutilisation a lieu, à tout le moins, dans l'État membre sur le territoire duquel est établie la personne sur

l'ordinateur de qui les données sont envoyées, « dès lors qu'il existe des indices permettant de conclure qu'un tel acte révèle l'intention de son auteur de cibler des membres du public établis dans ce dernier État membre, ce qu'il appartient à la juridiction nationale d'apprécier ». On retrouve ici le critère de la destination, déjà mis en œuvre par la Cour dans les arrêts *Pammer* ²⁵⁰⁰ en droit de la consommation et *eBay* ²⁵⁰¹ en droit des marques. Les indices pertinents en la matière sont notamment :

- la circonstance que, parmi les données que comporte le serveur, figurent des données relatives à des événements se déroulant dans l'État en question ;

- le fait que le propriétaire du serveur ait accordé un droit d'accès à son serveur à des sociétés proposant des services de paris à destination du public de cet État ; et

- la circonstance que les données mises en ligne sont accessibles aux internautes de l'État en question dans leur propre langue, laquelle diffère de celles habituellement utilisées dans les États membres à partir desquels la société qui a mis les données en ligne exerce ses activités.

701 ***Exclusion du prêt public*** ◇ L'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle précise *in fine* que « le prêt public n'est pas un acte d'extraction ou de réutilisation », ce qui signifie que, bien que le prêt soit une forme de mise à disposition du public, il est licite sans autorisation du producteur.

Il faut toutefois réserver l'hypothèse dans laquelle la base de données est également protégée par le droit d'auteur : dans ce cas naturellement, le prêt public donne lieu à rémunération des auteurs et éditeurs.

702 ***Extraction ou réutilisation d'une partie non substantielle de la base*** ◇ L'article L. 342-2 du Code de la propriété intellectuelle étend les droits exclusifs des producteurs à des actes qui ne sont pas couverts par l'article L. 342-1. Il dispose en effet que « le producteur peut également interdire l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données ».

Il s'agit d'une disposition destinée à éviter les abus et agissements parasites consistant à extraire de façon répétée des informations

ponctuelles d'une base de données – ce qui revient à en piller le contenu. C'est ainsi que, dans un jugement du 5 février 2010 ²⁵⁰², le tribunal de commerce de Paris a jugé que si des extractions de la base de données de l'AFP n'étaient ni quantitativement ni qualitativement substantielles, la réutilisation des données extraites excédait pourtant les conditions normales d'utilisation de cette base, étant donné que la réception de ces données est payante.

703 *Mise en œuvre des droits exclusifs* ◇ Comme le précise l'article L. 342-1, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle, les droits exclusifs du producteur peuvent « être transmis ou cédés ou faire l'objet d'une licence ».

En ce qui concerne la protection des droits, les articles L. 343-3-1 et L. 343-3-2 prévoient que les dispositions relatives aux mesures techniques d'information et de protection sont applicables au droit *sui generis* sur les bases de données, dans les mêmes conditions que pour les œuvres de l'esprit.

Enfin, l'atteinte aux droits exclusifs du producteur d'une base de données est sanctionnée des mêmes peines que la contrefaçon de droits d'auteur (art. L. 343-4). Les procédures, provisoires ²⁵⁰³ et au fond, sont analogues à celles applicables au droit d'auteur, à quelques particularités près ²⁵⁰⁴.

704 Le monopole du producteur de bases de données, très étendu, est néanmoins soumis à des limites et exceptions.

2. Les limites et exceptions aux droits exclusifs

705 *Épuisement du droit* ◇ Comme en matière d'œuvres de l'esprit et de logiciels, le Code de la propriété intellectuelle prévoit l'épuisement du droit *sui generis* sur les bases de données. L'article L. 342-4 dispose ainsi que « la première vente d'une copie matérielle d'une base de données dans le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, par le titulaire du droit ou avec son consentement, épuise le droit de contrôler la revente de cette copie matérielle dans tous les États membres ». En revanche, « la transmission en ligne d'une base de données n'épuise pas le droit du producteur de contrôler la revente dans

tous les États membres d'une copie matérielle de cette base ou d'une partie de celle-ci ».

Ces dispositions signifient, comme en matière d'œuvres de l'esprit et de logiciels, que seul le droit de distribution d'exemplaires physiques des bases de données s'épuise. Le droit de reproduction, quant à lui, demeure sur la tête du producteur. Pour cette raison, un utilisateur ayant acquis la version numérique d'une base de données n'est pas autorisé à revendre des copies de cette base.

706 *Exceptions légales* ◇ L'article L. 342-3 du Code de la propriété intellectuelle énumère les exceptions spécifiques applicables au droit *sui generis* des bases de données dès lors que les bases ont été mises à la disposition du public par le titulaire des droits. Il est précisé *in fine* que ces exceptions sont soumises au test des trois étapes.

Il s'agit d'abord de « l'extraction ou la réutilisation d'une partie non substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base, par la personne qui y a licitement accès »²⁵⁰⁵. Cette exception, qui ne peut faire l'objet d'une clause contraire, est la conséquence logique des articles L. 342-1 et L. 342-2.

Les autres exceptions, en revanche, peuvent être neutralisées par des stipulations contractuelles.

Le CPI prévoit pour le droit *sui generis* des bases de données une version spécifique de l'exception de copie privée, qui permet « l'extraction à des fins privées d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données non électronique sous réserve du respect des droits d'auteur ou des droits voisins sur les œuvres ou éléments incorporés dans la base ». Naturellement donc, si la base est protégée par le droit d'auteur, les titulaires de droits bénéficieront de la rémunération pour copie privée. Les deux régimes de protection ont pour point commun de refuser le bénéfice de l'exception aux bases de données électroniques²⁵⁰⁶. La raison en est que « l'utilisation toujours croissante de la technologie numérique expose le fabricant d'une base de données au risque que le contenu de sa base de données soit copié et adapté électroniquement sans autorisation »²⁵⁰⁷.

Enfin, l'article L. 342-3 prévoit deux autres exceptions sur le modèle du droit d'auteur. Il s'agit d'une exception au bénéfice des personnes handicapées et d'une exception pédagogique.

707 **Limites issues du droit de la concurrence : abus de position dominante** ◇

Le caractère « informationnel »²⁵⁰⁸ des bases de données justifie une interférence toute particulière du droit de la concurrence en la matière. Il est en effet essentiel d'éviter que l'exercice par les producteurs de leurs droits exclusifs ne fasse obstacle à la circulation de l'information.

Le législateur et les juridictions de l'Union européenne ont reconnu cette nécessité. Ainsi, l'article 13 de la directive n° 96/9 énonce que cette directive n'affecte pas les dispositions concernant, notamment, le droit des ententes et de la concurrence déloyale. Dans le même sens, l'article 16, § 3, de cette directive, impose à la Commission d'établir des rapports périodiques sur son application. Ces rapports sont destinés, notamment, à vérifier si l'application du droit *sui generis* a entraîné des abus de position dominante ou d'autres atteintes à la libre concurrence qui justifieraient l'adoption de mesures appropriées²⁵⁰⁹.

Avant même l'adoption de cette directive, la Cour de justice de l'Union européenne avait déjà indiqué la nécessité d'articuler les droits exclusifs avec le droit de la concurrence, en appliquant aux bases de données la théorie dite des « ressources essentielles »²⁵¹⁰.

708 **CJUE et théorie des « ressources essentielles »** ◇

Il convient de préciser que cette théorie est susceptible de s'appliquer à toutes les bases de données, qu'elles soient protégées par le droit d'auteur ou par le droit *sui generis* (de même que, plus largement, à tout objet de propriété intellectuelle²⁵¹¹), pourvu toutefois que l'exercice des droits constitue une activité économique, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il relève de prérogatives de puissance publique²⁵¹².

Issue du droit antitrust américain²⁵¹³, la théorie des « ressources », « infrastructures » ou « facilités » essentielles (*essential facilities*)²⁵¹⁴ vient limiter l'exercice en principe discrétionnaire des droits exclusifs dans des circonstances spécifiques²⁵¹⁵. Tel est le cas lorsque l'objet de tels droits est qualifié d'indispensable pour les concurrents. L'exercice des droits exclusifs, et plus particulièrement le refus d'accorder une licence, peut alors entrer en conflit avec le droit de la concurrence, et en particulier la prohibition des abus de position dominante édictée par l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article 420-2 du Code de la consommation.

Dans un arrêt *Magill*²⁵¹⁶, rendu à propos d'une base de données

protégée par le droit d'auteur, la Cour, après avoir rappelé que « le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives de l'auteur, de sorte qu'un refus de licence, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci », a affirmé néanmoins que l'exercice du droit exclusif par le titulaire pouvait, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif. En l'espèce, l'abus était constitué par le refus, par le titulaire des droits, de fournir les informations brutes contenues dans la base protégée, refus qui avait pour conséquence de faire obstacle à l'apparition d'un guide hebdomadaire des programmes de télévision que le titulaire n'offrait pas, et pour lequel il existait une demande potentielle de la part des consommateurs.

Ce raisonnement a été réitéré par la CJUE dans l'affaire *IMS Health* ²⁵¹⁷, dans laquelle la Cour a précisé les conditions de l'abus et les a appliquées au droit d'auteur.

On peut, dès lors, résumer ainsi les conditions de l'abus de position dominante : un refus est qualifié d'abusif lorsque sont réunies les quatre conditions cumulatives suivantes :

- le refus est dépourvu de toute justification par des considérations objectives ;
- il fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs ;
- il est de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé ;
- il met le concurrent dans l'impossibilité de se fournir une solution alternative, ce qui fait de l'objet de la licence une « ressource essentielle » ²⁵¹⁸.

Ainsi l'abus est-il constitué dès lors que le titulaire de droits refuse de donner accès à un concurrent à des données dont ce dernier entend faire, sur un marché distinct dérivé, un usage distinct, profitable au public. À travers l'application de cette théorie, c'est la diffusion de l'information que protège la Cour, tout en tentant de maintenir un équilibre entre les droits exclusifs des titulaires et les droits des concurrents et du public.

709 *Mise en œuvre par les juridictions françaises* ◇ Les juridictions françaises ont appliqué la théorie des ressources essentielles à des biens informationnels, et en particulier à des bases de données protégées par un droit *sui generis*.

C'est ainsi que, dans un arrêt du 4 décembre 2001 ²⁵¹⁹, la Cour de

cassation a approuvé une cour d'appel ²⁵²⁰ d'avoir condamné France Télécom au versement d'une amende de 10 millions de francs pour avoir réclamé, en contrepartie d'un accès à ses fichiers d'abonnés, « des tarifs hors de proportion avec le coût des moyens techniques nécessaires ». Selon la Cour de cassation, « si le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur une base de données peut légitimement prétendre à une rémunération, il ne peut, lorsque cette base de données constitue une ressource essentielle pour des opérateurs exerçant une activité concurrentielle, subordonner l'accès à cette base de données au paiement d'un prix excessif ». Sur cette base, la haute juridiction a validé l'injonction faite à France Télécom de consentir des prix « orientés vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires ».

Cette affaire a connu de nombreux développements ultérieurs, parmi lesquels un arrêt de la cour d'appel de Paris ²⁵²¹, contre lequel un pourvoi a été rejeté ²⁵²². Dans ces décisions, les juges ont logiquement indiqué que la reconnaissance du caractère abusif du refus opposé par France Télécom de conclure un contrat de licence n'autorisait pas son concurrent à accéder librement, sans autorisation, aux données en cause, même qualifiées de ressources essentielles. Il fallait, pour cela, acquitter le prix imposé par le juge, c'est-à-dire la rémunération correspondant aux services rendus.

La théorie des ressources essentielles a également été adoptée par le juge administratif. En témoigne un arrêt rendu le 29 juillet 2002 par le Conseil d'État ²⁵²³, par lequel a été annulé un arrêté qui fixait les redevances d'accès à la base de données Système Informatique pour le Répertoire des Entreprises et des Établissements (SIRENE), gérée par l'INSEE, au motif que ce répertoire constituait pour les concurrents une ressource essentielle, de sorte que la fixation de tarifs ne leur permettant pas d'en faire une exploitation économique devait être qualifiée d'abus de position dominante.

710 ***Recherche d'un équilibre entre droits exclusifs et droit de la concurrence*** ◇ En dépit de sa généralisation progressive, l'application de la théorie des ressources essentielles ne peut cependant pas conduire à paralyser en toute hypothèse les droits exclusifs. C'est en ce sens qu'on peut souligner des décisions ayant refusé de l'appliquer, au motif que les conditions n'étaient pas réunies. Ainsi le tribunal de grande instance de Paris a-t-il refusé de faire droit aux demandes d'un concurrent du

PMU, qui invoquait un abus de position dominante : selon les juges, étant constaté que le PMU offrait un accès à sa base par abonnement et que son concurrent avait refusé une offre du PMU en ce sens, le refus opposé par le PMU à la demande de licence formulée par ce concurrent était justifié au regard de l'attitude du défendeur et ne constituait pas une réaction disproportionnée par rapport à la légitime protection de ses intérêts commerciaux, des intérêts de la filière hippique dont il assure le financement et du monopole sur les paris qui lui a été conféré ²⁵²⁴.

Dans le même sens, la cour d'appel de Versailles a énoncé très clairement que la notion de « ressource essentielle » avancée par le concurrent d'un producteur de bases de données pour soutenir que l'exercice du droit spécifique sur cette base devrait être limité, « ne peut recevoir application dès lors qu'en particulier, il n'est pas démontré ni même prétendu que les concurrents de cette société ne pourraient développer des bases de données comparables » ²⁵²⁵. On ne peut qu'approuver ce rappel de ce que l'application de la théorie des ressources essentielles suppose que le concurrent se trouve dans l'impossibilité de se fournir une solution alternative à des conditions économiquement raisonnables.

C'est encore à juste titre qu'un tribunal administratif a estimé que la décision d'un département de n'autoriser l'utilisation des fichiers numériques constitués par le service des archives départementales à partir de certains fonds d'archives publiques que lorsqu'il serait nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public ne constitue pas un abus de position dominante ²⁵²⁶.

711 Ainsi s'achève l'étude des valeurs immatérielles constituées par des créations intellectuelles. Ce Titre premier a révélé la diversité de ces créations, des plus artistiques aux plus utilitaires, et mis en lumière les enjeux que soulève leur protection dans l'environnement numérique.

Il convient à présent d'envisager les valeurs immatérielles de la société de l'information qui sont constituées par des signes distinctifs.

TITRE 2

LA PROTECTION DES SIGNES

CHAPITRE 1 LE DROIT DES MARQUES

CHAPITRE 2 LE DROIT DES NOMS DE DOMAINE

712 *Valeurs immatérielles industrielles* ◇ Les signes constituent des valeurs immatérielles qui s'inscrivent dans la sphère purement industrielle et commerciale, contrairement aux créations esthétiques. À ce titre, ils représentent une part importante de l'actif des entreprises, pour lesquelles ils constituent un instrument de fidélisation de la clientèle ²⁵²⁷.

713 *Notion de signe distinctif* ◇ On entend par « signe distinctif » tout signe (nom, logo, adresse web...) identifiant une entreprise, directement ou indirectement, et permettant ainsi aux consommateurs de distinguer les produits ou services qu'elle propose de ceux de ses concurrents. Les différents types de signes distinctifs sont :

- la marque, qui désigne des produits ou services ;
- la dénomination sociale, qui identifie une société ;
- le nom commercial, qui désigne un fonds de commerce ;
- l'enseigne, qui identifie le lieu d'une exploitation commerciale ;
- le nom de domaine, qui désigne l'adresse d'un site web (étant précisé que les noms de domaine ne sont pas nécessairement distinctifs) ;
- les indications géographiques, qui désignent l'origine géographique de produits.

Dans l'univers du commerce et du marketing, les signes jouent un rôle capital. Parmi ces signes, ce sont les marques et les noms de domaine qui présentent le plus d'importance pratique dans l'environnement numérique. Pour cette raison, ils seront l'objet principal des

développements de ce Titre. Les autres signes ²⁵²⁸ ne seront mentionnés qu'incidemment, lorsqu'ils présentent des rapports avec les marques et les noms de domaine.

714 ***Droit d'occupation*** ◇ Les différentes catégories de signes présentent plusieurs points communs. Parmi ceux-ci, il faut souligner que contrairement aux créations intellectuelles, les signes distinctifs ne relèvent pas fondamentalement d'un acte de création, mais d'un acte d'occupation. Il est vrai que le choix d'une marque peut résulter d'une activité créatrice (élaboration d'un nom, d'un logo...), mais cela n'est pas de l'essence des signes. Rien n'impose en effet que le signe soit original : contrairement aux créations esthétiques, un signe banal peut parfaitement être protégé à titre de marque (par exemple, Esprit) ou de nom de domaine (par exemple, <www.hotels.com>). L'essentiel est la disponibilité du signe : priorité est donnée, en principe, au premier occupant.

715 ***Importance économique dans l'univers numérique*** ◇ La vie des affaires ne peut plus se concevoir en dehors de l'univers numérique. Internet constitue en effet un terrain indispensable pour l'activité commerciale des entreprises ²⁵²⁹. En conséquence, plus encore que les créations intellectuelles, les signes distinctifs revêtent une importance extrême dans l'univers numérique. En tant qu'ils rattachent des produits ou services à des entreprises particulières, ils remplissent une double fonction. D'une part, ils permettent aux entreprises de se distinguer de leurs concurrentes en affirmant leur spécificité et en tentant d'associer à leur signe distinctif une qualité particulière. D'autre part, ils permettent aux consommateurs d'identifier l'origine commerciale des produits ou services qui leur sont proposés. La marque, et plus encore le nom de domaine ²⁵³⁰, constituent ainsi des « éléments incontournables d'identification d'une entreprise sur Internet » ²⁵³¹.

Une valeur économique considérable est attachée aux signes distinctifs. Ainsi les marques Apple, IBM, Microsoft et Facebook sont-elles respectivement évaluées à 185 milliards, 112 milliards, 70 milliards et 33 milliards de dollars ²⁵³². Quant aux noms de domaine, ils peuvent se vendre aux enchères pour des sommes énormes : le record de 14 millions de dollars pour l'achat en 2006 du nom de domaine <www.sex.com> a ainsi été battu en 2012 par l'achat pour 30 millions de

dollars du nom <PrivateJet.com>.

En raison même de cette valeur, marques et noms de domaine font l'objet de menaces nombreuses dans l'univers numérique : contrefaçon de marques attractives, réservation de mots-clés constitués par des marques prestigieuses, enregistrement à titre de noms de domaines de marques notoires, ou encore imitation de noms de domaine à succès, ne sont que quelques-uns des défis auxquels sont confrontés les titulaires de signes distinctifs. La protection des marques et des noms de domaine constitue donc un enjeu majeur dans l'environnement numérique.

716 ***Enjeux transnationaux*** ◇ Il est bien évident que le caractère mondial d'Internet est un facteur essentiel à prendre en compte ²⁵³³.

D'une part, le réseau permet une exploitation internationale des marques et des noms de domaine. L'ampleur de l'exploitation dépend de la volonté des titulaires de signes. De même que les déposants de marques peuvent opter pour des marques nationales ou des marques communautaires, ou encore choisir le système d'enregistrement international, les déposants de noms de domaine ont le choix entre des domaines nationaux (<.fr>, <.de> ...), un domaine européen (<.eu>) et des domaines dits « génériques » (<.com>, <.biz>, <.net> ...).

D'autre part, les atteintes aux marques et aux noms de domaines sur Internet sont également bien souvent transfrontalières, ce qui soulève des questions de droit international privé. En matière de noms de domaines, des procédures spécifiques d'arbitrage international offrent des solutions à ces difficultés.

717 ***Relations entre marques et noms de domaines*** ◇ Dans l'univers numérique, les marques et les noms de domaine présentent de nombreux points de contact. Ces points de contact peuvent être pacifiques :

– le nom constituant une marque peut être enregistré par son titulaire comme nom de domaine ²⁵³⁴. Un tel enregistrement, très fréquent, s'inscrit dans la logique de l'exploitation en ligne de la marque. Pour cette raison, une priorité à l'enregistrement (la *Sunrise Period*) est généralement accordée aux titulaires de marques lors de l'ouverture d'un domaine de premier niveau ²⁵³⁵ ;

– à l'inverse, un nom de domaine peut être déposé par son titulaire en tant que marque (par exemple, <lanouvellevague.com> ²⁵³⁶).

Les points de contact peuvent, à l'inverse, s'avérer conflictuels :

– tel est le cas notamment du *cybersquatting* ou du *typosquatting*, pratiques dans lesquelles un nom de domaine porte atteinte à une marque ;

– tel peut aussi être le cas lorsqu'une marque est enregistrée en violation des droits antérieurs portant sur un nom de domaine.

Il importera donc d'étudier les marques et les noms de domaine en attachant une importance particulière aux relations qu'ils entretiennent.

718 ***Droits fondamentaux*** ◇ Comme en matière de propriété littéraire et artistique, les règles applicables aux signes distinctifs doivent concilier différents droits fondamentaux d'égale valeur. Comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel en 2010, « en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services dans la vie économique et sociale, notamment pour ceux qui exercent leur activité en ligne, l'encadrement, tant pour les particuliers que pour les entreprises, du choix et de l'usage des noms de domaine sur Internet affecte les droits de la propriété intellectuelle, la liberté de communication et la liberté d'entreprendre » ²⁵³⁷. La même observation peut évidemment être faite à propos des marques ²⁵³⁸.

719 ***Plan du titre*** ◇ L'étude de la protection des signes mettra l'accent sur les enjeux liés à l'environnement numérique. En tenant compte des questions évoquées ci-dessus, on présentera successivement le droit des marques et le droit des noms de domaine, tout en analysant les rapports qu'ils entretiennent.

Chapitre 1 : Le droit des marques.

Chapitre 2 : Le droit des noms de domaine.

CHAPITRE 1

LE DROIT DES MARQUES

Section 1. LES CONDITIONS DE PROTECTION

§ 1. **Conditions de fond**

- A. Représentation graphique
- B. Caractère distinctif
- C. Licéité
- D. Disponibilité

§ 2. **Procédure d'enregistrement**

- A. Modalités du dépôt
- B. Examen de la demande
- C. Enregistrement ou refus d'enregistrement de la demande

§ 3. **Maintien du droit de marque**

- A. L'annulation de la marque
- B. La déchéance du droit de marque

Section 2. LE CONTENU DE LA PROTECTION

§ 1. **Les droits exclusifs**

- A. La protection ordinaire
- B. La protection des marques renommées

§ 2. **Les exceptions aux droits exclusifs**

- A. L'épuisement du droit de marque
- B. L'exception de référence nécessaire
- C. La publicité comparative
- D. La parodie
- E. Autres exceptions

Section 3. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION

§ 1. **L'action civile**

A. Action en contrefaçon

B. Action en parasitisme

§ 2. L'action pénale

720 *Sources nationales et communautaires* ◇ Le droit français des marques est codifié au Titre Premier du Livre VII de la Deuxième Partie du Code de la propriété intellectuelle (art. L. 711-1 à L. 717-7).

Le droit de l'Union européenne a également une importance considérable en la matière. Le droit des marques a, en effet, fait l'objet d'une harmonisation beaucoup plus poussée que le droit d'auteur. Deux textes sont essentiels à cet égard :

– la directive du 21 décembre 1988 ²⁵³⁹ (transposée en droit français par une loi du 4 janvier 1991 ²⁵⁴⁰), codifiée par la directive n° 2008/95 du 22 octobre 2008 ²⁵⁴¹, qui a rapproché les législations des États membres sur l'ensemble du droit des marques ;

– le règlement n° 40/94 du 20 décembre 1993 ²⁵⁴² sur la marque communautaire, remplacé à droit constant par le règlement n° 207/2009 du 26 février 2009 ²⁵⁴³, qui a institué un titre unitaire, la marque communautaire. Les dispositions relatives à ce titre ont été introduites en droit français par une ordonnance du 25 juillet 2001 ²⁵⁴⁴.

Ces deux textes – qu'il est question de réformer ²⁵⁴⁵ – sont complétés par une jurisprudence extrêmement abondante du Tribunal de première instance et de la Cour de justice de l'Union européenne. Les décisions, rendues en réponse à des questions préjudicielles en interprétation de la directive et du règlement, s'imposent aux juridictions nationales.

Dans la mesure où les règles de fond sont quasiment identiques, on présentera simultanément les dispositions applicables aux marques nationales et celles relatives aux marques communautaires.

721 *Coexistence des titres nationaux et communautaires* ◇ Le système des marques communautaires n'a pas pour vocation de remplacer celui des marques nationales. Au contraire, les deux types de marques coexistent. Les marques nationales sont soumises aux législations des États concernés, et les marques communautaires aux dispositions du règlement n° 207/2009, directement applicable. Aux termes de son article premier, la marque communautaire « produit les mêmes effets dans l'ensemble de la Communauté : elle ne peut être enregistrée, transférée, faire l'objet d'une renonciation, d'une décision de

déchéance des droits du titulaire ou de nullité, et son usage ne peut être interdit, que pour l'ensemble de la Communauté ».

Le choix de l'un ou l'autre type – qui peuvent également se superposer – dépend de l'étendue territoriale de la protection que les déposants souhaitent obtenir du signe.

722 *Sources internationales* ◇ Parmi les sources internationales du droit des marques, il sera fait référence dans ce Chapitre à la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle, signée le 10 mai 1883²⁵⁴⁶. Ce texte, non spécifique aux marques, ne prévoit qu'un nombre limité de règles de fond applicables aux marques, notamment aux articles 6 à 6 septies.

Par ailleurs, et surtout, les déposants ont la possibilité de recourir à un système d'enregistrement international des marques. Ce système a été mis en place par une convention dénommée l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques, conclu le 14 avril 1891. Un Protocole de Madrid, adopté le 27 juin 1989, propose un système alternatif qui, dans les faits, tend à se substituer à celui de l'Arrangement de Madrid. En effet, le Protocole comporte davantage de membres que l'Arrangement, et en particulier la Communauté européenne²⁵⁴⁷ et les États-Unis²⁵⁴⁸.

Au-delà de leurs différences²⁵⁴⁹, les grandes lignes de ces systèmes sont les suivantes. Toute demande d'enregistrement international suppose un enregistrement préalable de la marque concernée dans son pays d'origine (Arrangement de Madrid) ou une simple demande d'enregistrement nationale ou communautaire (Protocole de Madrid). La demande d'enregistrement international est formulée devant l'office national (ou communautaire selon le Protocole de Madrid) en question : le déposant désigne alors les pays dans lesquels il souhaite obtenir une protection. La demande est transmise au bureau international de l'OMPI qui, après en avoir vérifié la régularité, procède à l'enregistrement international de la marque. Cet enregistrement produit, dans chaque pays désigné, l'effet d'une demande d'enregistrement national (ou communautaire selon le Protocole de Madrid) indépendante, examinée selon la procédure locale. Ainsi les systèmes d'enregistrement international permettent-ils d'effectuer un seul dépôt pour une multitude de marques dans le monde.

Ces multiples marques sont toutefois soumises au sort de

l'enregistrement national (ou communautaire) de base. En effet, si ce dernier disparaît au cours des cinq premières années, l'enregistrement international disparaît également, ainsi que, par voie de conséquence, tous les enregistrements nationaux prononcés sur ce fondement. Le déposant devra alors effectuer des demandes nationales d'enregistrement dans tous les États où il souhaite conserver une protection, étant précisé que selon le Protocole de Madrid, il bénéficie d'une date de priorité qui est celle de l'enregistrement international.

723 *Nature juridique du droit de marque* ◇ Le droit de marque constitue un droit exclusif permettant à son titulaire d'interdire aux tiers de faire un usage non autorisé du signe protégé. Il s'agit donc d'un monopole d'exploitation, aux contours définis par la loi (et la jurisprudence). À l'instar du droit de propriété corporelle, ce droit de propriété intellectuelle bénéficie de la protection fondamentale accordée à la propriété par la Constitution. Ainsi, comme l'a indiqué le Conseil constitutionnel ²⁵⁵⁰, « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ à des domaines nouveaux ; [...] parmi ceux-ci figure le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France ». Dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que le droit au respect des biens s'appliquait à la propriété intellectuelle en tant que telle. Concernant les marques, elle a précisé que la simple demande d'enregistrement constitue un « bien » au sens du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme ²⁵⁵¹. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, quant à elle, consacre expressément la propriété intellectuelle au rang de droit fondamental, dans son article 17, alinéa 2.

En tant que bien objet d'un droit de propriété, la marque peut notamment faire l'objet de cessions ou de licences.

Cette qualification ne conduit toutefois pas à une protection absolue. Comme le droit d'auteur, le droit de marque doit être concilié avec des droits et impératifs d'égale valeur telles que la liberté de commerce et d'entreprise, la liberté de communication ou encore la protection de la santé publique ²⁵⁵².

724 *Plan du chapitre* ◇ Cette recherche de conciliation soulève des difficultés notables sur Internet, terrain par excellence du commerce et de la communication. L'étude de la protection des marques dans l'environnement numérique suppose par conséquent qu'une attention particulière soit portée à l'influence des réseaux sur l'application des mécanismes de base du droit des marques.

C'est dans cette perspective que l'on présentera successivement les conditions de la protection des marques (Section 1), le contenu de la protection (Section 2), et la mise en œuvre de la protection (Section 3).

SECTION 1. LES CONDITIONS DE PROTECTION

725 *Plan de la Section* ◇ En droit français comme en droit de l'Union européenne, l'obtention du droit de marque est soumise à des conditions de fond (§ 1) ainsi qu'au respect d'une procédure d'enregistrement (§ 2). La protection suppose, également, une fois la protection obtenue, que le droit de marque soit maintenu (§ 3).

§ 1. Conditions de fond

726 *Quadruple exigence* ◇ Le Code de la propriété intellectuelle comme le règlement n° 207/2009 soumettent la marque à une quadruple exigence : le signe la constituant doit être susceptible de représentation graphique (A), distinctif (B), licite (C) et disponible (D).

A. Représentation graphique

727 *Source* ◇ L'exigence fondamentale de représentation graphique du signe constituant la marque est contenue dans la définition même de la marque. Ainsi l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose-t-il que « la marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale ». Dans le même sens, l'article 4 du règlement n° 207/2009 indique que « peuvent constituer des marques communautaires tous les signes susceptibles d'une représentation graphique ».

728 ***Diversité des signes susceptibles de représentation graphique*** ◇

Les deux textes précités donnent une liste non exhaustive des différents types de signes pouvant constituer des marques à condition de pouvoir être représentés graphiquement. L'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose ainsi dans son alinéa 2 que :

« Peuvent notamment constituer un tel signe :

a) Les dénominations sous toutes les formes telles que : mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles ;

b) Les signes sonores tels que : sons, phrases musicales ;

c) Les signes figuratifs tels que : dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, 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 ».

L'article 4 du règlement n° 207/2009 contient une disposition similaire.

Cette exigence s'explique par la nécessité d'identifier exactement les marques enregistrées, afin d'en déterminer l'étendue de la protection, dans un objectif de sécurité juridique, aussi bien pour les titulaires de marques que pour les autorités publiques et les opérateurs économiques concurrents ²⁵⁵³.

729 ***Caractère non exhaustif de la liste : marques olfactives ?*** ◇

Les signes énumérés ci-dessus sont perceptibles soit par la vue, soit par l'ouïe. Mais comme en témoigne l'adverbe « notamment », la liste n'est pas exhaustive. Cela signifie que d'autres signes, perceptibles par d'autres sens, doivent pouvoir constituer des marques valables dès lors qu'ils sont susceptibles d'une représentation graphique.

On a ainsi pu songer à des marques olfactives. L'Office d'harmonisation du marché intérieur (OHMI) a ainsi enregistré à titre de marques communautaires l'odeur de l'herbe fraîchement coupée ²⁵⁵⁴ ou encore un arôme de framboise ²⁵⁵⁵. La validité de telles marques a fait l'objet d'une question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'Union européenne. Dans un arrêt *Sieckmann* ²⁵⁵⁶ du 12 décembre 2002, la Cour a reconnu que la directive d'harmonisation du droit des marques, si elle ne mentionne pas les signes qui ne sont pas en eux-mêmes susceptibles

d'être perçus visuellement, tels que les odeurs, ne les exclut cependant pas expressément, si bien que « peut constituer une marque un signe qui n'est pas en lui-même susceptible d'être perçu visuellement ». Toutefois, la validité d'un tel signe est subordonnée à la condition « qu'il puisse faire l'objet d'une représentation graphique, en particulier au moyen de figures, de lignes ou de caractères, qui soit claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective ». Or, pour la Cour, « s'agissant d'un signe olfactif, les exigences de la représentation graphique ne sont pas remplies par une formule chimique, par une description au moyen de mots écrits, par le dépôt d'un échantillon d'une odeur ou par la combinaison de ces éléments ».

En conséquence, faute de moyen de représentation graphique, les marques olfactives sont *de facto* exclues de l'enregistrement ²⁵⁵⁷. En toute hypothèse, la question a peu d'importance dans l'environnement numérique, étant donné que seules peuvent y être utilisées des marques perceptibles par la vue ou par l'ouïe.

730 ***Marques présentes dans l'environnement numérique :***

panorama ◇ Les marques présentes dans l'environnement numérique sont principalement des signes verbaux et figuratifs que l'on trouve reproduits sur les sites web.

S'agissant des signes verbaux figurent des noms de fantaisie (Coca-Cola), des noms communs (Orange), des patronymes (Lacoste), des mots étrangers ²⁵⁵⁸ (Apple), des noms géographiques (Mont Blanc), des slogans (« C'est tout ce que j'aime »), des titres – lesquels peuvent également être protégés par le droit d'auteur (*Angélique marquise des Anges* ²⁵⁵⁹, *Goldorak* ²⁵⁶⁰), cette dernière protection pouvant, le cas échéant, perdurer après la perte du droit de marque ²⁵⁶¹ –, des lettres (IBM) ou encore des chiffres (29 ²⁵⁶²).

S'agissant des marques figuratives, on trouve des dessins ou logos (le *swoosh* de Nike, le crocodile de Lacoste), ainsi que des formes reproduites en deux dimensions sur les sites web (la bouteille de Perrier) ou encore des nuances de couleurs particulières (l'orange d'Orange, le bleu de Décathlon...). Ces deux derniers types de marques soulèvent des difficultés spécifiques, qui seront exposées ci-dessous ²⁵⁶³.

Il est possible de combiner un signe verbal avec un signe figuratif : la marque est alors dite « semi-figurative ». Innombrables sont les marques de ce type sur Internet (par exemple, les marques de McDonald's,

d'Apple ou encore de Google).

Enfin, on trouve également sur les sites web des marques sonores (par exemple, le *jingle* publicitaire que l'on entend lorsque l'on accède au site web de la marque Dim). Le développement des sites multimédia contribue d'ailleurs à la recherche par de nombreux titulaires de marque d'une nouvelle identité sonore en vue d'une meilleure identification par le public ²⁵⁶⁴. L'application aux marques sonores de la condition de représentation graphique soulève quelques difficultés qui seront évoquées ci-dessous ²⁵⁶⁵.

Après ce rapide panorama, il convient d'examiner plus en détail les différents types de marques présentes sur Internet.

731 *Marques composées de noms de domaine* ◇ Il est logique et banal, pour le titulaire d'une marque, de vouloir obtenir un nom de domaine identique, ou à tout le moins très similaire, à la marque. De façon plus originale, une fois le nom de domaine obtenu, certains titulaires choisissent également de déposer ce nom de domaine à titre de marque ²⁵⁶⁶.

Un tel dépôt est parfaitement valide, pourvu que le signe remplisse les conditions de validité de la marque ²⁵⁶⁷. En effet, rien n'interdit qu'une marque soit constituée d'un nom de domaine. Il s'agit, tout simplement, d'un type particulier de marque verbale. La marque peut également être semi-figurative : dans ce cas, le déposant adjoint au nom de domaine le logo ou dessin caractéristique de ses produits ou services. La représentation graphique de ces marques ne soulève aucune difficulté.

L'intérêt du dépôt à titre de marque du nom de domaine est d'offrir à ce dernier la protection, plus forte, que confère le droit des marques à ses titulaires. La marque constitue en effet un droit de propriété, privatif, opposable à tous, sanctionné par une action en contrefaçon, tandis que le nom de domaine, comme est sera développé dans le Chapitre 2 de ce Titre, n'est protégé que par une action en responsabilité civile non spécifique.

L'examen de la pratique en la matière révèle que de nombreuses entreprises dont l'activité s'effectue sur Internet ont ainsi choisi de déposer leurs noms de domaines à titre de marques. Par exemple, une recherche sur la base de données de l'INPI des marques composées des termes <vente-privee.com> donne neuf résultats, parmi lesquels la marque verbale <vente-privee.com> ²⁵⁶⁸ ainsi que quatre marques semi-

figuratives, françaises ²⁵⁶⁹ et communautaires ²⁵⁷⁰, composées du nom de domaine ainsi que d'un logo rose. De même, les entreprises de vente en ligne Cdiscount et Rue du commerce sont titulaires de marques constituées par leurs noms de domaine ²⁵⁷¹. Ainsi, à la protection par le droit d'auteur des différents éléments, voire de l'ensemble, des sites web, s'ajoute une protection par le droit des marques de leur adresse.

732 *Marques composées de couleurs* ◇ Sur Internet comme ailleurs, les couleurs constituent un très fort outil de marketing pour les entreprises. Elles permettent en effet aux consommateurs d'identifier l'origine des produits qui leur sont proposés.

L'enregistrement de couleurs à titre de marques est prévu par le Code de la propriété intellectuelle, qui vise dans son article L. 711-1 les « dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs ». Il n'est pas prévu expressément dans le règlement n° 207/2009, mais le caractère non exhaustif de l'énumération de l'article 4 permet de faire entrer les couleurs parmi les signes pouvant constituer des marques.

Mais l'enregistrement d'une couleur à titre de marque est porteur d'un risque. En effet, en s'appropriant une couleur, une entreprise pourrait obtenir un monopole sur cette dernière, et empêcher tous ses concurrents d'utiliser cette couleur – ou des couleurs voisines – pour désigner des produits similaires. Consciente de ce danger, la Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt *Libertel* ²⁵⁷² du 6 mai 2003, a indiqué qu'« il est nécessaire de tenir compte de l'intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé ». Cela signifie concrètement que seules des nuances (ou combinaisons ²⁵⁷³) particulières et précises ²⁵⁷⁴ de couleurs doivent pouvoir être déposées, et que les couleurs primaires ne peuvent être monopolisées ²⁵⁷⁵.

En ce qui concerne les modalités de la représentation graphique des couleurs, la Cour, dans le même arrêt, a exclu la représentation par un simple échantillon, au motif qu'« un échantillon d'une couleur peut s'altérer avec le temps ». Bien que cet argument ne s'applique qu'aux supports papier, et soit critiquable en ce qui concerne les dépôts numériques de marques, la Cour de justice en a déduit que « le dépôt d'un échantillon d'une couleur ne constitue pas en lui-même une représentation graphique ». En revanche, une représentation graphique

claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective peut être obtenue par « la désignation de cette couleur par un code d'identification internationalement reconnu », tel que le code « Pantone ». L'arrêté du 2 septembre 2008 ²⁵⁷⁶ qui a consacré le dépôt électronique des marques françaises impose d'ailleurs la mention d'un code d'identification internationalement reconnu des couleurs déposées en tant que marques.

La solution dictée par la CJUE a été reprise par les tribunaux français. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle validé l'enregistrement par la société Décathlon d'une marque constituée de la couleur « pantone process blue quadri cyan 100 % » ²⁵⁷⁷.

L'enregistrement d'une nuance de couleur en tant que marque est particulièrement utile dans l'environnement numérique, dans la mesure où elle permet de protéger l'identité visuelle spécifique du site web de l'entreprise.

733 ***Marques sonores*** ◇ La question des modalités de la représentation graphique se pose également à propos des marques sonores. Comment, en effet, représenter de telles marques ? À nouveau, c'est la Cour de justice de l'Union européenne qui a apporté les éléments de réponse. Dans son arrêt *Shield Mark* ²⁵⁷⁸ du 27 novembre 2003, la Cour, ayant rappelé que la représentation graphique doit être « claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective », a indiqué que « s'agissant d'un signe sonore, il n'est pas satisfait à ces exigences lorsque le signe est représenté graphiquement au moyen d'une description recourant au langage écrit telle que l'indication que le signe est constitué des notes composant une œuvre musicale connue ou l'indication qu'il est le cri d'un animal, ou au moyen d'une simple onomatopée sans autre précision, ou au moyen d'une succession de notes de musique sans autre précision. En revanche, il est satisfait auxdites exigences lorsque le signe est représenté au moyen d'une portée divisée en mesures et sur laquelle figurent, notamment, une clé, des notes de musique et des silences dont la forme indique la valeur relative et, le cas échéant, des altérations ».

Cette jurisprudence permet donc aisément l'enregistrement de marques sonores, pourvu que les sons soient représentés par des portées musicales.

- 734 Après l'exigence de représentation graphique, la deuxième condition de validité de la marque réside dans le caractère distinctif du signe.

B. Caractère distinctif

- 735 *Sources et justification de l'exigence* ◇ L'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que la marque est « un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale ». De même, le règlement n° 207/2009 prévoit dans son article 4 que peuvent constituer des marques communautaires tous les signes « propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises », et indique à son article 7, § 1, b), que les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif sont refusées à l'enregistrement.

Le caractère distinctif du signe constitue ainsi une condition fondamentale de validité de la marque. Cela s'explique par le fait que, s'il n'est pas distinctif, le signe ne peut remplir la fonction de la marque, qui est précisément de distinguer des produits ou services d'une entreprise de ceux des autres entreprises. Par ailleurs, un signe qui n'est pas distinctif ne doit pas pouvoir être monopolisé par un seul opérateur économique au détriment des autres, mais doit rester à la disposition de tous.

- 736 *Appréciation par rapport aux produits désignés* ◇ La distinctivité de la marque ne s'apprécie pas en soi, de manière absolue, mais à l'égard des produits ou services désignés, comme le précise l'article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle.

Cette règle s'explique par la portée relative de la marque, qui – sous réserve de la protection des marques renommées ²⁵⁷⁹ – ne confère un droit à son titulaire que « pour les produits et services qu'il a désignés » (art. L. 713-1). Cette portée relative, également appelée « principe de spécialité » ²⁵⁸⁰, signifie que la marque ne confère pas un droit absolu sur un signe envisagé en soi, mais toujours seulement en relation avec une catégorie particulière de produits ou services. Le principe de spécialité vise à exclure l'obtention de monopoles absolus sur des signes indépendamment des produits commercialisés : cela porterait une restriction excessive à la liberté du commerce.

La conséquence de cette règle sur l'examen du caractère distinctif de

la marque est que l'appréciation doit s'effectuer *in concreto*, au cas par cas, le signe que le déposant souhaite enregistrer étant rapporté aux produits ou services désignés. Cela signifie qu'un même signe pourra être jugé distinctif pour certains produits, mais à l'inverse dépourvu de distinctivité pour d'autres. Par exemple, le nom « e-mail » ²⁵⁸¹ ne serait pas distinctif pour désigner des services de messagerie électronique, mais le serait pour désigner des vêtements.

737 *Appréciation dans l'Union européenne* ◇ Dans le cas des marques communautaires, le caractère distinctif s'apprécie à l'échelle de l'Union européenne. Or, en raison de l'existence de langues et de cultures différentes au sein de l'Union, un signe peut par exemple être distinctif pour le public francophone mais être dépourvu de distinctivité pour le public anglophone.

L'article 7, § 2, du règlement n° 207/2009, indique qu'une marque ne peut être enregistrée dès lors qu'elle est dépourvue de caractère distinctif ne serait-ce dans une partie de la Communauté. Cela s'explique par l'effet unitaire qu'a la marque communautaire, qui doit donc être à même de remplir sa fonction sur tout le territoire de l'Union européenne. C'est ainsi, par exemple, que la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que la marque BioID désignant des « logiciels servant à assurer des processus d'identification informatique » était dépourvue de distinctivité, au motif que le public de langue anglaise comprenait l'expression dans le sens de « *biometrical identification* » (identification biométrique) ²⁵⁸².

738 *Contenu de la distinctivité* ◇ La distinctivité d'une marque désigne le caractère arbitraire du signe par rapport aux produits ou services désignés. C'est ce caractère arbitraire qui permet au signe d'être véritablement perçu en tant que marque par le public.

Le caractère distinctif ne se confond pas avec l'originalité ou la nouveauté, la marque n'étant pas une création comme les œuvres de l'esprit, mais un droit d'occupation. Comme l'a indiqué la Cour de justice de l'Union européenne, « l'enregistrement d'un signe en tant que marque n'est pas subordonné à la constatation d'un certain niveau de créativité ou d'imagination linguistique ou artistique de la part du titulaire de la marque. Il suffit que la marque permette au public pertinent d'identifier l'origine des produits ou des services protégés par celle-ci et de les

distinguer de ceux d'autres entreprises » ²⁵⁸³. Ainsi un terme banal tel qu'un nom commun peut-il être distinctif dès lors que son choix est arbitraire au regard des produits visés.

739 *Approches négative et positive de la distinctivité* ◇ Le Code de la propriété intellectuelle définit le caractère distinctif d'une marque de façon négative, en énumérant à l'article L. 711-2 les cas de figure dans lesquelles les signes sont dépourvus de caractère distinctif (1). Pour autant, en application du droit de l'Union européenne, cette approche négative ne doit pas exclure une approche positive de la distinctivité, envisagée indépendamment des hypothèses de non-distinctivité (2).

1. Signes dépourvus de caractère distinctif

740 *Énumération légale* ◇ L'article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle ainsi que l'article 7, § 1, c), d) et e), énumèrent trois catégories de signes qui sont dépourvus de caractère distinctif. Il s'agit :
– des signes génériques ;
– des signes descriptifs ;
– des formes fonctionnelles.

741 *Signes génériques* ◇ La première catégorie de signes non distinctifs est constituée des « signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service », selon les termes de l'article L. 711-2, a), du Code de la propriété intellectuelle. L'article 7, § 1, d), du règlement n° 207/2009 vise, quant à lui, « les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications devenus usuels dans le langage courant ou dans les habitudes loyales et constantes du commerce ».

La justification de cette exclusion réside dans la double nécessité de voir les marques remplir leur fonction de distinction et de préserver la liberté du commerce et de l'industrie en excluant des monopoles portant sur des signes nécessaires à tous.

742 *Appréciation du caractère générique* ◇ L'appréciation du caractère générique ou non d'une marque est nécessairement un exercice subjectif pour l'office d'enregistrement ou, dans le cas d'une action en nullité,

pour le juge. L'un comme l'autre doivent évaluer la perception qu'a le public de référence du signe : le comprend-il comme la désignation usuelle des produits ou services concernés ?

À titre d'illustration dans le domaine des technologies de l'information et de la communication, on peut citer les quelques décisions suivantes.

743 *Illustrations dans le domaine des nouvelles technologies : marques génériques* ◇ Ont été jugées génériques les marques :

– « E-mailing » pour désigner des services de marketing par e-mail, au motif que le terme, avec ou sans tirer entre le « e » et le terme « mailing », est d'un usage courant pour le public, si bien que le dépôt de cette marque s'assimilait à la « volonté d'opposer aux concurrents une marque de barrage » ²⁵⁸⁴ ;

– « E-learning », néologisme venu des États-Unis désignait déjà, en France, l'acquisition de connaissances assistée par ordinateur ou via Internet au moment où le déposant avait enregistré la marque ²⁵⁸⁵ ;

– « Texto », terme qui était « avant le dépôt de la marque en cause la désignation usuelle dans le langage courant d'un service de messagerie par téléphone » ²⁵⁸⁶ ;

– <defiscalisation.com> pour désigner des services en ligne de gestion d'affaires financières et immobilières, aux motifs que nonobstant la suppression de l'accent sur la première voyelle, le terme « defiscalisation » se lit comme si l'accent avait été utilisé, que le terme était usuel pour désigner un type d'opérations tendant à réaliser des gains fiscaux, et que le rajout du mot <.com>, lui-même entré dans la langue usuelle, ne saurait davantage conférer un caractère distinctif à la marque querellée ²⁵⁸⁷ ;

– « SpeedDating », nom qui était déjà, avant le dépôt, « la désignation usuelle et générique, non seulement pour la presse, mais aussi dans le langage courant français, d'un service de rencontres rapides entre célibataires », si bien que son enregistrement est dépourvu de caractère distinctif pour les services de l'organisation d'événements relationnels et de l'organisation de rencontres rapides pour les particuliers et les professionnels ²⁵⁸⁸ ;

– « Comptafacile », signe désignant un logiciel de comptabilité, au motif que « le dénominatif Comptafacile constitue usuellement et exclusivement, dans le langage courant, la contraction du mot “comptabilité”, et que l'adjectif “facile” qui lui est accolé au sein de

l'expression "Comptafacile" a pour fonction de le qualifier ; qu'il s'ensuit [...] que l'expression "Comptafacile" ne forme pas un néologisme dès lors qu'elle n'est dotée d'aucun sens nouveau mais conserve la signification première et usuelle qui découle de l'association du nom commun "Compta" et de l'adjectif qualificatif "facile" » ²⁵⁸⁹ ;

– <vente-privee.com> désignant des services de vente consistant à offrir lors d'événements limités dans le temps, à un public restreint, parrainé, des produits de marque en nombre limité provenant d'un destockage, sans que l'adjonction de la désinence <.com> suffise à rendre le signe distinctif ²⁵⁹⁰ .

744 *Illustrations dans le domaine des nouvelles technologies : marques non génériques* ◇ En sens contraire, ont été jugées dépourvues de caractère générique les marques :

– « Infotel » désignant des services de renseignement télématique accessibles au public, au motif que le néologisme formé à partir des termes « informatique » et « télématique », même à supposer qu'eux-mêmes soient génériques ou usuels, n'est pas un terme générique pour désigner les services en cause ²⁵⁹¹ ;

– « L'annuaire des villes » et « l'annuaire de ville », expressions ne constituant pas exclusivement, dans le langage courant ou professionnel, la désignation nécessaire, générique ou usuelle des annuaires en cause ²⁵⁹² ;

– « DivX » désignant un « codec » (algorithme de compression et décompression de fichiers vidéo), aux motifs qu'à la date du dépôt, le terme était parfaitement arbitraire, qu'il visait exclusivement les produits de la société éponyme, soit le codec en particulier ou plus généralement l'ensemble des produits issus de la technologie de compression/décompression des fichiers vidéo mise au point par cette société, et qu'en aucun cas, le terme DIVX n'était utilisé pour désigner les produits des sociétés concurrentes, de telle sorte que le signe n'était pas à la date du dépôt de la marque la dénomination nécessaire, générique ou usuelle des produits couverts par l'enregistrement ²⁵⁹³ ;

– « Webshipping » désignant des services ayant trait à la logistique et à la transmission d'informations, dans la mesure où, à la date du dépôt en 2000, le public français ne percevait pas la signification du terme *shipping* en langue anglaise ²⁵⁹⁴ (naturellement, un tel signe ne pourrait valablement constituer une marque communautaire) ;

– « fax2 mail » désignant un service de messagerie simplifiée permettant la réception de télécopies dans la boîte e-mail de l'utilisateur, au motif que si les termes « fax » et « mail » étaient communément utilisés à la date du dépôt, dans le langage professionnel comme dans le langage courant, pour désigner respectivement les télécopies et les courriers électroniques et si, par ailleurs, le chiffre 2 renvoie, dans la langue anglaise, à la préposition « to » qui indique un mouvement, ces éléments ne suffisaient pas à démontrer que le signe, pris intrinsèquement, constituait à la date de son dépôt à titre de marque, la désignation générique du service visé ²⁵⁹⁵ ;

– « KIDS PAD » désignant des tablettes numériques pour enfants, au motif – très discutable – que « même à supposer que le grand public qui constitue le public concerné fasse la traduction, ce qui n'est pas évident, le résultat obtenu, « enfants manette » ou « manette pour enfants » (sic) n'est pas la désignation évidente de ce produit » ²⁵⁹⁶ .

745 *Signes descriptifs* ◇ La deuxième catégorie de signes réputés non distinctifs est constituée des « signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service », selon les termes de l'article L. 711-2, b), du Code de la propriété intellectuelle, ainsi que ceux, très voisins, de l'article 7, § 1, c), du règlement n° 207/2009.

Les justifications de cette exclusion sont les mêmes que pour les signes usuels : les marques descriptives ne sont pas aptes à distinguer les produits, et ne doivent pas être monopolisées alors qu'elles sont indispensables à tous.

Il en va de même pour l'appréciation du caractère descriptif d'une marque, fondée sur la perception du public de référence. Dès lors que ce public perçoit un signe comme une description des produits ou d'une de leurs caractéristiques, la marque sera jugée dépourvue de caractère distinctif.

746 *Illustrations dans le domaine des nouvelles technologies : marques descriptives* ◇ Les exemples jurisprudentiels sont multiples, notamment en ce qui concerne les marques composées de noms géographiques, qui peuvent être descriptives de l'origine des produits ²⁵⁹⁷ .

Dans le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication, on peut citer les décisions suivantes à titre d'illustration : ont été jugées descriptives les marques :

- Multimédia pour désigner des services diffusés par différents médias ²⁵⁹⁸ ;

- DVD pour des lecteurs de disques vidéo ²⁵⁹⁹ ;

- Gay et Gay info services, désignant le public auquel étaient destinés les services de communication et d'information désignés ²⁶⁰⁰ ;

- « Texto, dites-le en toutes lettres, dites-le texto », décrivant « une caractéristique du service désigné au dépôt », à savoir « la façon d'envoyer un message texte pour des services de messagerie par téléphone » ²⁶⁰¹ ;

- <DICT.fr>, marque composée de l'acronyme de « Déclaration d'Intention et de Commencement de Travaux », qui désigne dans le langage professionnel les formalités déclaratives rendues obligatoires par décret pour l'exécution de certains travaux ainsi que les formulaires y afférents ²⁶⁰² ;

- <Photo.com>, désignant des produits ou services liés à la photographie, dès lors que ce signe est perçu d'emblée par le public pertinent « comme étant le nom de domaine correspondant à un site Internet où des photos peuvent être téléchargées et non comme désignant l'origine commerciale des produits et des services concernés » ²⁶⁰³ .

747 ***Illustrations dans le domaine des nouvelles technologies : marques non descriptives*** ◇ La sévérité de cette dernière décision

contraste avec d'autres arrêts dans lesquels, à l'inverse, des marques ont été jugées non pas descriptives, mais simplement évocatrices. Ainsi :

- quoique le signe « IES » soit l'acronyme de *Injection Électronique System*, expression servant à désigner un type de moteur de véhicule automobile ou de motocyclette et décrivant en conséquence une caractéristique des produits couverts par ce signe, la marque est valable dans la mesure où le signe IES n'était pas, lors de son dépôt, connu par le consommateur de la catégorie de produits et services concernés pour signifier *Injection Électronique System* et perçu comme désignant un type de moteur et partant, une caractéristique d'un véhicule automobile ²⁶⁰⁴ ;

- le signe « Femme » a été jugé « tout au plus évocateur du public visé » par les publications en cause ²⁶⁰⁵ – décision dont le rapprochement

avec l'affaire *Gay* précitée jette le doute quant aux critères d'appréciation du caractère distinctif d'une marque ;

- les marques Mektoub et Mektoubé (terme signifiant « destin » en arabe) ont été jugées distinctives pour désigner des services de rencontres amoureuses sur Internet, au motif que le terme, « même s'il est évocateur du rôle du destin dans la rencontre amoureuse, présente un caractère suffisamment distinctif pour identifier l'origine des services » en cause ²⁶⁰⁶ ;

- la marque Santnet désignant des services dans le domaine de la santé a été qualifiée de « néologisme, simplement évocateur, constitué de deux termes, Santé et Net, lesquels constituent une originalité par le fait de leur association nouvelle et de leur absorption partielle de l'un par l'autre » ²⁶⁰⁷ ;

- la marque Hotmail désignant des services de messagerie électronique a été jugée distinctive lors de son dépôt, au motif, assez surprenant, que si le terme « hot », évoquant « une idée de fraîcheur de l'information », désignait « une qualité du courrier électronique qui parvient rapidement et aisément à son destinataire », en revanche, le terme « mail » « ne pouvait être compris en 1999, alors que le réseau Internet n'avait pas encore connu le développement qui est le sien, comme une forme elliptique du terme “email” » ²⁶⁰⁸ .

- la marque DEMAT-RH désignant des services de conception et développement de logiciels, au motif que ce signe « ne décrit pas un logiciel apte à permettre de dématérialiser les documents relatifs aux employés d'une entreprise ou les prestations de service relatives à son élaboration et à son fonctionnement, mais tout au plus le suggère-t-il » ²⁶⁰⁹ ;

- la marque Free désignant « un service télématique grand public, messagerie conviviale, petites annonces, service de stockage, de réception et de diffusion de messages », au motif que « si le terme "Free" peut être connu du consommateur français, il est dépourvu de sens précis de sorte qu'il ne permet pas d'évoquer la qualité essentielle des produits et services visés » ²⁶¹⁰ .

748 *Marques complexes distinctives* ◇ En application de l'article 3, § 1, de la directive n° 2008/95, ne sont exclues de l'enregistrement que les marques constituées *exclusivement* de signes génériques ou descriptifs. On trouve la même précision à l'article 7 du règlement n° 207/2009. Cela

signifie qu'un signe générique ou descriptif peut être enregistré en tant que partie d'une marque complexe qui lui adjoint des éléments arbitraires, pourvu que l'ensemble soit distinctif. Peu importe à cet égard que tous les éléments composant la marque soient génériques ou descriptifs, dès lors que l'ensemble ne l'est pas ²⁶¹¹.

C'est ainsi qu'ont été jugées valides les marques :

- SAT. 2, désignant des services de communication par satellite, au motif que l'expression dans son ensemble est distinctive, bien que composée d'éléments qui, pris isolément, sont dépourvus de caractère distinctif ²⁶¹² ;

- Emailing France, grâce à l'adjonction du terme « France » au mot générique « Emailing », pour désigner des services de marketing par e-mail ²⁶¹³ ;

- L'annuaire des villes et L'annuaire de ville, jugées distinctives pour désigner une publication de textes publicitaires de type « annuaire », « dès lors que les termes “de ville” ou “des villes” sont associés au mot annuaire et sont pourvus, à l'égard du produit désigné par ce mot, d'un caractère arbitraire » ²⁶¹⁴.

Naturellement, la protection accordée à la marque complexe ne s'étend pas aux éléments génériques ou descriptifs envisagés seuls. Ainsi la cour d'appel de Versailles a-t-elle refusé de considérer que la reprise du nom « Élancourt » dans un nom de domaine constituait une contrefaçon de la marque Ville d'Élancourt Yvelines, au motif que ce terme était dépourvu de caractère distinctif et ne pouvait être protégé en tant que tel ²⁶¹⁵. De même la reproduction du terme « plagne » dans le nom de domaine <plagne.com> n'a-t-elle pas été qualifiée de contrefaçon de la marque « La Plagne, toute la montagne en 10 stations », dès lors que le terme était utilisé comme nom commun pour désigner une petite plaine en pays de montagne ou comme nom géographique ²⁶¹⁶.

749 *Ajout d'un TLD* ◇ En application de cette règle, on peut se demander si l'ajout d'un TLD (*top level domain*), c'est-à-dire d'un suffixe tel que <.com>, <.fr> ou <.org> à un signe non distinctif suffit à rendre l'ensemble distinctif. En d'autres termes, cela permet-il d'enregistrer à titre de marque un nom de domaine non distinctif ?

La réponse est sans conteste négative, dans la mesure où ces suffixes, trop usuels, ne sont en mesure de conférer un caractère distinctif à

aucune marque ²⁶¹⁷. Ainsi en a jugé la cour d'appel de Paris à propos de la marque <defiscalisation.com>, que l'ajout du mot <.com> ne suffisait pas à purger de son caractère générique ²⁶¹⁸. Dans le même sens, le Tribunal de l'Union européenne a indiqué que le fait d'accoler l'élément <.com> à un terme descriptif et dépourvu de caractère distinctif (tels que « photos ») « n'a pas pour effet de rendre le signe distinctif dans son ensemble » ²⁶¹⁹.

En conséquence, un nom de domaine non distinctif, s'il est valable en tant que tel ²⁶²⁰, ne peut être enregistré en tant que marque.

750 *Date d'appréciation et acquisition du caractère distinctif* ◇ En tant que condition de validité de la marque, le caractère distinctif du signe s'apprécie au jour du dépôt de la demande d'enregistrement, et non pas au jour où est invoquée, le cas échéant, la nullité de la marque ²⁶²¹.

Toutefois, ce principe doit être nuancé par l'application de la règle, formulée à l'article L. 711-2, *in fine*, du Code de la propriété intellectuelle, et l'article 7, § 3, du règlement n° 207/2009, selon laquelle le caractère générique ou descriptif d'une marque peut être purgé par l'usage ²⁶²².

Par ailleurs, l'article 52, § 2, du règlement n° 207/2009 prévoit que lorsqu'une marque communautaire a été enregistrée malgré son caractère générique, descriptif ou non distinctif, elle ne peut toutefois être déclarée nulle si, par l'usage qui en a été fait, elle a acquis après son enregistrement un caractère distinctif pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée.

751 *Formes fonctionnelles* ◇ La troisième catégorie de signes non distinctifs consiste en les « signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle », selon les termes de l'article L. 711-2, c), du Code de la propriété intellectuelle. L'article 7, § 1, e), du règlement n° 207/2009 comporte une disposition similaire.

Ce motif de refus présente une importance moindre dans l'environnement numérique, en raison du faible nombre de marques tridimensionnelles. On se limitera à indiquer que cette exclusion se justifie par le fait que les formes fonctionnelles, en tant que créations techniques utilitaires, relèvent en principe du droit des brevets, d'une durée limitée, et ne doivent pas pouvoir faire l'objet d'un monopole

virtuellement par le biais d'un dépôt de marque ²⁶²³. Ainsi, dès lors qu'une forme est requise pour l'obtention d'un résultat technique, elle ne peut constituer, à elle seule, une marque valable ²⁶²⁴.

Contrairement aux vices précédents, ce vice ne peut être purgé par l'usage.

2. Approche positive de la distinctivité

752 *Exigence autonome* ◇ Tandis que le droit français cantonne la distinctivité à l'absence de caractère générique, descriptif ou fonctionnel du signe, le droit de l'Union européenne fait de la distinctivité une exigence autonome, en prévoyant expressément, à côté de ces trois hypothèses, le refus d'enregistrement des marques dépourvues de caractères distinctif (art. 3, § 1, b), de la directive n° 2008/95, et article 7, § 1, b), du règlement n° 207/2009). Cela signifie qu'une marque qui n'est ni générique, ni descriptive, ni une fonctionnelle, peut encore s'avérer non distinctive. En d'autres termes, éliminer les trois obstacles précités n'équivaut qu'à franchir un « obstacle préliminaire » ²⁶²⁵, mais le caractère distinctif de la marque demeure à démontrer. En vertu du principe d'interprétation du droit national à la lumière des directives, la règle s'applique en droit français ²⁶²⁶.

En quoi consiste ce caractère distinctif ? Il s'agit de la capacité de la marque à exercer la fonction de signe distinctif, c'est-à-dire à être perçu par le public pertinent comme l'indication de l'origine commerciale de produits ou services.

753 *Applications* ◇ En pratique, cette exigence s'applique principalement aux slogans qui, alors même qu'ils ne sont ni génériques ni descriptifs, ne sont pas toujours perçus par le public comme des marques, mais souvent seulement comme des « indications promotionnelles abstraites » ²⁶²⁷ : ainsi le Tribunal de l'Union européenne en a-t-il jugé du slogan « Real People, Real Solutions », déposé pour désigner divers services informatiques ²⁶²⁸. La Cour de justice de l'Union européenne a certes affirmé que le seul fait qu'une marque soit perçue par le public comme une formule promotionnelle n'est pas suffisant pour conclure à l'absence de caractère distinctif de cette marque, et qu'une marque peut concomitamment être perçue comme une formule promotionnelle, mais également comme l'indication de l'origine commerciale des produits et

services ²⁶²⁹. Pourtant, dans la majorité des cas, les slogans sont jugés dépourvus de caractère distinctif, comme cela a été le cas de « Best Buy » ²⁶³⁰.

L'exigence autonome de distinctivité concerne également les couleurs, qui sont par nature moins aptes à distinguer des produits ou services que des signes verbaux. Dans l'arrêt *Libertel* ²⁶³¹, la Cour de justice a ainsi estimé que la distinctivité de marques constituées de couleurs ne peut se concevoir « que dans des circonstances exceptionnelles, et notamment lorsque le nombre des produits et services pour lesquels la marque est demandée est très limité et que le marché pertinent est très spécifique ».

L'exigence autonome de distinctivité vient donc restreindre les choix de marques pour les déposants. Cela concerne notamment les opérateurs présents dans l'environnement numérique, puisqu'ils recourent fréquemment, dans le cadre de leur stratégie de communication, à des marques à fort impact publicitaire tels que slogans et couleurs sur les sites web. En pratique, ces opérateurs ont tout intérêt à développer le caractère distinctif de ces signes par un usage intensif avant de procéder à leur dépôt.

- 754** Après la représentation graphique et le caractère distinctif de la marque, la troisième condition de validité réside dans sa licéité.

C. Licéité

- 755** *Catégories de signes illicites* ◇ Le Code de la propriété intellectuelle et le règlement n° 207/2009 prévoient que sont illicites trois catégories de signes : les signes exclus en eux-mêmes, les signes contraires à l'ordre public, et les signes trompeurs.

- 756** *Signes exclus en eux-mêmes* ◇ Selon l'article L. 711-3, a) du Code de la propriété intellectuelle, « ne peut être adopté comme marque ou élément de marque un signe exclu par l'article 6 *ter* de la convention de Paris en date du 20 mars 1883, révisée, pour la protection de la propriété industrielle ou par le paragraphe 2 de l'article 23 de l'annexe I C à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce ». L'article 7, § 1, h), i) et j)), du règlement n° 207/2009 prévoit des exclusions similaires.

L'article 6 *ter* de la Convention de Paris fait référence aux armoiries,

drapeaux et autres emblèmes officiels d'État et d'organisations internationales, ainsi qu'à leurs imitations héraldiques. Ces signes ne peuvent être appropriés à titre de marques. Ainsi ont été refusées à l'enregistrement des marques constituées par la feuille d'érable emblème du Canada ²⁶³², par l'emblème de la Communauté européenne ²⁶³³, ou encore par celui du Royaume-Uni ²⁶³⁴.

Quant à l'article 23 de l'accord dit « ADPIC » de l'OMC, il désigne les indications géographiques désignant des vins et des spiritueux, qui ne peuvent pas davantage être enregistrées pour désigner des produits similaires n'ayant pas droit aux indications géographiques ²⁶³⁵.

757 ***Signes contraires à l'ordre public*** ◇ L'article L. 711-3, b), du Code de la propriété intellectuelle, ainsi que l'article 7, § 1, f), du règlement n° 207/2009, s'opposent à l'enregistrement de signes « contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ou dont l'utilisation est légalement interdite ».

Ont notamment été qualifiées de la sorte les marques françaises Cannabia ²⁶³⁶ ou Puta madre ²⁶³⁷, ainsi que les marques communautaires constituées de l'expression « Hijo puta » ²⁶³⁸, du terme « Paki » ²⁶³⁹ (terme raciste en anglais) ou encore du blason de l'URSS (dont l'utilisation est prohibée par les législations nationales de plusieurs pays de l'Est de l'Union européenne) ²⁶⁴⁰.

Le Tribunal de grande instance de Paris a également annulé la marque « CAF Calcul Allocation Facile », considérant qu'elle entretenait un risque de confusion avec une mission de service public et que, ce faisant, elle portait atteinte à l'ordre public qui interdit que cette mission soit détournée par des opérateurs économiques privés ²⁶⁴¹.

Selon la Cour de cassation, est également contraire à l'ordre public « l'adoption et l'usage, à titre de marque, du titre appartenant à une profession réglementée par l'autorité publique » lorsque ces actes émanent d'une personne non titulaire de ce titre (en l'espèce, « notaire ») ²⁶⁴².

En revanche, la marque Désir Sexe a été jugée valable, au motif que si les sites web correspondant, « accessibles aux adresses <www.desirsexe.com> et <www.desir-sexe.com>, exhibant de jeunes femmes dénudées, avaient un caractère érotique voire pornographique, il n'en subsistait pas moins que le signe Désir Sexe n'est cependant pas, en lui-même, immoral et contraire aux bonnes mœurs » ²⁶⁴³.

Signes trompeurs ◇ L'article L. 711-3, c), du Code de la propriété intellectuelle, et l'article 7, § 1, g), du règlement n° 207/2009, excluent l'enregistrement des signes « de nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service ». Cette règle vise avant tout à protéger les consommateurs ²⁶⁴⁴.

Le vice de déceptivité est apprécié par rapport à la perception du consommateur moyen ²⁶⁴⁵ : si celui-ci est induit en erreur sur une caractéristique des produits ou services désignés, telle que leur provenance géographique ²⁶⁴⁶, leur composition ²⁶⁴⁷ ou encore leur propriété essentielle ²⁶⁴⁸, le signe sera qualifié de trompeur. Sur ce fondement, les juges ont approuvé le Directeur de l'INPI d'avoir rejeté la demande d'enregistrement de la marque HADOPI pour désigner divers produits ou services tels que « publicité en ligne sur un réseau informatique, fourniture d'accès à un réseau d'informatique mondial, services de messagerie électronique, location d'accès à des réseaux d'informatique mondiaux, mais également agences matrimoniales, pompes funèbres, service de crémation, établissement d'horoscope », aux motifs que « dans l'esprit du très large public qui a été soumis au “débat”, relayé abondamment par les médias, sur la nécessité ou non d'une protection des droits d'auteur sur Internet, le signe HADOPI bien avant la promulgation de la loi créant la Haute Autorité, évoquait le dispositif (textes et institution) qui serait mis en place pour assurer différentes missions de protection des droits d'auteurs sur Internet ; qu'au jour du dépôt de la demande d'enregistrement, le signe ou le sigle HADOPI évoquait pour un très large public la mise en place par l'État d'une autorité de régulation ; qu'il s'ensuit que le signe HADOPI qui est déposé à titre de marque [...] mais qui était rattaché de manière étroite à un dispositif étatique, est de nature à induire en erreur un public d'attention moyenne (d'abord lecteur/auditeur, puis consommateur) ; qu'il lui était directement suggéré que les produits et services portant la marque HADOPI relèvent ou émanent, d'une manière quelconque, du dispositif “officiel”, peu important que ce dernier ait été alors en voie de création ; que le signe HADOPI déposé à titre de marque créait une confusion certaine avec la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet ; [...] que le signe HADOPI ne pouvait, le 19 mai 2009, être adopté en tant que marque dès lors qu'il était de nature à tromper le public sur la qualité de tous les produits et services visés dans la demande en ce qu'il laissait croire à leur possible

rattachement à un dispositif légal, dont la mise en place était alors imminente » ²⁶⁴⁹.

En revanche, si le signe est bien compris des consommateurs comme ne faisant pas référence à une caractéristique des produits, mais ayant un sens « arbitraire par rapport au produit désigné » ²⁶⁵⁰, il pourra être enregistré comme marque ²⁶⁵¹. C'est en ce sens que le tribunal de grande instance de Paris a jugé valable la marque Emailing France désignant des services de marketing par e-mail, au motif que « le seul fait d'accoler le nom France à un nom commun ne suffit pas à caractériser une tromperie ou un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs », et qu'il n'est pas démontré que le public soit conduit à croire que cette marque émane d'un service officiel ²⁶⁵².

Comme les autres conditions de validité de la marque, le caractère trompeur du signe s'apprécie au jour du dépôt de la demande d'enregistrement. Ce vice ne peut être purgé par l'usage.

La dernière condition de validité est constituée par la disponibilité de la marque.

D. Disponibilité

759 Droits antérieurs ◇ La marque étant un droit d'occupation, l'enregistrement d'un signe est soumis à la condition que ce signe ne soit pas déjà réservé. En d'autres termes, s'il fait déjà l'objet d'un droit antérieur (dans les conditions déterminées par la loi) au jour du dépôt, le signe ne pourra être valablement enregistré comme marque.

L'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose ainsi que :

« Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment :

a) À une marque antérieure enregistrée ou notoirement connue au sens de l'article 6 *bis* de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle ;

b) À une dénomination ou raison sociale, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ;

c) À un nom commercial ou à une enseigne connus sur l'ensemble du territoire national, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ;

d) À une appellation d'origine protégée ou à une indication géographique ;

e) Aux droits d'auteur ;

- f) Aux droits résultants d'un dessin ou modèle protégé ;
- g) Au droit de la personnalité d'un tiers, notamment à son nom patronymique, à son pseudonyme ou à son image ;
- h) Au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale ».

À propos de ce dernier point, la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation ²⁶⁵³ a inséré dans le Code de la propriété intellectuelle un article L. 712-2-1 aux termes duquel « toute collectivité territoriale ou tout établissement public de coopération intercommunale peut demander à l'Institut national de la propriété industrielle d'être alerté en cas de dépôt d'une demande d'enregistrement d'une marque contenant sa dénomination, dans des conditions fixées par décret ».

Quant à l'article 8 du règlement n° 207/2009, il vise comme droits antérieurs les marques ainsi que les « autres signes utilisés dans la vie des affaires dont la portée n'est pas seulement locale » ²⁶⁵⁴.

Ainsi, le droit français comme le droit de l'Union européenne ne conçoivent pas les antériorités de manière limitative. Le caractère ouvert des listes permet, bien au contraire, de reconnaître d'autres droits antérieurs pouvant faire échec à l'enregistrement de marques, tels que les noms de domaine ²⁶⁵⁵.

Apportons quelques brèves indications sur les principaux types de droits antérieurs.

760 ***Marques*** ◇ Le principal type de droit antérieur faisant obstacle à l'enregistrement d'une marque est constitué par une autre marque, nationale ou communautaire. Cette autre marque doit être enregistrée, hormis le cas spécifique des marques notoirement connues sur le territoire concerné, qui, selon l'article 6 *bis* de la Convention d'Union de Paris, sont protégées indépendamment d'un enregistrement ²⁶⁵⁶.

Conformément au principe de spécialité de l'article L. 713-1 du Code de la propriété intellectuelle, les marques antérieures ne font obstacle à l'enregistrement d'un signe identique (ou similaire) que pour désigner des produits identiques ou similaires. Si les signes en cause sont identiques et désignent les mêmes produits, l'opposition du titulaire de la marque antérieure sera évidemment couronnée de succès. Dans le cas contraire, si les signes et/ou les produits sont seulement similaires, la marque antérieure ne fera obstacle à l'enregistrement de la marque postérieure que si un risque de confusion entre les signes est constaté.

L'appréciation de ce risque de confusion relève alors d'une appréciation subjective de la part de l'office compétent ou, le cas échéant, du juge, selon la méthode globale dictée par la Cour de justice de l'Union européenne ²⁶⁵⁷.

Pour ne citer que quelques exemples de la casuistique jurisprudentielle à cet égard, l'existence d'un risque de confusion a été retenue entre les marques Obad et Mobad ²⁶⁵⁸, Mister Reprise et Mister Recycle ²⁶⁵⁹, Lumipress et Lumibox ²⁶⁶⁰, ou encore Inwear et Inderwear ²⁶⁶¹, si bien que l'opposition des titulaires des premières marques a fait obstacle à l'enregistrement des secondes. À l'inverse, il a été jugé que les similitudes entre les marques Stresnil et Stresum ²⁶⁶², GOAL et GOAL AN'MILE ²⁶⁶³, Avenir et Réseau d'avenir ²⁶⁶⁴, Labello et Labell ²⁶⁶⁵ ou encore Pixmania et Pixinside ²⁶⁶⁶ ne présentaient pas de risque de confusion, en raison des impressions d'ensemble différentes produites par ces signes.

Dans le domaine du numérique, à supposer qu'une marque composée d'un nom de domaine soit jugée distinctive ²⁶⁶⁷, encore faut-il qu'elle ne porte pas atteinte à une marque antérieure qui serait constituée du domaine de deuxième niveau. C'est ainsi que la cour d'appel de Paris a estimé qu'il existait un risque de confusion entre la marque enregistrée Intuition et le signe « Intuition.pro », au motif que l'adjonction de la mention « pro » précédée d'un point à la manière d'un nom de domaine Internet n'ôtait pas son caractère prépondérant à la présence du terme commun « Intuition » ²⁶⁶⁸. De même, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a retenu l'existence d'un risque de confusion entre la marque www.infomycity et la marque antérieure « MY CITY », considérant que l'attention du public sera attirée par le mot MY CITY, que celui-ci soit ou nom précédé des trois lettres « www », lesquelles ne pourront, pour le consommateur moyen, qu'être associées à la marque « MY CITY » qu'il percevra comme une déclinaison sur un portail Internet ²⁶⁶⁹.

761 ***Marques renommées*** ◇ En dehors du domaine de spécialité, c'est-à-dire concernant des produits ou services différents, plusieurs marques constituées du même signe peuvent en principe coexister – de même qu'une marque et un nom de domaine identiques dont les titulaires exercent leur activité dans des domaines différents ²⁶⁷⁰.

Cependant, une catégorie particulière de marques, les marques renommées, font l'objet d'une protection qui dépasse leur domaine de

spécialité, comme on l'expose dans la Section consacrée au contenu de la protection ²⁶⁷¹. La question qui nous intéresse ici est de savoir si de telles marques peuvent servir de fondement à une opposition à l'enregistrement de marques postérieures identiques ou similaires désignant des produits différents.

En droit français, une telle possibilité n'est pas prévue, et le titulaire de la marque antérieure doit donc attendre que la marque soit enregistrée pour agir en annulation ²⁶⁷².

En revanche, l'article 8, § 5, du règlement n° 207/2009 dispose expressément que « sur opposition du titulaire d'une marque antérieure [...], la marque demandée est également refusée à l'enregistrement si elle est identique ou similaire à la marque antérieure et si elle est destinée à être enregistrée pour des produits ou des services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels la marque antérieure est enregistrée, lorsque, dans le cas d'une marque communautaire antérieure, elle jouit d'une renommée dans la Communauté et, dans le cas d'une marque nationale antérieure, elle jouit d'une renommée dans l'État membre concerné et que l'usage sans juste motif de la marque demandée tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque antérieure ou qu'il leur porterait préjudice ». C'est ainsi que le titulaire de la marque renommée Botox a pu faire opposition avec succès à l'enregistrement de la marque Botumax pour désigner non seulement des produits similaires (produits pharmaceutiques et hygiéniques à usage médical), mais également des produits différents (produits de nettoyage et publications), dans la mesure où, selon le Tribunal de l'Union européenne, un tel enregistrement serait de nature à parasiter la marque antérieure ainsi qu'à en affaiblir l'exclusivité et le pouvoir attractif ²⁶⁷³. De même pour le titulaire de la marque renommée Viagra, qui a pu faire échec à l'enregistrement de la marque Viaguara pour désigner des boissons ²⁶⁷⁴.

762 *Autres droits antérieurs énumérés* ◇ Les autres droits antérieurs énumérés par l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle incluent :

- les dénominations ou raisons sociales, les noms commerciaux ou enseignes connus (à condition qu'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public) ²⁶⁷⁵ ;
- les droits d'auteur ²⁶⁷⁶ et de dessins et modèles ;

- les appellations d'origine et indications géographiques ²⁶⁷⁷ ;
- les droits de la personnalité d'un tiers, notamment son patronyme ²⁶⁷⁸, pseudonyme ou image ;
- le nom, l'image ou la renommée d'une collectivité territoriale ²⁶⁷⁹.

Quant au règlement sur la marque communautaire, il inclut parmi les antériorités, outre les marques, tout « autre signe utilisé dans la vie des affaires dont la portée n'est pas seulement locale », lorsque ce signe donne à son titulaire le droit d'interdire l'utilisation d'une marque plus récente ²⁶⁸⁰.

763 *Autres droits antérieurs non énumérés : noms de domaine* ◇ Comme on l'a indiqué, les droits antérieurs énumérés ne sont pas exhaustifs. En conséquence, les tribunaux ont pu inclure d'autres types de droits dans les antériorités ²⁶⁸¹. Parmi ces droits, on trouve les noms de domaine. C'est un jugement du 29 juin 1999 qui, pour la première fois, a annulé l'enregistrement d'une marque (Oce@net) sur le fondement d'un nom de domaine antérieur (<oceanet.fr>) ²⁶⁸². Depuis, les juges ont à plusieurs reprises réitéré le principe selon lequel un nom de domaine pouvait prévaloir sur une marque concurrente déposée postérieurement ²⁶⁸³.

Les conditions auxquelles un nom de domaine peut constituer une antériorité faisant obstacle à l'enregistrement valable d'une marque seront exposées en détail dans le Chapitre 2 de ce titre, relatif à la protection des noms de domaine. On se limitera à indiquer ici que le nom de domaine doit être distinctif, qu'il doit faire l'objet d'une exploitation antérieure au dépôt de la marque, et qu'il doit exister un risque de confusion entre les deux signes.

764 Ainsi s'achève l'étude des conditions de validité de la marque. Il convient à présent de donner quelques indications nécessaires quant à la procédure d'enregistrement ²⁶⁸⁴.

§ 2. Procédure d'enregistrement

765 *Enregistrement constitutif de droits* ◇ La formalité d'enregistrement revêt une importance cruciale, puisque c'est par elle que s'acquiert la propriété de la marque. L'article L. 712-1 du Code de la

propriété intellectuelle ainsi que l'article 6 du règlement n° 207/2009 l'indiquent expressément.

La seule exception à ce principe est celle, déjà évoquée, qui concerne les marques notoires au sens de l'article 6 *bis* de la Convention d'Union de Paris. Ces marques sont protégées du seul fait de leur usage, indépendamment de toute formalité d'enregistrement.

- 766** *Étapes de la procédure* ◇ Hormis le cas des marques notoires, les marques doivent faire l'objet d'un dépôt dont il faut évoquer les modalités (A). Ce dépôt déclenche une phase d'examen de la demande (B), qui se termine par l'enregistrement (ou le refus d'enregistrement) de la marque (C).

A. Modalités du dépôt

- 767** *Marque française* ◇ Le Code de la propriété intellectuelle indique que toute personne physique ou morale peut déposer une demande d'enregistrement de marque en France, à titre individuel, en copropriété ou collectivement.

Aucune condition de nationalité n'est requise. En revanche, si le déposant n'a pas son domicile ou son siège sur le territoire de l'Espace économique européen, il doit choisir un mandataire agréé (art. R. 712-2 CPI).

Selon l'article R. 712-1 du Code, le dépôt de la demande s'effectue auprès de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI), soit sur place, soit par un procédé de télétransmission tel qu'un dépôt en ligne sur le site de l'INPI. La date du dépôt est celle de la réception de la demande par l'INPI.

- 768** *Marque communautaire* ◇ Le règlement n° 207/2009 ne prévoit aucune condition de domicile ou de nationalité relative à la personne du déposant. Il précise seulement, dans son article 25, que le dépôt de la demande s'effectue soit auprès de l'Office d'harmonisation du marché intérieur (OHMI) à Alicante soit auprès du service central de la propriété industrielle d'un État membre, qui transmet.

- 769** *Droits de priorité* ◇ Très importants, en pratique, sont les droits de

priorité dont bénéficient les déposants.

Selon l'article 4 de la Convention d'Union de Paris, celui qui a régulièrement fait le dépôt d'une marque dans l'un des pays de l'Union bénéficie d'un délai de six mois pour procéder au dépôt dans les autres pays membres en revendiquant son droit de priorité, sans que les éventuels dépôts qui auraient été effectués entre-temps par des tiers puissent lui être opposés comme antériorités. L'article L. 712-12 du Code de la propriété intellectuelle étend l'application de ce mécanisme à toute marque préalablement déposée dans un pays étranger, sous réserve de la condition de réciprocité.

Quant au droit communautaire, l'article 29 du règlement n° 207/2009 met en œuvre ce droit de priorité. Par ailleurs, l'article 32 dispose que « la demande de marque communautaire à laquelle une date de dépôt a été accordée a, dans les États membres, la valeur d'un dépôt national régulier », ce qui permet au déposant de faire opposition à l'enregistrement de la marque par un tiers dans cet État.

770 ***Contenu de la demande*** ◇ La demande déposée à l'INPI ou à l'OHMI doit comporter la représentation graphique de la marque, le nom du déposant, l'énumération précise des produits ou services désignés et les classes correspondantes (art. R. 712-3 CPI ; art. 26 du règlement n° 207/2009) au sens de l'Arrangement de Nice, accord international signé en 1957. La classification n'a toutefois qu'une valeur administrative, et le nombre de classes choisi sert essentiellement à déterminer le montant des redevances de dépôt qui doivent être acquittées. La Cour de justice de l'Union européenne a toutefois précisé que la directive n° 2008/95 ne s'oppose pas à l'utilisation des indications générales des intitulés de classes de la classification de Nice afin d'identifier les produits et les services pour lesquels la protection par la marque est demandée, pour autant qu'une telle identification soit suffisamment claire et précise. Le demandeur d'une marque nationale qui utilise toutes les indications générales de l'intitulé d'une classe particulière de la classification de Nice pour identifier les produits ou les services pour lesquels la protection de la marque est demandée doit préciser si sa demande vise l'ensemble des produits ou des services répertoriés dans la liste alphabétique de cette classe ou seulement certains de ces produits ou services. Au cas où la demande porterait uniquement sur certains desdits produits ou services, le demandeur est

obligé de préciser quels produits ou services relevant de ladite classe sont visés ²⁶⁸⁵. La désignation des produits ou services couverts par la marque est essentielle, car c'est elle qui déterminera le domaine de spécialité du signe, et par conséquent l'étendue de sa protection.

- 771** Une fois effectué le dépôt de la demande d'enregistrement, s'ouvre la phase d'examen de cette demande.

B. Examen de la demande

- 772** ***Publication de la demande*** ◇ Dès lors que la demande est recevable, l'INPI procède à sa publication au Bulletin officiel de la propriété industrielle (BOPI) dans un délai de six semaines à compter du dépôt, conformément à l'article R. 712-8 du Code de la propriété intellectuelle.

Pour sa part, l'OHMI publie la demande au Bulletin des marques communautaires à l'issue d'un examen de la régularité de la demande, d'un examen relatif aux motifs absolus de refus, ainsi que de la rédaction d'un rapport de recherche dans lequel sont mentionnées les marques communautaires ou les demandes de marque communautaire antérieures dont l'existence a été découverte et qui sont susceptibles d'être opposées à l'enregistrement de la marque (art. 38 du règlement n° 207/2009). Il est précisé à l'article 39 que la publication ne peut intervenir avant l'expiration d'une période d'un mois à compter de la date à laquelle l'Office communique au demandeur son rapport de recherche ainsi que, le cas échéant, les rapports des services centraux de la propriété industrielle des États membres mentionnant les marques nationales antérieures ou les demandes de marque nationale antérieures dont l'existence a été découverte et qui sont susceptibles d'être opposées à l'enregistrement de la marque communautaire.

Ces formalités de publication ont pour objectif de permettre aux tiers concernés de faire valoir leurs droits antérieurs.

L'examen de la demande d'enregistrement d'une marque se compose en réalité de deux examens : l'examen des motifs absolus de refus par l'office compétent, et l'examen des oppositions à l'enregistrement.

- 773** ***Examen des motifs absolus de refus*** ◇ Les motifs absolus de refus d'enregistrement font l'objet d'une recherche d'office par l'INPI et l'OHMI. Il s'agit, dans les deux cas, de la représentation graphique du

signe, de sa distinctivité ainsi que de sa licéité.

La seule différence entre la marque française et la marque communautaire est qu'à la différence du Code de la propriété intellectuelle, le règlement n° 207/2009 inclut dans les motifs absolus de refus l'atteinte à une indication géographique (art. 7, § 1, j) et k).

Si l'un des motifs s'applique (fût-ce seulement dans une partie de l'Union européenne dans le cas des marques communautaire), l'office rejette la demande d'enregistrement de la marque.

774 ***Procédure d'opposition*** ◇ Les motifs relatifs de refus, c'est-à-dire ceux tirés de l'existence de droits antérieurs, ne font, eux, pas l'objet d'un examen d'office. Il appartient donc aux tiers concernés de se manifester auprès de l'INPI ou l'OHMI.

En droit français, la publication de la demande d'enregistrement au BOPI déclenche l'ouverture d'une procédure d'opposition. En vertu de l'article L. 712-4 du Code de la propriété intellectuelle, pendant un délai de deux mois, opposition à la demande d'enregistrement peut être faite auprès du directeur de l'INPI par le propriétaire d'une marque enregistrée ou déposée antérieurement ou bénéficiant d'une date de priorité antérieure, ou par le propriétaire d'une marque antérieure notoirement connue. Dans ces deux cas, il est nécessaire que la marque déposée vise des produits similaires à ceux désignés par la marque antérieure. Depuis la loi du 17 mars 2014, peuvent également faire opposition à la demande d'enregistrement d'une marque une collectivité territoriale au titre du h) de l'article L. 711-4 ou au titre d'une atteinte à une indication géographique définie à l'article L. 721-2, dès lors que cette indication comporte le nom de la collectivité concernée, et un organisme de défense et de gestion dont une indication géographique a été homologuée.

En revanche, les autres titulaires de droits antérieurs visés à l'article L. 711-4 du Code (notamment les titulaires de noms de domaine) ne disposent pas du droit d'opposition. Ils peuvent toutefois, pendant le même délai de deux mois, formuler des observations auprès du directeur de l'INPI (art. L. 711-3). En toute hypothèse, ils peuvent également agir en annulation de la marque si elle est enregistrée.

En revanche, en droit de l'Union européenne, tous les titulaires de droits antérieurs peuvent former une opposition. En effet, l'article 8 du règlement n° 207/2009 ouvre cette possibilité non seulement aux

titulaires de marques antérieures dans le même domaine de spécialité, mais également aux titulaires d'autres signes antérieurs utilisés dans la vie des affaires dont la portée n'est pas seulement locale ²⁶⁸⁶, pourvu que ces signes donnent à leur titulaire le droit d'interdire l'utilisation d'une marque plus récente, ainsi qu'aux titulaires de marques antérieures renommées portant sur un domaine de spécialité différent. En vertu de l'article 41 du règlement n° 207/2009, l'opposition doit être communiquée à l'OHMI dans un délai de trois mois à compter de la publication de la demande au Bulletin des marques communautaires.

La procédure d'opposition se déroule ensuite, devant l'INPI comme devant l'OHMI, de manière contradictoire. Au terme de cette procédure, l'office statue sur l'opposition. S'il l'accueille, la demande d'enregistrement est rejetée. Si, au contraire, il la rejette, il procède à l'enregistrement de la marque.

775 Deux issues sont ainsi possibles à la phase d'examen de la demande.

C. Enregistrement ou refus d'enregistrement de la demande

776 ***Refus d'enregistrement*** ◇ En vertu de l'article L. 712-7 du Code de la propriété intellectuelle ainsi que des articles 36 et 37 du règlement n° 207/2009, la demande d'enregistrement de la marque est rejetée dans les cas suivants :

- la demande n'est pas régulière ;
- le signe n'est pas susceptible de représentation graphique, n'est pas distinctif ou licite ;
- l'opposition dont la demande a fait l'objet est reconnue justifiée.

Il est à noter que l'enregistrement peut être partiel, si les motifs de refus ne concernent que certains des produits ou services désignés.

Selon l'article 112 du règlement n° 207/2009, en cas de rejet de la demande d'enregistrement communautaire, le déposant peut transformer celle-ci en dépôt de marque nationale, naturellement pour les États dans lesquels le motif de refus n'existe pas.

Les décisions de l'INPI sont susceptibles de recours devant l'une des dix Cours d'appel compétentes en matière de propriété intellectuelle ²⁶⁸⁷. Quant aux décisions de l'OHMI, elles peuvent être contestées devant une chambre de recours puis, le cas échéant, devant le Tribunal de l'Union européenne.

777 ***Enregistrement*** ◇ Si les conditions de validité sont remplies, la marque est enregistrée, et publiée au BOPI (art. R. 712-23 CPI) ou au Registre communautaire des marques (art. 87 du règlement n° 207/2009).

L'enregistrement fait naître un droit de propriété sur la marque, selon les articles L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle et 6 du règlement n° 207/2009. Ce droit produit ses effets sur le territoire français, pour la marque nationale, et sur tout le territoire de l'Union européenne, pour la marque communautaire.

778 ***Durée du droit*** ◇ La durée du droit de marque est de dix ans à compter du dépôt, en vertu des articles L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle et 46 du règlement n° 207/2009. Mais cet enregistrement étant indéfiniment renouvelable, la protection est en réalité potentiellement perpétuelle. Encore faut-il, cependant, que le droit ne disparaisse pas.

§ 3. Maintien du droit de marque

779 ***Causes de disparition*** ◇ Après son enregistrement, la marque peut disparaître, soit rétroactivement, du fait d'une annulation (A), soit pour l'avenir, du fait d'une déchéance des droits de son titulaire (B).

A. L'annulation de la marque

780 ***Motifs d'annulation*** ◇ Les motifs d'annulation, selon l'article L. 714-3 du Code de la propriété intellectuelle, correspondent aux motifs de refus prévus aux articles L. 711-1 à L. 711-4, c'est-à-dire aux conditions de fond. S'il s'agit d'un motif absolu (art. L. 711-1, L. 711-2 et L. 711-3), la nullité est absolue. Si, en revanche, il s'agit d'un motif relatif (art. L. 711-4), la nullité est relative, et seul peut agir le titulaire du droit antérieur.

Les articles 52 et 53 du règlement n° 207/2009 comportent des dispositions similaires. L'annulation d'une marque communautaire peut être demandée devant l'OHMI ou sur demande reconventionnelle dans une procédure en contrefaçon devant un juge national.

781 *Effet de l'annulation* ◇ L'annulation de la marque, lorsqu'elle est prononcée, est rétroactive, et s'impose *erga omnes*. Elle peut être totale ou partielle, selon que le motif de nullité vaut à l'égard de tous les produits désignés ou seulement de certains d'entre eux.

782 *Forclusion par tolérance* ◇ Les articles L. 714-3 du Code de la propriété intellectuelle et 54 du règlement n° 207/2009 prévoient que l'action en nullité du titulaire d'un droit antérieur n'est pas recevable si la marque a été déposée de bonne foi et s'il en a toléré l'usage pendant cinq ans. La forclusion suppose que le titulaire du droit antérieur ait eu connaissance de l'usage de la marque postérieure et l'ait toléré. Surtout, elle ne jouera que si la marque a été déposée de bonne foi, c'est-à-dire sans que le déposant ait eu conscience de porter atteinte au droit antérieur.

783 *Annulation pour fraude* ◇ Enfin, conformément au principe *fraus omnia corrumpit*, l'enregistrement d'une marque déposée de mauvaise foi peut être annulé pour fraude ²⁶⁸⁸, comme le prévoit d'ailleurs l'article 52, § 1, b), du règlement n° 207/2009.

En quoi consiste la mauvaise foi dans le dépôt ? Selon la Cour de justice de l'Union européenne, elle suppose que le déposant ait eu connaissance de l'utilisation antérieure, par un tiers, d'un signe identique ou similaire à la marque, et qu'il ait déposé la marque afin d'empêcher ce tiers de continuer à utiliser son signe ²⁶⁸⁹. L'approche des juges français est plus large : la fraude est retenue dès lors que le dépôt procède d'un détournement de la finalité du droit des marques ²⁶⁹⁰. Un dépôt de marque est ainsi entaché de fraude lorsqu'il est effectué dans l'intention de priver autrui d'un signe nécessaire à son activité ²⁶⁹¹. Par exemple, a été annulé le dépôt de la marque « E-soleau » par une société qui avait rompu des négociations avec l'Inpi au sujet de la mise en place de services de dépôt en ligne dénommés « services soleau électronique » : selon la Cour de cassation, dès lors qu'il est démontré que cette société avait « une parfaite connaissance de l'existence du service “enveloppe soleau” que fournit l'Inpi ainsi que de la dénomination que celui-ci projetait d'adopter pour son futur service », il en résulte qu'en déposant la marque « E-soleau » peu de temps après qu'eut été écarté le projet de collaboration initié trois ans plus tôt, pour développer une activité identique à celle de l'Inpi, le déposant avait agi « avec l'intention de

priver celui-ci de l'usage d'un terme nécessaire au développement de son activité et de nuire à ses intérêts » ²⁶⁹². Pour la même raison, sur demande reconventionnelle de l'exploitant d'un site de paris en ligne poursuivi pour contrefaçon, les juges du fond ont annulé le dépôt par le PMU des marques « couplé », « trio », « tiercé », « quarté + », « quinté + », « 2sur4 », « Multi » et « simple », au motif qu'« en déposant à titre de marque les noms de ces paris nécessaires pour désigner un type de pari déterminé par arrêté ministériel et alors qu'il savait que les paris sportifs en ligne allaient être ouverts à la concurrence, le PMU a tenté de s'assurer un monopole empêchant tout concurrent potentiel d'utiliser ce type de dénomination pour exploiter le pari correspondant » ²⁶⁹³. Mais la Cour de cassation a censuré cette décision, estimant « qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, à la date du dépôt des marques litigieuses [...], le PMU pouvait avoir connaissance de la future ouverture à la concurrence des paris en ligne, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » ²⁶⁹⁴. Cet arrêt souligne la nécessité de prouver la mauvaise foi du déposant ²⁶⁹⁵.

Le fait de déposer une marque dans le seul but de se soustraire à la sanction de la déchéance pour défaut d'exploitation constitue également une fraude ²⁶⁹⁶.

La fraude, lorsque la victime peut en rapporter la preuve ²⁶⁹⁷, permet non seulement une action en annulation, mais également, à titre alternatif, une action en revendication.

784 *Action en revendication pour fraude* ◇ Selon l'article L. 712-6 du Code de la propriété intellectuelle, « si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur la marque peut revendiquer sa propriété en justice ». Ainsi, lorsque le dépôt n'a été effectué que dans le but de nuire aux intérêts d'un tiers, par exemple en le privant de la possibilité de déposer comme marque un signe qu'il utilisait déjà à un autre titre, ce tiers pourra obtenir en justice la propriété de la marque.

Un tel cas de figure peut notamment se produire dans l'hypothèse où une société exploiterait un signe à titre de nom commercial ²⁶⁹⁸ ou associatif ²⁶⁹⁹, ou de nom de domaine ²⁷⁰⁰, et où un tiers déposerait ce même signe en tant que marque dans le seul but de nuire aux activités de la société en l'empêchant de continuer à utiliser le signe et de le déposer

comme marque. C'est ainsi que, dans un jugement du 28 juin 2006 ²⁷⁰¹, confirmé en appel ²⁷⁰², le tribunal de grande instance de Paris a fait droit à la revendication par la société Banque du développement des PME de la marque Bdpme, déposée par un tiers, aux motifs que la société disposait des droits antérieurs sur la dénomination à titre de sigle social, de nom commercial et de nom de domaine (<www.bdpme.fr>), droits dont le tiers avait connaissance. Le fait de déposer à titre de marque un signe que le déposant savait être identique à une dénomination sur laquelle la société avait des droits caractérisait donc l'intention frauduleuse, d'autant qu'en l'espèce ce tiers empêchait ainsi la société de conforter ses droits sur une dénomination qu'elle utilisait depuis des années, ou à tout le moins profitait indûment des efforts de communication déployés par celle-ci autour de cette dénomination.

La revendication de la marque et le transfert de propriété qui en résulte constituent, en quelque sorte, le pendant du transfert d'un nom de domaine enregistré en violation des droits du titulaire d'une marque identique ou similaire ²⁷⁰³.

B. La déchéance du droit de marque

785 *Causes de déchéance* ◇ En vertu des articles L. 714-5 et L. 714-6 du Code de la propriété intellectuelle, et de l'article 51 du règlement n° 207/2009, il existe trois causes de déchéance : la déchéance pour défaut d'exploitation, la déchéance pour dégénérescence, et la déchéance de la marque devenue trompeuse.

786 *Déchéance pour défaut d'exploitation* ◇ Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans (art. L. 714-5 CPI, et art. 51 du règlement n° 207/2009).

L'objectif de cette règle est d'éviter la pratique des marques de barrage, c'est-à-dire de marques enregistrées dans le seul but d'interdire l'usage du signe aux concurrents, sans que leurs titulaires aient l'intention de les exploiter. Le droit exclusif est ainsi logiquement subordonné à l'exploitation de la marque ²⁷⁰⁴.

La déchéance pour défaut d'usage suppose que le titulaire de la marque n'ait pas fait, pendant une durée cinq ans, un usage sérieux du

signe – sauf s'il justifie d'un juste motif tenant, par exemple, à l'attente d'une autorisation administrative. L'usage de nature à faire échapper le titulaire à la déchéance doit être conforme à la fonction essentielle de garantie d'identité d'origine de la marque, c'est-à-dire effectué pour désigner des produits ou services dans la vie des affaires. Le caractère sérieux de l'usage fait référence à sa réalité dans le commerce : pour être sérieux, l'usage doit dépasser la stricte mesure symbolique ou insignifiante. L'article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle précise qu'est assimilé à un tel usage :

- l'usage fait avec le consentement du propriétaire de la marque ;
- l'usage de la marque sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif ²⁷⁰⁵ ;
- l'apposition de la marque sur des produits ou leur conditionnement exclusivement en vue de l'exportation.

La preuve de l'usage sérieux peut être rapportée par tout moyen, notamment des articles de presse, campagnes et communiqués de presse, captures d'écran ²⁷⁰⁶ ...

787 *Mise en œuvre dans l'univers numérique : usage sérieux sur Internet* ◇ La mise en œuvre de la condition d'usage sérieux de la marque dans l'univers numérique conduit à s'interroger sur trois points.

Premièrement, l'usage du signe dans un nom de domaine est-il de nature à permettre au titulaire de la marque d'échapper à la déchéance ? Tout dépend du point de savoir si l'usage est effectué à titre de marque, c'est-à-dire pour désigner sur le marché les produits ou services proposés par l'exploitant du site. Si tel est le cas, la réponse sera affirmative (pourvu que l'usage soit sérieux). Dans le cas contraire, la déchéance sera encourue : c'est ainsi que, dans un jugement du 27 mars 2012 ²⁷⁰⁷, le tribunal de grande instance de Paris a prononcé la déchéance des droits du titulaire de la marque Hifissimo au motif que ce titulaire ne vendait sur son site aucun produit sous sa propre marque, mais revendait seulement des produits hi-fi sous les marques de leurs fabricants, de telle sorte qu'il n'utilisait pas le signe à titre de marque, mais seulement comme « enseigne ou simple dénomination sociale ». La Cour de cassation a indiqué, dans un arrêt du 31 janvier 2012, qu'une cour d'appel ne pouvait rejeter une demande de déchéance de marque pour défaut d'exploitation au seul motif que son titulaire établissait avoir utilisé le signe « à titre d'enseigne et dans une adresse Internet », alors

que l'usage sérieux d'une marque suppose l'utilisation de celle-ci sur le marché pour désigner des produits ou des services protégés ²⁷⁰⁸.

Deuxièmement, l'usage de la marque sur un site web constitue-t-il un « usage sérieux » au sens de l'article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle ? De nouveau, la réponse dépend des circonstances. Si le site est en travaux, ou ne mentionne la marque qu'à titre symbolique, l'usage n'est pas sérieux, et la déchéance est alors encourue. L'usage sérieux suppose, pour être effectif, que le site soit actif, que l'on puisse se procurer les produits concernés par le biais de ce site ²⁷⁰⁹. Par deux arrêts de 2010 ²⁷¹⁰, la Cour de cassation a adopté une position sévère, en approuvant les juges du fond d'avoir prononcé la déchéance de la marque Abercrombie au motif que si son titulaire montrait que les produits revêtus de la marque pouvaient être acquis à partir de la France après connexion à un site Internet les présentant, il n'apportait nullement la preuve que la marque y faisait l'objet d'un usage sérieux. Ces décisions s'expliquent toutefois par des circonstances de fait particulières (absence de référence à la marque sur les factures des produits achetés en ligne par des consommateurs français), et ne remettent pas en question la qualification d'« usage sérieux » que l'on peut attacher à l'exploitation d'une marque sur Internet. Pour preuve, un arrêt du 2 février 2011 admet comme « usage sérieux » l'exploitation d'une marque sur Internet dès lors que des factures et autres documents commerciaux établissent une utilisation du signe pour désigner les produits ou services commercialisés ²⁷¹¹.

Troisièmement, à quelles conditions l'usage sur Internet est-il effectué sur le territoire français (ou communautaire, le cas échéant ²⁷¹²) ? En application de la jurisprudence de la Cour de cassation ²⁷¹³ et de la Cour de justice de l'Union européenne ²⁷¹⁴, l'usage du signe en ligne est considéré comme effectué sur un territoire lorsque le site web est destiné au public de ce territoire. La destination du site est appréciée au regard d'un ensemble de critères tels que la langue du site ou la possibilité d'une livraison des produits sur un territoire.

788 *Déchéance pour déchéance* ◇ Selon l'article L. 714-6, a), du Code de la propriété intellectuelle et l'article 51 du règlement n° 207/2009, encourt la déchéance de ses droits le propriétaire d'une marque devenue de son fait la désignation usuelle dans le commerce du produit ou du service. Ce motif de déchéance s'explique par le fait

qu'une marque devenue générique ne remplit plus sa fonction distinctive : en effet, le public la perçoit alors comme le nom commun des produits désignés, et non plus comme l'origine commerciale de ces produits ²⁷¹⁵.

Deux conditions sont requises afin que la déchéance soit prononcée. Il faut, d'une part, que la marque soit devenue, pour le public concerné, un terme générique désignant un produit ; et, d'autre part, que le titulaire de la marque ait toléré cette dégénérescence sans réagir. Ainsi, dès lors que le titulaire tente de s'opposer à la dégénérescence, il ne pourra se voir déchu de ses droits, quand bien même la marque perdrait son sens d'origine.

Dans l'environnement numérique, le risque de dégénérescence est important pour certaines marques connues. En effet, plus la marque est utilisée par des tiers, tant pour vanter les produits concernés ou des produits concurrents présentés comme substituables par le biais de liens commerciaux ²⁷¹⁶ que pour décrire les produits sur des sites, des blogs ou des forums, plus la perception du signe par le public risque d'être modifiée. Ainsi les marques Piña Colada ²⁷¹⁷, Fooding ²⁷¹⁸ ou encore NIC ²⁷¹⁹ ont-elles souffert de leur usage générique sur des sites web : s'agissant de la dernière, les juges ont estimé que le signe « NIC », déposé pour désigner des services de transmission de messages, était devenu pour le public un acronyme de *Network Information Center*, notamment à travers son usage sur le site web de l'AFNIC, dans le *Lamy droit de l'informatique et des réseaux* ou encore sur le site « le serveur Internet ». De même a-t-il été jugé que la marque « fax2 mail » était devenue dans le langage courant du public pertinent, à savoir les entreprises utilisatrices, la désignation usuelle d'un service de réception de télécopie par messagerie électronique ²⁷²⁰.

En sens inverse, un jugement du Tribunal de grande instance de Paris a refusé de prononcer la dégénérescence du terme « Sopalin », au motif que les usages du terme sur les forums Internet ne constituaient pas « un usage dans le commerce, tant par les consommateurs que par les professionnels, de la désignation usuelle des rouleaux d'essuie-tout mais tout au plus des abus de langage, voire des usages à titre de marque ». Cette décision quelque peu surprenante s'explique à la lecture de l'attendu suivant : « compte tenu du fait que les essuie-tout en cause sont distribués auprès des consommateurs par le biais d'intermédiaires tels que les grandes surfaces, le public à prendre en considération est bien, comme le soutient la société défenderesse, non seulement l'utilisateur

final mais aussi les professionnels du secteur considéré ». Il est vrai que la Cour de justice de l'Union européenne avait indiqué que dans l'hypothèse où des intermédiaires interviennent dans la distribution au consommateur d'un produit couvert par une marque enregistrée, les milieux intéressés, dont le point de vue doit être pris en compte pour apprécier si ladite marque est devenue, dans le commerce, la désignation habituelle du produit en cause, sont constitués par l'ensemble des consommateurs ou des utilisateurs finals et, en fonction des caractéristiques du marché du produit concerné, par l'ensemble des professionnels qui interviennent dans la commercialisation de celui-ci ²⁷²¹.

En toute hypothèse, les titulaires de marques doivent rester vigilants, et défendre leurs signes contre tout usage tendant à les banaliser. La jurisprudence a précisé, à cet égard, que l'exercice de mises en demeure ²⁷²² ou même d'actions en justice ²⁷²³ n'est pas suffisant. Le titulaire de la marque doit, en outre, informer le public du fait que l'expression litigieuse est une marque, par le biais de publicités, de rectificatifs ou d'avertissements. On peut relever, sur ce sujet, une disposition intéressante du règlement n° 207/2009 : son article 10 prévoit que « si la reproduction d'une marque communautaire dans un dictionnaire, une encyclopédie ou un ouvrage à consulter similaire donne l'impression qu'elle constitue le terme générique des biens ou services pour lesquels la marque est enregistrée, l'éditeur veille, sur demande du titulaire de la marque communautaire, à ce que la reproduction de la marque communautaire soit, au plus tard lors de l'édition suivante de l'ouvrage, accompagnée de l'indication qu'il s'agit d'une marque enregistrée ».

Internet constitue un outil précieux à cette fin : en effet, s'il est un vecteur de dégénérescence potentielle en raison de l'usage que font les internautes du signe, le web peut également s'avérer être un outil de « régénérescence » de la part du titulaire de la marque.

789 ***Déchéance de la marque devenue trompeuse*** ◇ La déchéance est enfin encourue, selon l'article L. 714-6, b), du Code de la propriété intellectuelle et l'article 51 du règlement n° 207/2009, lorsque la marque est devenue, du fait de son propriétaire, propre à induire en erreur, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service.

Rarement prononcée en jurisprudence, cette forme de déchéance vise le cas dans laquelle c'est l'exploitation qu'en a faite son titulaire qui a rendu la marque trompeuse. Ce cas n'appelle pas de plus amples développements, étant peu pertinent dans l'environnement numérique.

790 *Mise en œuvre de la déchéance* ◇ La déchéance peut être demandée en justice par toute personne intéressée. S'agissant des marques communautaires, elle peut, comme la nullité de la marque, être demandée à l'OHMI dans le cadre d'une demande principale, ou au tribunal national compétent en matière de marques communautaires ²⁷²⁴ sur demande reconventionnelle dans une action en contrefaçon.

La déchéance a pour effet de faire disparaître la marque de manière non rétroactive, de manière totale ou partielle selon que le motif de déchéance concerne tout ou partie des produits ou services visés par la marque.

791 Quel est précisément le contenu de la protection conférée par l'enregistrement d'une marque ? C'est ce qu'il convient d'étudier dans une deuxième Section.

SECTION 2. LE CONTENU DE LA PROTECTION

792 *Un monopole limité* ◇ Comme tout droit de propriété intellectuelle, le droit de marque confère à son titulaire des prérogatives exclusives (§ 1) assorties d'exceptions (§ 2).

§ 1. Les droits exclusifs

793 *Rappel du principe de spécialité* ◇ Comme l'indiquent l'article L. 713-1 du Code de la propriété intellectuelle et l'article 9 du règlement n° 207/2009, l'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété incorporelle sur le signe. Sauf exception, la portée de ce droit est limitée par le principe de spécialité, en vertu duquel la marque n'est protégée que pour les produits ou services similaires à ceux qu'elle désigne. Cette protection, que l'on peut appeler « ordinaire » (A), se voit toutefois étendue au-delà du principe de

spécialité dans le cas des marques renommées (B).

A. La protection ordinaire

794 *Sources* ◇ Le contenu de la protection ordinaire est défini aux articles L. 713-2 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, ainsi qu'à l'article 9 du règlement n° 207/2009. Ces textes délimitent le périmètre de la protection des marques dans leur domaine de spécialité, en énumérant les actes qui constituent des atteintes aux droits des titulaires. Ces atteintes sont des actes de contrefaçon (art. L. 716-1 CPI).

À la lecture de ces articles, on peut distinguer deux types de contrefaçon (1), dont la mise en œuvre – notamment dans l'environnement numérique – est soumise à des conditions communes (2). On analysera ce faisant les diverses atteintes que les marques peuvent subir dans l'environnement numérique.

1. Les deux formes de contrefaçon

795 *Distinction selon le caractère total ou non de l'identité* ◇ Les articles L. 713-2 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, tout comme l'article 9 du règlement n° 207/2009, distinguent deux formes de contrefaçon. La contrefaçon peut, d'une part, résulter de la reprise à l'identique de la marque pour désigner des produits identiques : l'identité est alors totale. Elle peut, d'autre part, être constituée d'hypothèses dans lesquelles soit les signes, soit les produits, soit les deux, ne sont que similaires : l'identité n'est alors plus totale.

La distinction de ces deux hypothèses est nécessaire pour déterminer la preuve que le titulaire de la marque prétendument contrefaite doit apporter au soutien de son action.

796 *Première hypothèse : identité totale* ◇ La première hypothèse, la plus simple, est visée à l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle et à l'article 9, § 1, a). Ces deux textes permettent au titulaire d'une marque enregistrée d'en interdire la reproduction, l'usage ou l'apposition (même avec l'adjonction de mots tels que : "formule, façon, système, imitation, genre, méthode"), ainsi que l'usage de la marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement.

Il y a bien, dans ce cas, une double identité entre, d'une part, les signes en cause et, d'autre part, les produits ou services concernés. L'hypothèse ne présente guère de difficultés, et le simple constat de cette double identité conduit à la qualification de contrefaçon ²⁷²⁵. Il s'agit d'une protection objective en ce qu'elle ne suppose pas la preuve d'un risque de confusion – dont l'existence est en réalité évidente. Peu importe, par ailleurs, qu'un tel risque soit dissipé par une mention correctrice comme celles mentionnées par le Code de la propriété intellectuelle. On peut citer, à cet égard, des décisions ²⁷²⁶ ayant considéré que contrefaisaient la marque Vuitton les mentions suivantes sur Internet :

- Louis Vuitton replicas
- Fake Louis Vuitton bags
- Replica Louis Vuitton handbags
- Imitation Louis Vuitton
- Louis Vuitton inspired
- Louis Vuitton replica bags
- Louis Vuitton copies.

797 *Exceptions* ◇ Il faut toutefois, sur ce point, réserver les hypothèses dans lesquelles une marque est reproduite pour désigner des produits de nature identique dans le cadre d'actes de publicité comparative ²⁷²⁷ ou bien en tant que référence nécessaire ²⁷²⁸.

798 *Précisions quant à l'identité du signe* ◇ L'hypothèse de contrefaçon par reproduction couvre évidemment la reproduction dite servile, c'est-à-dire la reproduction, sans modification ni ajout, de tous les éléments constituant la marque. Elle s'étend également à la reproduction du signe « avec des différences si insignifiantes qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux d'un consommateur moyen » ²⁷²⁹. L'application de cette condition est appréciée de façon variable par les juges, qui ont par exemple refusé de considérer que le signe « Nutri-Riche », utilisé sur Internet, constituait la reproduction de la marque Nutri-Rich ²⁷³⁰ mais, à l'inverse, jugé insignifiantes les différences entre la marque AutoIES et les mots-clés « Auto-IES » et « Auto IES » ²⁷³¹, entre la marque DEMAT-RH et la mention « Demat'RH » ²⁷³² ou encore entre les marques Data connexion et Dataconnexions ²⁷³³. À défaut de rapporter l'identité des signes, le demandeur doit prouver l'existence d'un risque de

confusion – ce qui sera d'autant plus aisé que les différences entre les signes sont minimales. Tel sera sans doute le cas des titulaires de marques agissant contre les titulaires de noms de domaines homonymes, dans la mesure où « la présence du préfixe <www.> et l'adjonction de l'extension du nom telle que <.com>, <.fr> ou <.eu> impliquent, selon toute logique, de caractériser l'atteinte en une imitation de marque et non en une reproduction à l'identique » ²⁷³⁴. C'est ainsi que la cour d'appel de Versailles a estimé que les signes « Issy » et <Issy.net> n'étaient pas identiques ²⁷³⁵.

799 *Suppression ou modification de la marque* ◇ En marge de la première hypothèse de contrefaçon, il faut ajouter les actes de suppression et de modification d'une marque régulièrement apposée, prévus par l'article L. 713-2, b), du Code de la propriété intellectuelle.

En vertu de cette disposition, porte atteinte aux droits exclusifs du titulaire d'une marque le revendeur qui efface la marque du fabricant sur des produits informatiques authentiques ²⁷³⁶. La même règle vaut pour la revente – notamment en ligne – de produits authentiques d'occasion, à moins toutefois que ces produits aient été modifiés ou altérés de sorte que la marque ne remplit plus sa fonction de garantie d'origine ²⁷³⁷.

800 *Seconde hypothèse : absence d'identité totale* ◇ L'autre hypothèse majeure de contrefaçon est prévue à l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, ainsi qu'à l'article 9, § 1, b), du règlement n° 207/2009.

Le premier de ces textes interdit :

« Sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public :

a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ;

b) L'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ».

Quant au second, il prohibe l'usage « d'un signe pour lequel, en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque communautaire et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services couverts par la marque communautaire et le signe, il existe un risque de confusion dans l'esprit du public », étant précisé que « le risque de

confusion comprend le risque d'association entre le signe et la marque ».

801 *Analyse* ◇ La différence principale entre ces hypothèses et la première forme de contrefaçon est que la double identité qui caractérisait celle-ci fait ici défaut. En effet, trois schémas sont prévus :

- les signes sont identiques et les produits ou services sont similaires ;
- les signes sont similaires et les produits ou services sont identiques ;
- les signes ainsi que les produits ou services sont similaires.

Dans les trois cas, l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle et l'article 9, § 1, b), du règlement n° 207/2009, exigent la preuve d'un « risque de confusion dans l'esprit du public » pour que soit retenue l'existence d'une atteinte aux droits des titulaires de marques ²⁷³⁸.

802 *Appréciation du risque de confusion* ◇ La difficulté principale – source d'un abondant contentieux – réside dans l'appréciation par le juge du risque de confusion. Trois précisions doivent d'emblée être apportées à ce sujet :

Premièrement, la confusion n'est pas nécessairement avérée ; un simple risque pour les consommateurs suffit.

Deuxièmement, en matière de marques communautaires, l'atteinte est constituée dès lors que le risque de confusion existe dans l'un des États membres.

Troisièmement, les modalités d'appréciation de ce risque sont identiques quel que soit le contexte dans lequel la recherche s'inscrit : action en contrefaçon, mais également procédure d'opposition ²⁷³⁹ ou action en annulation fondées sur l'atteinte à une marque antérieure. En conséquence, les développements qui suivent sont également applicables à ces procédures.

803 *Public de référence* ◇ Lorsqu'ils apprécient l'existence du risque de confusion, les juges prennent en compte la perception du public de référence, standard abstrait défini par la Cour de justice de l'Union européenne comme « le consommateur d'attention moyenne de la catégorie de produits concernés, normalement informé et raisonnablement attentif » ²⁷⁴⁰. Selon les domaines, le public pertinent pourra être composé des consommateurs ou des professionnels ²⁷⁴¹.

La difficulté pratique est de déterminer quel est le degré d'attention de ce public, ce qui doit s'effectuer au cas par cas puisque, selon la Cour de

justice, ce degré d'attention est susceptible de varier en fonction de la catégorie de produits ou services en cause ²⁷⁴². Ainsi, en matière de produits pharmaceutiques, les patients font preuve d'un degré d'attention supérieur à la moyenne ²⁷⁴³, et ce d'autant plus que les troubles que les produits visent à traiter sont graves ²⁷⁴⁴. Qu'en est-il dans l'environnement numérique ? Il est difficile de postuler un niveau d'attention spécifique de la part des consommateurs sur Internet. Il faut plutôt admettre que, comme dans le monde réel, le niveau d'attention dépend du type de produits ou services proposés dans le monde virtuel.

Une fois le public pertinent déterminé, les juges (ou offices d'enregistrement, le cas échéant) doivent s'attacher à apprécier la similitude des produits ou services, d'une part, et la similitude des signes, d'autre part.

804 *Similitude entre les produits ou services* ◇ L'appréciation de la similitude entre les produits ou services concernés est cruciale puisqu'elle permet de déterminer si les signes en conflit se situent dans le même domaine de spécialité.

En l'absence de précisions légales sur le mode d'appréciation de la similitude, les juges ont mis en œuvre plusieurs critères. La similitude est ainsi appréciée non seulement selon la nature des produits ou services, mais également selon leur destination, leurs modes de commercialisation ou encore leur éventuelle complémentarité. Des produits ou services peuvent aussi être considérés comme similaires, bien qu'ils soient différents par nature, dès lors que le public est susceptible de penser qu'ils ont une origine commerciale commune, en raison de la diversification de l'activité des entreprises ²⁷⁴⁵. En toute hypothèse, néanmoins, les classes de produits ou services désignées lors de l'enregistrement des marques sont indifférentes.

L'appréciation de la similitude, qui relève du pouvoir souverain des juges du fond, est le terrain d'une certaine casuistique, comme l'illustrent les exemples suivants, tirés de la jurisprudence rendue en matière de nouvelles technologies de l'information et de la communication.

805 *Appréciation : produits ou services similaires* ◇ Ont été jugés similaires :

– des « banques de données, logiciels informatiques et services de vidéotexte », d'une part, et de la « publicité, gestion de fichiers

informatiques, location de temps d'accès à un centre serveur de base de données », d'autre part ²⁷⁴⁶ ;

– des logiciels dans le domaine pharmaceutique, d'une part, et des produits médicaux, d'autre part, en raison de la relation étroite et obligatoire entre ces produits et services de consultation et de conseil en matière médicale et pharmaceutique, qui rend ces produits et services complémentaires ²⁷⁴⁷ ;

– des « systèmes de communication entre véhicules et avec les infrastructures routières ; dispositifs d'aide à la navigation ; équipements multimédia pour l'information des passagers d'un véhicule », d'une part, et des « services d'information en matière de transport », d'autre part, au motif que ces services répondent à des besoins similaires avec semblable finalité ²⁷⁴⁸ .

806 *Appréciation : produits ou services non similaires* ◇ Ont, à l'inverse, été jugés non similaires :

– la production musicale de disques compacts numériques, d'une part, et les lecteurs, d'autre part, aux motifs que ces appareils procèdent d'industries distinctes de celles qui fabriquent des supports de stockage de données numériques, et que les produits en cause, bien que destinés à une même clientèle finale, n'ont ni une même nature, ni une même origine ²⁷⁴⁹ ;

– des « émissions radiophoniques, services de communication dans le domaine audiovisuel, vidéo et multimédia ; programmes d'information, de divertissement radiophoniques et télévisés ; services de transmission des sons et/ou des images », d'une part, et des « services de communication téléphoniques, à savoir acheminement de la voix *via* des appels téléphoniques permettant à un utilisateur de joindre un correspondant par téléphone », d'autre part, au motif que, malgré la protection des « services de transmission de sons », la première marque portait sur des services ayant vocation à être diffusés auprès du public, tandis que les services visés dans la demande d'enregistrement de la seconde marque concernaient uniquement des technologies de transmission des sons ²⁷⁵⁰ . Dans cette affaire, la Cour a rejeté l'argument tiré d'une possible diversification d'activité, en soulignant que les innovations technologiques invoquées n'étaient pas présentées comme étant des services de téléphonie et mettaient en œuvre des réseaux différents.

807 *Similitude entre les signes* ◇ La recherche du risque de confusion suppose également que soit caractérisée la similitude entre les signes.

L'appréciation de cette similitude, qui relève également du pouvoir souverain des juges du fond, suppose la comparaison des signes en conflit. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'appréciation doit être globale, et fondée sur « l'impression d'ensemble produite par les marques » à l'issue de l'examen de la similitude « visuelle, auditive et conceptuelle des signes »²⁷⁵¹. Ainsi, des différences visuelles peuvent être contrebalancées par des ressemblances phonétiques ou conceptuelles, ou *vice-versa*.

La jurisprudence de l'Union européenne a précisé que les similitudes visuelles sont prépondérantes lorsque les produits ou services en cause sont commercialisés d'une manière qui conduit les consommateurs à percevoir visuellement les marques lors de l'acte de l'achat²⁷⁵². Appliquée à l'environnement numérique, univers essentiellement visuel, cette règle conduira les juges à privilégier les similitudes visuelles des marques exploitées sur Internet.

808 *Appréciation : signes similaires* ◇ Ont par exemple été jugés similaires les signes suivants, « comparés au moyen d'une appréciation d'ensemble de leur similitude visuelle, phonétique et conceptuelle, en prenant particulièrement en compte leur composante dominante et distinctive », selon une formule constante :

- « Annu » et « L.♥veannu »²⁷⁵³ ;
- « Wannago » et « Wanadoo »²⁷⁵⁴ ;
- <PlanetArthur.com> et « Arthur »²⁷⁵⁵ ;
- « e-Bird » et « TBird »²⁷⁵⁶ ;
- « Blogotop » et « Blogotop 2.0 »²⁷⁵⁷ ;
- « La Centrale » et « La centrale des investisseurs »²⁷⁵⁸, ainsi que « La centrale de l'autocar » ou encore <centrale-autocar.com>²⁷⁵⁹ ;
- « Axa », « Axacom » et « @xacom »²⁷⁶⁰ ;
- « Intel » et « M@m@intelcom » ainsi que <www.maintel.com>²⁷⁶¹ ;
- « NRJ » et « Radio synergie », <radiosynergie.com>, <radiosynergie.info>, et <radiosynergie.fr>²⁷⁶² ;
- « Monoprix » et <Motoprix.com>²⁷⁶³ ;
- « Florajet le premier réseau entre fleuristes » et <www.entrefleuristes.com>²⁷⁶⁴ ;
- « Free » et <Freewifi.fr>²⁷⁶⁵ ;

– « Mister Good Deal » et « Mr Good Deal » ainsi que <mister-good-deal.fr> ²⁷⁶⁶.

Ces quelques exemples révèlent que le risque de confusion est facilement retenu lorsqu'une marque est reprise ou imitée dans un nom de domaine. Cela n'a rien d'étonnant, dans la mesure où, comme on l'a indiqué ²⁷⁶⁷, l'adjonction d'un TLD n'est pas de nature à distinguer le nom de domaine d'une marque antérieure constituée du même mot ²⁷⁶⁸.

809 *Appréciation globale du risque de confusion* ◇ On a présenté successivement l'appréciation de la similitude entre les produits ou services et celle de la similitude entre les signes. Mais, en pratique, ces deux recherches ne doivent pas être dissociées. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué que « l'appréciation globale du risque de confusion implique une certaine interdépendance entre les facteurs pris en compte et notamment la similitude des marques et celle des produits ou services désignés. Ainsi, un faible degré de similitude entre les produits ou services désignés peut être compensé par un degré élevé de similitude entre les marques, et inversement » ²⁷⁶⁹.

Au terme de cette appréciation globale, il convient de rechercher si le public risque de croire que « les produits ou services en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises économiquement liées » ²⁷⁷⁰. La Cour de justice de l'Union européenne a également précisé que « le risque de confusion est d'autant plus élevé que le caractère distinctif de la marque antérieure s'avère important » ²⁷⁷¹.

Ces principes, consacrés par la Cour de cassation ²⁷⁷², sont fidèlement appliqués par les juges français. C'est ainsi, par exemple, qu'une cour d'appel a estimé que l'usage des signes « Axacom » et « @xacom » constituait des actes de contrefaçons de la marque Axa au motif que « le client potentiel p[ouvai]t légitimement penser que la société Axacom, qui reproduit [...] le signe “Axa”, est soit une filiale de la société Axa ou est liée économiquement avec elle, soit titulaire d'une licence », en raison du « caractère distinctif très élevé » de la marque Axa ²⁷⁷³. On peut également citer une décision par laquelle le tribunal de grande instance de Paris a qualifié l'usage des signes « M@m@intelcom » et <www.maintel.com> de contrefaçons de la marque Intel, estimant que « l'identité ou la similarité des produits et services concernés alliée à la similitude entre les signes en cause pris dans leur ensemble entraîne un risque de confusion, le public concerné étant amené à attribuer aux

produits et services protégés une origine commune » ²⁷⁷⁴.

- 810** Quelle que soit la forme prise par la contrefaçon, l'atteinte à la marque suppose la réunion de conditions communes.

2. Les conditions communes

- 811** ***Énoncé des conditions*** ◇ La qualification de contrefaçon suppose, outre les conditions exposées ci-dessus, la réunion de trois conditions issues du droit de l'Union européenne ²⁷⁷⁵. Dans un arrêt *Arsenal* ²⁷⁷⁶, la Cour de justice de l'Union européenne a, en effet, indiqué que la notion d'usage que le titulaire de la marque est en droit d'interdire suppose la réunion des trois conditions suivantes :

- l'usage a lieu dans la vie des affaires ;
- il est fait à titre de marque ;
- il est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque.

- 812** ***Première condition : un usage dans la vie des affaires*** ◇ La directive n° 2008/95 indique, dans son article 5, que le titulaire d'une marque est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, d'effectuer les actes prohibés lorsque ces derniers sont accomplis « dans la vie des affaires ». L'article 9 du règlement n° 207/2009 est formulé de manière identique.

Cette condition, si elle ne figure pas dans le Code de la propriété intellectuelle, s'impose pourtant en droit national en raison de l'obligation d'interprétation du droit interne à la lumière de la directive.

En quoi consiste un « usage dans la vie des affaires » ? Dans son arrêt *Arsenal* ²⁷⁷⁷, la Cour de justice de l'Union européenne a donné une interprétation large de cette expression, en affirmant qu'elle vise les usages qui se situent « dans le contexte d'une activité commerciale visant un avantage économique, et non dans le domaine privé ». Ainsi en est-il, par exemple, d'une entreprise qui importe un produit marqué pour le connaître dans le cadre de son activité de conception d'accessoires, même en l'absence de but de commercialisation de ce produit auprès du public français ²⁷⁷⁸.

- 813** ***Usage par les vendeurs sur les places de marché en ligne*** ◇ Il convient donc de rechercher si les actes prétendument contrefaisants

sont effectués dans un contexte économique. Or, l'application de cette condition à certains usages dans l'univers numérique a soulevé des difficultés.

La première question qui se pose est de savoir si une personne physique vendant un produit sur une place de marché en ligne effectue un usage dans la vie des affaires ²⁷⁷⁹, ou au contraire, un usage privé, de la marque dudit produit. Selon la Cour de justice, « lorsqu'une personne physique vend un produit de marque au moyen d'une place de marché en ligne sans que cette transaction se situe dans le contexte d'une activité commerciale, le titulaire de la marque ne saurait invoquer son droit exclusif. Si, en revanche, les ventes effectuées sur une telle place de marché dépassent, en raison de leur volume, leur fréquence ou d'autres caractéristiques, la sphère d'une activité privée, le vendeur se place dans le cadre de la vie des affaires » ²⁷⁸⁰. La difficulté serait ainsi de placer le seuil à partir duquel on quitte l'usage privé pour se situer dans la vie des affaires. La Cour de justice semble impliquer que l'usage dans la vie des affaires doit être effectué dans le cadre d'une activité professionnelle. Ainsi s'appuie-t-elle, dans son arrêt *eBay* ²⁷⁸¹, sur le fait que les défendeurs avaient « vendu, au moyen du site www.eBay.co.uk, un nombre important d'objets revêtus des marques de L'Oréal », pour en déduire que ces personnes avaient agi en tant que commerçant, d'où un usage dans la vie des affaires.

Mais en réalité, on voit mal comment la vente d'un produit de marque au moyen d'une place de marché en ligne pourrait se situer en dehors de la vie des affaires, alors même qu'elle a pour effet de distribuer un bien sur le marché ²⁷⁸². Considérer qu'il ne s'agit que d'une activité privée serait d'ailleurs inopportun car cela conduirait à priver les titulaires de marques du droit d'agir en contrefaçon contre de simples particuliers dont les actes porteraient atteinte à leurs droits ²⁷⁸³.

L'application de cette condition soulève également une question relativement à l'usage des marques effectué par les intermédiaires des places de marché en ligne. Cette question mettant également en œuvre la deuxième condition, celle d'un usage à titre de marque, elle est traitée dans les développements y afférents ²⁷⁸⁴.

814 *Usage, dépôt et enregistrement* ◇ Au regard de cette condition d'usage dans la vie des affaires, peut-on considérer que le simple dépôt d'un signe identique ou similaire à une marque constitue une contrefaçon

de cette dernière ? La réponse à cette question dépend du type de signe en cause.

Lorsqu'il s'agit d'une marque, la jurisprudence française considérerait traditionnellement que son seul dépôt portait atteinte à la marque antérieure, indépendamment de l'usage du signe second ²⁷⁸⁵. Selon la Cour de cassation, « l'atteinte portée au droit privatif que constitue la propriété d'une marque justifie à elle seule l'allocation de dommages-intérêts, peu important [...] l'absence d'usage dans la vie des affaires de la marque contrefaisante » ²⁷⁸⁶. Toutefois, cette solution est difficilement compatible avec l'exigence d'usage dans la vie des affaires posée par la Cour de justice de l'Union européenne ²⁷⁸⁷ – à moins, peut-être, d'admettre que le dépôt d'une demande de marque constitue un usage dans la vie des affaires ²⁷⁸⁸. Quoiqu'il en soit, cette jurisprudence peu explicite risque de se voir remise en question sur le fondement du droit de l'Union européenne. Ainsi en témoigne un jugement rendu par le Tribunal de Paris le 20 septembre 2011 ²⁷⁸⁹, dans lequel les juges affirment pour la première fois que le simple enregistrement d'une marque, sans autre usage, ne constitue pas une contrefaçon, faute pour le déposant de réaliser un usage de ladite marque dans la vie des affaires. Cette décision présente le mérite d'aligner le droit français avec les exigences formulées par la Cour de justice de l'Union européenne.

Lorsqu'il s'agit d'un autre signe tel qu'un nom commercial ²⁷⁹⁰, une dénomination sociale ²⁷⁹¹ ou un nom de domaine ²⁷⁹², les juges, après avoir hésité sur la question ²⁷⁹³, considèrent désormais, à juste titre, que le simple dépôt ne constitue pas une contrefaçon ; seul l'usage du signe peut se révéler contrefaisant. Comme l'a très clairement indiqué la Cour de cassation, un nom de domaine inactif n'est pas une contrefaçon ²⁷⁹⁴. Cette position se justifie aisément au regard de la condition d'usage du signe dans la vie des affaires. De surcroît, on voit mal comment le seul enregistrement d'un nom de domaine similaire à la marque pourrait faire naître un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs tant que le site n'est pas exploité ²⁷⁹⁵.

815 *Conséquence de la condition : exception de parodie* ◇ Il faut également mentionner que la condition d'usage dans la vie des affaires justifie l'exception de parodie, dont il sera question plus bas ²⁷⁹⁶. En effet, celui qui parodie une marque en fait un usage qui se situe en dehors de la vie des affaires, dans la mesure où il ne vise aucun avantage

économique.

816 *Deuxième condition : un usage à titre de marque* ◇ Si le signe dont l'usage est contrefaisant n'est pas nécessairement une marque (il peut par exemple s'agir d'un nom commercial ²⁷⁹⁷, d'une enseigne ou encore d'un nom de domaine ²⁷⁹⁸), il est toutefois nécessaire que son usage soit effectué non seulement dans la vie des affaires, mais également « pour désigner des produits ou services » (identiques ou similaires), c'est-à-dire à titre de marque ²⁷⁹⁹. Cette exigence, tirée de la lecture de l'article 9 du règlement n° 207/2009 et de l'article 5 de la directive n° 2008/95, a été formulée par la Cour de justice de l'Union européenne, dans l'arrêt *Arsenal* ²⁸⁰⁰, de la manière suivante : le titulaire d'une marque peut « interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage, dans la vie des affaires, d'un signe identique à la marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée ».

Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le signe n'est pas utilisé en tant que marque, le titulaire de la marque reproduite ou imitée ne peut s'opposer à cet usage car « l'usage qu'il conteste ne porte pas atteinte aux prérogatives qu'il tient de son droit, déterminées par référence aux fonctions de la marque » ²⁸⁰¹.

La mise en œuvre pratique de cette exigence se traduit de plusieurs manières.

817 *Usages ne désignant pas des produits ou services : emploi dans le langage courant* ◇ La première conséquence logique de la règle fixée par la Cour de justice de l'Union européenne est que les usages de signes identiques ou similaires à des marques protégés ne peuvent être qualifiés de contrefaçon dès lors qu'ils ne sont pas faits à titre de marque, c'est-à-dire qu'ils ne désignent pas des produits ou services.

C'est ainsi que ne peuvent être inquiétés les tiers utilisant, dans leur sens commun et nécessaire, des termes du langage courant enregistrés comme marques. Par exemple, il a été jugé que le titulaire de la marque Dermo esthétique ne pouvait voir condamner pour contrefaçon des tiers qui avaient promu un appareil de soin spécifique, appelé « lift visage », en indiquant que cet appareil disposait « d'une technologie d'avant-garde à la dermo-esthétique moderne », car l'usage du terme « dermo

esthétique » n'était pas effectué en tant que marque ²⁸⁰². De même, les juges qui avaient admis la validité de la marque Mektoub pour désigner des sites de rencontre ont refusé de condamner pour contrefaçon le tiers qui utilisait sur son site web le terme « Mektoub », signifiant « destin » en arabe, dans son sens courant, à travers des expressions telles que : « donnez un coup de pouce à votre mektoub », « accélérateur de votre mektoub », ou encore « ceux qui ont déjà provoqué leur mektoub » ²⁸⁰³. De même encore, la Cour de cassation a estimé que la société La Poste, n'étant plus en situation de monopole pour proposer un service de bureau de poste, ne pouvait s'opposer à l'utilisation, dans leur sens courant, des termes « bureau de poste » au sein de l'expression « premier bureau de poste électronique » pour désigner une telle activité ouverte à la concurrence ²⁸⁰⁴. De fait, ces emplois ne constituent pas un usage à titre de marque et ne peuvent donc être constitutifs de contrefaçon ²⁸⁰⁵.

Cette règle s'applique à tous les usages de termes dans leur acception courante, y compris aux usages effectués au sein de noms de domaine ²⁸⁰⁶. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'usage du nom de domaine <strategierelationclient.com>, composé de trois termes génériques, ne portait pas atteinte à la marque Stratégies ²⁸⁰⁷ ; de même pour les noms de domaine <decathlon.pl>, dans lequel le terme « décathlon », constitutif d'une marque, était employé dans son acception usuelle ²⁸⁰⁸, ou encore <argus.fr>, composé d'un terme passé dans le langage courant ²⁸⁰⁹.

Toutefois, si la renommée d'une marque composée d'un terme courant est telle que sa reprise, pour désigner des produits similaires, risque d'être perçue par le public de référence comme identifiant l'origine commerciale des produits, la condition d'usage à titre de marque est remplie, et l'emploi du signe contrefaisant ²⁸¹⁰. Afin d'apprécier la perception du public, il convient de s'attacher au contexte dans lequel la mention litigieuse est apposée : s'il en résulte que les consommateurs ne sont nullement amenés à penser que les produits sont susceptibles d'avoir un quelconque lien avec la marque revendiquée, il n'en est pas fait un usage à titre de marque ²⁸¹¹.

818 *Paris en ligne et usage de marques* ◇ Les usages par des exploitants de sites de paris en ligne de termes ou symboles constituant des marques protégées sont-ils effectués à titre de marques ? Tout dépend de la manière dont ces usages sont faits.

S'il s'agit simplement, pour l'exploitant du site, de désigner les clubs

ou entités sur lesquels parier, l'usage des marques correspondantes, nécessaire à l'activité du site, bien qu'il se situe dans la vie des affaires, ne désigne pas des produits ou services, et ne constitue donc pas un usage à titre de marque (contrairement à l'usage qui désigne des produits dérivés aux couleurs du club, comme dans l'affaire *Arsenal* ²⁸¹²). C'est ainsi que les juges ont admis, par exemple, la licéité de la référence aux marques Juventus ²⁸¹³ ou PSG ²⁸¹⁴ sur des sites de paris en ligne ²⁸¹⁵. On notera, toutefois, en sens contraire, deux arrêts critiquables. Dans le premier ²⁸¹⁶, la cour d'appel de Paris a qualifié de contrefaçon la référence, par un opérateur de paris en ligne, à la marque Roland-Garros à des fins descriptives, considérant de façon fort contestable que l'usage à titre de marque était constitué du fait que l'emploi de « Roland-Garros » avait « pour fonction essentielle de distinguer, parmi l'ensemble des produits de même nature que sont les paris portant notamment sur des événements sportifs, ceux qui portent précisément sur le tournoi éponyme ». Dans le second ²⁸¹⁷, la même Cour a condamné pour contrefaçon la reprise, sur un site de paris en ligne, de la dénomination « Jeux Olympiques » et des anneaux olympiques, signes déposés comme marques par le Comité Olympique et sportif français, au motif que l'article L. 141-5 du Code du sport punit des peines prévues aux articles L. 716-9 du Code de la propriété intellectuelle « le fait de déposer à titre de marque, de reproduire, d'imiter, d'apposer, de supprimer ou de modifier les emblèmes [olympiques] sans l'autorisation du Comité national olympique et sportif français ». Pourtant, dans cette décision, la Cour avait, en raison de la proximité entre le régime de protection spéciale accordé par cet article et le régime général du droit des marques, indiqué que la disposition du Code du sport ne pouvait s'appliquer indépendamment du constat d'une atteinte aux droits des titulaires des marques au sens du Code de la propriété intellectuelle. Or, comme dans la décision précédente, on peut contester la qualification d'usage à titre de marque des emblèmes olympiques sur le site de paris en ligne.

Depuis l'adoption de la loi du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence des paris en ligne ²⁸¹⁸, il importe également de tenir compte de l'article L. 333-1-1 du Code du sport, selon lequel le droit d'exploitation des organisateurs de manifestations sportives ²⁸¹⁹ « inclut le droit de consentir à l'organisation de paris sur les manifestations ou compétitions sportives ». Cette disposition n'a toutefois pas d'impact sur la protection des marques de ces entités, qui peuvent se voir reproduites

sans l'autorisation de leurs titulaires, en vertu de l'exception de référence nécessaire, qui est exposée plus bas ²⁸²⁰.

819 *Revente de billets et usage de marques* ◇ Le droit d'exploitation des organisateurs des manifestations sportives, ainsi que culturelles, a également été enrichi par une loi du 12 mars 2012 ²⁸²¹, qui a introduit dans le Code pénal un article 313-6-2 aux termes duquel « le fait de vendre, d'offrir à la vente ou d'exposer en vue de la vente ou de la cession ou de fournir les moyens en vue de la vente ou de la cession des titres d'accès à une manifestation sportive, culturelle ou commerciale ou à un spectacle vivant, de manière habituelle et sans l'autorisation du producteur, de l'organisateur ou du propriétaire des droits d'exploitation de cette manifestation ou de ce spectacle, est puni de 15 000 € d'amende » ²⁸²². De nouveau, cette disposition n'a pas d'impact sur la protection des marques de ces entités, qui peuvent se voir reproduites sans l'autorisation de leurs titulaires, en vertu de l'exception de référence nécessaire, qui est exposée plus bas ²⁸²³.

820 *Fanpage sur Facebook* ◇ L'usage de la marque d'un tiers par l'éditeur d'une *fanpage* non officielle rassemblant les amateurs du produit ou du service est-il contrefaisant ? La réponse sera négative dès lors que cet usage ne vise pas l'obtention d'un avantage direct ou indirect de nature économique. C'est ainsi que le tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement du 28 novembre 2013 ²⁸²⁴, a refusé de condamner la créatrice d'une page Facebook « Plus belle la vie », consacrée à la série télévisée, aux motifs que cette page n'était pas utilisée « pour réaliser des échanges commerciaux ayant pour but de distribuer des biens ou services sur le marché », et que la page ne pouvait aucunement être confondue avec la page officielle de la série.

821 *Autres usages n'étant pas effectués à titre de marques* ◇ La condition d'usage du signe à titre de marque fait également défaut lorsque la marque d'un tiers est citée sans que la mention désigne des produits ou services. Tel est le cas, par exemple, d'un courtier reproduisant les marques des sociétés qu'il représente sur son site web : dans ce cas, en effet, le signe n'est pas employé pour désigner des produits, mais seulement pour renvoyer à l'identité des entreprises concernées ²⁸²⁵. Tel est également le cas de la citation de la marque

d'autrui dans un ouvrage littéraire ou scientifique. En matière numérique, on peut songer à un site ou blog répertoriant par exemple les différentes marques commercialisées dans un centre commercial. C'est ainsi qu'on peut interpréter *a contrario* un jugement ²⁸²⁶ par lequel le tribunal de grande instance de Paris a retenu la contrefaçon par reproduction établie par un lien hypertexte, au motif que l'exploitation du lien reproduisant la marque était « bien effectuée à des fins commerciales, et non dans le seul but désintéressé d'informer l'utilisateur » et que la société ayant posé le lien « ne se born[ait] pas à citer la marque comme elle pourrait l'être dans un guide, mais l'utilis[ait] dans le cadre d'une activité [...] directement concurrente de celle exercée par la demanderesse, et couverte par l'enregistrement de la marque invoquée ». De même, la citation de la marque d'un tiers est licite dès lors qu'elle est seulement effectuée dans le but d'indiquer la source d'une œuvre citée, « et non d'établir un lien économique avec des services ou produits identiques » ²⁸²⁷.

Dans le même sens, la Cour de cassation a, par un arrêt du 25 septembre 2012 ²⁸²⁸, approuvé une cour d'appel ²⁸²⁹ d'avoir rejeté l'action en contrefaçon dirigée contre une société qui commercialisait sur Internet des photographies représentant des emballages de produits sur lesquelles figuraient des marques, aux motifs suivants : « attendu que la contrefaçon par reproduction ou usage d'une marque implique que le signe incriminé soit utilisé pour désigner des produits identiques ou similaires à ceux désignés à l'enregistrement de la marque ; que l'arrêt relève que les marques [reproduites] sont enregistrées pour désigner des produits ayant un lien avec l'alimentation et la diététique et que les emballages des produits comportant ces marques sont reproduits sur des photographies commercialisées par [la société défenderesse] qui gère un service de vente ou de location de photographies ; qu'il relève encore, par motifs propres et adoptés, que les photographies incriminées n'étaient pas référencées sous les marques [du demandeur] et qu'il était impossible d'y accéder en entrant, dans un moteur de recherches, des mots-clés correspondant à ces marques ; que de ces constatations et appréciations la cour d'appel a pu déduire que les produits offerts à la vente par [le défendeur] n'étant ni identiques, ni similaires à ceux couverts par les enregistrements de marques et n'étant pas identifiés par celles-ci, aucun acte de contrefaçon ne pouvait être imputé à [au défendeur] ».

822 *Usages désignant indirectement des produits ou services* ◇ La condition d'usage à titre de marque a pour autre conséquence qu'il n'est pas nécessaire que le signe dont l'usage est contrefaisant constitue une marque. En effet, d'autres signes distinctifs peuvent, à raison de leur usage, remplir la même fonction d'identification commerciale des produits ou services désignés que les marques.

Tel peut être le cas de la dénomination sociale ²⁸³⁰, du nom commercial ²⁸³¹, de l'enseigne ²⁸³², du nom de domaine ²⁸³³ ou encore simplement d'une mention faite à titre publicitaire, notamment sur un site web ²⁸³⁴. S'ils désignent directement, respectivement, une personne morale, un fonds de commerce, un lieu d'exploitation et l'adresse d'un site web, et non pas des produits ou services, il n'en est pas moins vrai qu'ils désignent indirectement, aux yeux du public, les produits ou services objet de l'activité de leur exploitant ²⁸³⁵. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé, à ce sujet, qu'un tiers fait usage d'un signe « pour des produits ou services » lorsqu'il utilise ce signe « de telle façon qu'il s'établit un lien entre le signe [...] et les produits commercialisés ou les services fournis par le tiers » ²⁸³⁶.

C'est ainsi que la jurisprudence française admet que l'usage de ces signes constitue un acte de contrefaçon dès lors qu'ils sont employés en relation avec des produits ou services identiques ou similaires au domaine de spécialité de la marque et qu'ils reproduisent ou imitent cette dernière. Par exemple, un prévenu a été condamné pour avoir reproduit la marque Gaz de France sur son site web pour désigner « des services identiques à ceux désignés dans les enregistrements déposés par Gaz de France » ²⁸³⁷.

Dans l'environnement numérique, les juges ont été conduits à préciser les conditions dans lesquelles l'utilisation d'un nom de domaine porte atteinte à une marque.

823 *Application aux noms de domaines : un usage à titre de marque* ◇ Un nom de domaine reproduisant ou imitant une marque est contrefaisant s'il est utilisé à titre de marque. Les juges doivent donc examiner l'usage qu'en fait son exploitant, étant entendu, selon une formule constante, que « le seul enregistrement d'un nom de domaine est une opération en elle-même neutre » ²⁸³⁸ et que la simple réservation de noms de domaine construits à partir de marques, sans exploitation, n'est pas susceptible de caractériser un acte d'usage de marque ²⁸³⁹, comme on

l'a évoqué plus haut ²⁸⁴⁰.

Précisons toutefois que la pratique du *cybersquatting*, consistant à réserver un nom de domaine constitué d'une marque célèbre avant que le titulaire de la marque ne le fasse, dans l'espoir de le contraindre à racheter le nom de domaine, ainsi que sa variante le *typosquatting*, peuvent se voir sanctionnées indépendamment de tout usage, sur le fondement de la fraude notamment ²⁸⁴¹.

La condition d'usage à titre de marque est jugée remplie dès lors que le titulaire du nom de domaine exploite ce signe en relation avec des produits ou services similaires ²⁸⁴². Ainsi a-t-il été jugé que l'usage du nom de domaine <www.entrefleuristes.com> pour un site proposant des services de distribution de fleurs contrefaisait la marque antérieure Entrefleuristes ²⁸⁴³ ; de même pour l'usage du nom de domaine <annonces-bateau.fr>, contrefaisant la marque Annonces du bateau ²⁸⁴⁴.

Tel est également le cas, selon la jurisprudence, lorsque le nom de domaine renvoie à un site sur lequel sont proposés au public des produits concurrents de ceux offerts par le titulaire de la marque contrefaite. C'est ainsi qu'a été condamné pour contrefaçon de la marque Rue du commerce l'exploitant des noms de domaine <rueducommerc.com> et <rueducommrece.com>, réorientant les internautes vers les sites concurrents Mistergooddeal et Grosbill ²⁸⁴⁵. Un arrêt ²⁸⁴⁶ a même estimé, de façon discutable, que la contrefaçon était constituée par l'exploitation d'un nom de domaine imitant une marque, non pas pour attirer le public vers des produits concurrents de ceux couverts par les marques légitimes, mais au contraire pour le rediriger vers les produits et services qui sont ceux de l'entreprise titulaire des marques imitées, l'objectif étant simplement l'obtention d'une rémunération publicitaire proportionnelle au nombre d'internautes redirigés. Pourtant, en l'espèce, le titulaire du nom de domaine n'exploitait pas de site web, mais utilisait l'adresse URL uniquement pour réorienter les internautes vers le propre site de la demanderesse, si bien que l'usage de la dénomination pouvait difficilement être qualifié d'usage à titre de marque ²⁸⁴⁷.

824 ***Application aux noms de domaines : absence d'usage à titre de marque*** ◇ Il est des hypothèses dans lesquelles l'usage d'un nom de domaine reproduisant ou imitant une marque ne constitue pas un usage du signe « à titre de marque » :

– soit le nom de domaine ne désigne pas de produits ou services, mais se limite à donner accès à un site web. Deux décisions illustrent ce cas de figure. Dans une affaire *Free* ²⁸⁴⁸, le tribunal de grande instance de Paris a estimé que « la simple utilisation d'un signe dans un nom de domaine ne peut en soi constituer une contrefaçon de marque dès lors que la fonction même de la marque n'est pas remplie ; or, il apparaît qu'en l'espèce le nom de domaine <freewifi.fr> est utilisé en tant que chemin d'accès technique au site de la société Osmozis [l'exploitant] et n'est jamais repris sur le site lui-même, et qu'il ne peut dans ces conditions remplir la fonction de marque ». Dans une affaire *Place des Tendances* ²⁸⁴⁹, il a été jugé, selon le même raisonnement, que l'usage par la société Promod des noms de domaine <place-des-styles.com>, <placedesstyles.com> et <placedesstyles.fr> pour identifier une place virtuelle de présentation de produits vers laquelle était redirigé l'internaute n'était pas de nature à caractériser une exploitation à titre de marque ;

– soit le nom de domaine est utilisé dans le sens courant des termes qui le composent, et ne constitue alors pas un usage à titre de marque de ces termes. Ainsi a-t-il été jugé que l'usage du nom de domaine <strategierelationclient.com>, composé de trois termes génériques, ne portait pas atteinte à la marque *Stratégies* ²⁸⁵⁰ ; de même pour les noms de domaine <decathlon.pl>, dans lequel le terme « décathlon », constitutif d'une marque, était employé dans son acception usuelle ²⁸⁵¹ ;

– soit enfin le nom de domaine est utilisé pour désigner les produits ou services du titulaire de la marque, de manière descriptive, critique ou parodique. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'usage des noms de domaine <toy-watch.fr> et <toywatch.fr> ne contrefaisait pas la marque *Toywatch*, dans la mesure où il donnait accès à un blog critiquant notamment les montres de marque *Toywatch*, car il s'agit d'un usage informatif et non pas d'un usage à titre de marque ²⁸⁵². Cette décision rejoint les raisonnements tenus par les juges en matière de parodie et de critique de marques, que l'on envisagera au titre des limites aux droits des titulaires de marques ²⁸⁵³.

825 *Application aux noms de domaines : le principe de spécialité* ◇ Conformément aux articles L. 713-2 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, la qualification de contrefaçon d'une marque suppose que le signe la reproduisant ou l'imitant soit utilisé pour

désigner des produits identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement.

Pourtant, ce principe n'a pas toujours été appliqué dans les premiers temps du contentieux opposant les titulaires de marques aux exploitants de noms de domaine. Les juges tendaient, en effet, à condamner largement pour contrefaçon tous ceux qui reproduisaient dans un nom de domaine la marque d'autrui, sans tenir compte de la similitude ou de la différence des produits ou services concernés ²⁸⁵⁴. Peut-être cela s'expliquait-il par le fait que l'enregistrement d'un nom de domaine, contrairement à celui d'une marque, ne s'accompagne d'aucune désignation de produits ou services. En conséquence, les juges, sans s'attacher aux produits ou services effectivement commercialisés par l'exploitant du site, considéraient que tout nom de domaine désignait les seuls services de communications par réseaux informatiques, compris dans la classe 38 de la classification de Nice. Il suffisait alors que le titulaire d'une marque antérieure ait visé ces services lors de l'enregistrement pour que l'usage du nom de domaine soit jugé contrefaisant ²⁸⁵⁵.

Cette solution, très critiquable ²⁸⁵⁶ dans la mesure où « Internet n'est que l'univers dans lequel s'exerce la détention du nom de domaine, et ne peut être confondu avec l'activité du titulaire du nom, qui peut être tout autre (par exemple, vente de fleurs en ligne, jeu de poker, etc.) » ²⁸⁵⁷, a été progressivement abandonnée par les juges ²⁸⁵⁸. La première décision ayant affirmé l'application du principe de spécialité aux noms de domaine est un jugement rendu dans une affaire *Alice* ²⁸⁵⁹, dans laquelle le tribunal a rejeté l'action en contrefaçon de la société titulaire de la marque Alice, déposée pour désigner des services de publicité, dirigée contre l'exploitant du nom de domaine <alice.fr>, qui exerçait une activité dans le domaine de l'édition de logiciels, au motif que les activités des deux entreprises n'étaient ni identiques ni similaires. Cette décision a été suivie par les juges du fond, qui ont exigé, aux fins de caractériser la contrefaçon de marque, que le nom de domaine en cause désigne un site proposant à la vente des produits ou services identiques ou similaires à ceux visés au dépôt de la marque reproduite ²⁸⁶⁰. Comme l'a indiqué très clairement la cour d'appel de Versailles dans l'affaire *Zebank* ²⁸⁶¹, les services de la classe 38 « s'entendent de ceux (généralement fournis par un prestataire technique) ayant un tel objet ; ils ne sauraient se confondre avec les multiples services pour la fourniture desquels les communications par ordinateur, messagerie

électronique ou tout autre support (tel Internet) ne constituent qu'un moyen ». En l'espèce, les noms de domaine <zebank.com> et <zebourse.com> désignaient un lieu d'exposition d'œuvres artistiques, tandis que les marques antérieures « Ze Bank » et « Ze » visaient des services bancaires en ligne. Ainsi, dès lors que les produits ou services proposés par les deux parties sont différents, peu importe qu'elles utilisent le support commun qu'est l'Internet : en vertu du principe de spécialité, le titulaire de la marque ne pourra s'opposer à l'usage du nom de domaine – hormis le cas où sa marque est renommée ²⁸⁶².

Cette position a été consacrée par la Cour de cassation par un important arrêt *Locatour* du 13 décembre 2005 ²⁸⁶³, dans lequel elle a posé le principe suivant : « un nom de domaine ne peut contrefaire par reproduction ou par imitation une marque antérieure, peu important que celle-ci soit déposée en classe 38, pour désigner des services de communication télématique, que si les produits et services offerts sur ce site sont soit identiques, soit similaires à ceux visés dans l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public ». Désormais donc, la jurisprudence est constante en ce sens ²⁸⁶⁴, et ne sanctionne l'usage d'un nom de domaine reproduisant ou imitant une marque que lorsque les produits ou services désignés par les deux signes sont identiques ou similaires ²⁸⁶⁵.

826 *Usage du signe dans une adresse e-mail* ◇ Dans deux décisions similaires, les juges ont qualifié de contrefaçon l'emploi des marques Hotmail ²⁸⁶⁶ et Business Village ²⁸⁶⁷, respectivement au sein des adresses électroniques <package-internet@hotmail.com> et <jl...@business-village.fr>, utilisées par des sociétés pour envoyer des messages publicitaires non sollicités. Pour les juges, ces emplois sont effectués à titre de marques dans la vie des affaires. On peut pourtant en douter, surtout dans le cas de Hotmail, dans la mesure où la reproduction d'un tel signe dans l'adresse électronique ne sert en réalité pas à distinguer les produits ou services de l'expéditeur, mais seulement à indiquer le serveur acheminant le message. En ce sens, l'usage de la marque comme suffixe d'une adresse électronique n'est pas véritablement effectué « à titre de marque » ²⁸⁶⁸.

En revanche, on pourrait éventuellement concevoir que l'usage d'une marque dans le corps d'une adresse e-mail (par exemple, <nike@hotmail.com>) soit constitutif d'un acte de contrefaçon, à

condition que l'adresse désigne des produits identiques ou similaires à ceux couverts par la marque (ce qui suppose de considérer que l'adresse ne désigne pas seulement l'expéditeur du message), et que le public établisse un lien entre le titulaire de la marque et les produits proposés par le tiers. En pratique, la preuve d'un tel risque sera néanmoins difficile à apporter, les internautes étant habitués à distinguer les courriers indésirables des messages provenant des titulaires de marques, lesquels reproduisent généralement la marque dans le suffixe de l'adresse (par exemple, <x@nike.com>).

827 *Usages dans le contexte de la vente en ligne* ◇ La dernière question essentielle qui se pose relativement à la vente sur Internet, notamment par le biais des places de marché en ligne, concerne l'usage des marques par les différents acteurs impliqués, très nombreux autour des sites de référencement ²⁸⁶⁹ et de mise en relation des vendeurs et acheteurs ²⁸⁷⁰. À quelles conditions ces différents acteurs font-ils un usage du signe dans la vie des affaires et à titre de marque ?

La question est complexe, et il faut, pour y répondre clairement, distinguer les cinq hypothèses suivantes :

- l'usage est effectué sur une place de marché par l'intermédiaire commissionnaire ;
- l'usage est effectué sur une place de marché par l'intermédiaire hébergeur ou courtier ;
- l'usage est effectué sur une place de marché par le vendeur ;
- l'usage est effectué sur un site de référencement par le moteur de recherche ;
- l'usage est effectué sur un site de référencement par l'annonceur.

828 *Usage sur une place de marché par l'intermédiaire commissionnaire* ◇ L'usage dans la vie des affaires en tant que marque suppose-t-il que les intermédiaires fassent un usage du signe pour leur compte propre ou en tant que partie intéressée dans une vente de marchandises ? Interrogée sur ce point, la Cour de justice de l'Union européenne a dans un premier temps indiqué, dans une ordonnance du 19 février 2009 ²⁸⁷¹, que les usages de marques effectués par des commissionnaires sur des plateformes de vente en ligne sont accomplis dans la vie des affaires dès lors que ces opérateurs sont « intervenus dans des contrats de vente et ont reçu une rémunération pour cette

intervention », peu important qu'ils aient agi pour le compte des vendeurs. Mais la portée de cette décision est relativement floue quant au rôle exact que doit jouer l'intermédiaire pour que lui soit imputé l'usage du signe dans la vie des affaires : la Cour se limite à définir l'usage du signe par un tiers comme l'utilisation effectuée par ce tiers de telle façon qu'il s'établisse un lien entre ledit signe et « les produits commercialisés ou les services fournis par le tiers » ²⁸⁷².

En réalité, il faut établir une distinction selon que l'intermédiaire conclut lui-même la vente en son nom propre ou qu'il se limite à mettre en relation le vendeur et l'acheteur.

Dans le premier cas, lorsque l'intermédiaire, une fois informé d'un accord, conclut en son nom propre un contrat de vente contre commission avec l'acheteur, il est alors commissionnaire du vendeur. Telle était le cas de l'intermédiaire « Brandtraders », en cause dans l'ordonnance du 19 février 2009. Dans ces conditions, l'intermédiaire fait effectivement un usage du signe dans la vie des affaires pour désigner les produits ou services du vendeur. Un tel usage pourra se voir sanctionner s'il porte atteinte à une fonction de la marque ²⁸⁷³.

829 *Usage sur une place de marché par l'intermédiaire hébergeur ou courtier* ◇ En revanche, lorsque l'intermédiaire se limite à mettre en relation le vendeur et l'acheteur, en tant qu'hébergeur ou courtier ²⁸⁷⁴, il ne fait pas lui-même un usage de la marque. C'est le vendeur qui, dans son annonce, effectue un tel usage, dans la vie des affaires, pour désigner ses produits. Ainsi en a jugé la Cour de justice dans son important arrêt *eBay* ²⁸⁷⁵, dans lequel elle a développé le raisonnement suivant : « dans le commerce effectué au moyen de places de marché en ligne, le service fourni par l'exploitant d'une telle place comprend l'affichage, pour ses clients vendeurs, des offres de vente émanant de ceux-ci. Force est de constater [...] que, lorsque de telles offres portent sur des produits de marque, des signes identiques ou similaires à des marques apparaîtront, inévitablement, sur le site de l'exploitant de la place de marché. S'il est vrai que, dans ces conditions, ces signes font l'objet d'un “usage” sur ledit site, il n'en ressort pas pour autant que cet usage, au sens de la directive 89/104 et du règlement n° 40/94, soit fait par l'exploitant de la place de marché. En effet, l'existence d'un “usage” d'un signe identique ou similaire à la marque du titulaire par un tiers, au sens [des textes précités] implique, à tout le

moins, que ce dernier fasse une utilisation du signe dans le cadre de sa propre communication commerciale. Or, dans la mesure où ce tiers fournit un service consistant à permettre à ses clients de faire apparaître, dans le cadre de leurs activités commerciales telles que leurs offres à la vente, des signes correspondant à des marques sur son site, il ne fait pas lui-même, sur ledit site, un “usage”, au sens des dispositions précitées, des signes identiques ou similaires à des marques qui apparaissent dans des offres à la vente affichées sur son site » ²⁸⁷⁶.

Ainsi les intermédiaires non-commissionnaires ne réalisent-ils pas un usage du signe au sens du droit de l'Union européenne. En conséquence, ils ne pourront être tenus responsables de contrefaçon.

830 *Statut et responsabilité de l'exploitant de la place de marché en ligne : précisions de la CJUE* ◇ Il est donc clair que « dans la mesure où il permet à ses clients de faire cet usage, le rôle de l'exploitant de la place de marché en ligne ne saurait être apprécié au regard [du droit des marques] » ²⁸⁷⁷, mais ce rôle doit être examiné sous l'angle de la responsabilité des prestataires intermédiaires dans le commerce électronique.

La Cour de justice de l'Union européenne a indiqué, à ce propos, que l'exploitant d'une place de marché en ligne peut bénéficier du régime de responsabilité allégée accordé aux intermédiaires par l'article 14 de la directive n° 2000/31 sur le commerce électronique (transposé en France par l'article 6.I.2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004) à condition que ce prestataire se limite à fournir son service d'une manière neutre, « au moyen d'un traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients » ²⁸⁷⁸. En revanche, tel n'est pas le cas « lorsque le prestataire du service, au lieu de se limiter à une fourniture neutre de celui-ci, joue un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données » ²⁸⁷⁹. Plus précisément, selon la Cour :

– « le simple fait que l'exploitant d'une place de marché en ligne stocke sur son serveur les offres à la vente, fixe les modalités de son service, est rémunéré pour celui-ci et donne des renseignements d'ordre général à ses clients ne saurait avoir pour effet de le priver des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31 » ²⁸⁸⁰ ;

– en revanche, lorsque ledit exploitant « a prêté une assistance

laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres, il y a lieu de considérer qu'il a non pas occupé une position neutre entre le client vendeur concerné et les acheteurs potentiels, mais joué un rôle actif de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données relatives à ces offres » ²⁸⁸¹.

C'est à la lumière de ces critères que les juges nationaux doivent déterminer si les exploitants de place de marché peuvent ou non bénéficier du régime de responsabilité allégée accordé aux hébergeurs ²⁸⁸².

831 *Statut et responsabilité de l'exploitant de la place de marché en ligne : appréciation du juge français* ◇ À la suite des arrêts *Google* et *eBay* de la Cour de justice de l'Union européenne, les tribunaux français ont dû se prononcer sur la responsabilité des exploitants de places de marché en ligne dans le cas où des usages illicites de marques étaient commis sur leurs sites ²⁸⁸³.

En dépit de quelques décisions divergentes ²⁸⁸⁴ reprenant une jurisprudence ancienne ²⁸⁸⁵ ayant retenu la qualification d'hébergeur au bénéfice d'eBay, argument pris de ce que sa prestation, quoique payante, n'entraînait aucun contrôle sur le processus de vente, la jurisprudence s'est majoritairement prononcée en déniait la qualité d'hébergeur aux exploitants de places de marché en ligne tels que Shopping ²⁸⁸⁶ et surtout eBay ²⁸⁸⁷. La solution semble désormais fixée en ce sens depuis un arrêt rendu par la Cour de cassation le 3 mai 2012, par lequel la Haute juridiction a approuvé les juges du fond d'avoir considéré qu'eBay ne pouvait être considéré comme un hébergeur pour les motifs suivants : « attendu que l'arrêt relève que les sociétés eBay fournissent à l'ensemble des vendeurs des informations pour leur permettre d'optimiser leurs ventes et les assistent dans la définition et la description des objets mis en vente en leur proposant notamment de créer un espace personnalisé de mise en vente ou de bénéficier “d'assistants vendeurs” ; qu'il relève encore que les sociétés eBay envoient des messages spontanés à l'attention des acheteurs pour les inciter à acquérir et invitent l'enchérisseur qui n'a pu remporter une enchère à se reporter sur d'autres objets similaires sélectionnés par elles ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire que les sociétés eBay n'avaient pas exercé une simple activité d'hébergement mais qu'elles avaient, indépendamment de toute option

choisie par les vendeurs, joué un rôle actif de nature à leur conférer la connaissance ou le contrôle des données qu'elles stockaient et à les priver du régime exonératoire de responsabilité prévu par l'article 6.1.2 de la loi du 21 juin 2004 et l'article 14, § 1 de la directive 2000/31 » ²⁸⁸⁸. En conséquence, l'exploitant encourt une responsabilité civile de droit commun, engagée « du seul fait qu'il joue un rôle actif de nature à lui conférer la connaissance ou le contrôle des offres de ventes illicites qu'il stocke ».

Par ailleurs, un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 23 janvier 2012 ²⁸⁸⁹ a condamné eBay non seulement sur ce terrain, mais également sur le fondement du « recel de commercialisation de marchandises sous une marque contrefaite », pour avoir perçu des commissions sur les ventes, sur son site Internet, de marchandises revêtues de marques de luxe contrefaites. Selon les juges, la société ne pouvait prétendre avoir ignoré l'activité frauduleuse des vendeurs qui commercialisaient de nombreux produits neufs présentés comme des articles de luxe pour un prix de départ dérisoire ; elle n'avait pris aucune mesure pour faire cesser l'activité des vendeurs alors qu'elle devait fermer leurs comptes. Ainsi, « par la passivité de ses services de surveillance et la prise de sanctions inadaptées et rares, la société a démontré sa volonté de préserver ses intérêts en ne fermant pas les comptes afin de ne pas interrompre une activité qui lui profitait directement », ce qui caractérise le recel.

Ainsi, bien que les exploitants de places de marché en ligne ne puissent être poursuivis pour contrefaçon faute d'usage dans la vie des affaires, leur responsabilité civile (et le cas échéant pénale) est encourue lorsque des atteintes aux marques de tiers sont commises par l'intermédiaire de leurs services.

832 *Usage sur une place de marché par le vendeur* ◇ Il découle aisément de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que « l'usage de signes identiques ou similaires à des marques dans des offres à la vente affichées sur une place de marché en ligne est fait par les clients vendeurs de l'exploitant de cette place de marché et non par cet exploitant lui-même » ²⁸⁹⁰. Ainsi, lorsqu'une personne physique vend un produit de marque au moyen d'une place de marché en ligne dans le contexte d'une activité commerciale, elle fait de cette marque un usage dans la vie des affaires.

Cet usage pourra être qualifié de contrefaçon s'il porte atteinte à une fonction de la marque ²⁸⁹¹. Ainsi ont été condamnées des personnes qui vendaient sur eBay des parfums contrefaisants sous les dénominations « Amor Amor », « Miracle » et « Hypnose » ²⁸⁹².

833 **Référencement gratuit et metatags** ◇ À côté des places de marché en ligne, les prestataires de services de référencement jouent également un rôle essentiel dans la vente en ligne ²⁸⁹³.

Il existe deux types de référencement : le référencement gratuit (ou « naturel ») et le référencement payant ²⁸⁹⁴.

Le premier repose sur des outils d'indexation automatique qui répertorient et référencent les sites Internet existants à partir de divers éléments, aussi bien visibles (mots contenus dans le nom de domaine, dans le titre ou encore dans le contenu du site) qu'invisibles (balises méta ou *metatags* ²⁸⁹⁵ intégrées au code informatique des pages du site). En fonction d'éléments tels que la popularité des sites ou le nombre de liens hypertexte y renvoyant, les outils d'indexation référencent les sites de façon automatique, en fonction d'un algorithme conçu par les éditeurs de moteurs de recherche. Dans ce cadre, le choix des mots-clés et des metatags ne peut être imputé aux moteurs de recherche, en raison du caractère automatique de l'indexation.

La question juridique est plutôt de savoir si ce choix par les éditeurs de sites eux-mêmes est susceptible de constituer un usage contrefaisant de marques. L'étude de la jurisprudence relative aux metatags révèle de nombreux cas dans lesquels des tiers ont choisi, à titre de balises méta, des signes identiques ou similaires à des marques souvent réputées, l'objectif étant de bénéficier de l'association avec ces marques pour obtenir une meilleure position dans le classement des liens proposés par les moteurs de recherche – pratique parfois désignée comme *position squatting*.

Dans la majorité des cas, les juges tendent à qualifier de tels usages de contrefaçons au sens des articles L. 713-2 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle lorsque les produits désignés sont identiques ou similaires ²⁸⁹⁶. À titre d'exemple, on citera les motivations suivantes :

– « au vu de constats dressés notamment en février 2005, le terme "eurochallenges" figure dans le code source, mais aussi sur la page elle-même, mais de façon invisible, car écrit en blanc sur fond blanc. En utilisant la marque "Eurochallenges" de la société X., Stéphane C. a

dirigé vers ses sites la clientèle attachée à cette marque, alors que le site de la société X. et ceux de Stéphane C. ont tous deux la même activité, des prestations en ligne de rencontres matrimoniales »²⁸⁹⁷ ;

– « la reprise dans les codes sources des sites de la société DSD de la dénomination Blue Acacia distinctive et dominante des marques dont la société intimée est titulaire, est de nature à créer un risque de confusion dans l'esprit du public en laissant accroire à une origine commune des services respectivement proposés par les sociétés Blue Acacia et DSD, lesquelles interviennent dans le même secteur d'activité »²⁸⁹⁸.

Ces décisions admettent donc implicitement que l'usage d'un signe à titre de metatag constitue un usage dans la vie des affaires et à titre de marque. Si la première condition est indiscutablement remplie, on peut en revanche s'interroger sur le point de savoir si le choix d'un metatag constitue bien un usage à titre de marque. En effet, il n'est pas évident que l'usage désigne directement des produits ou services pour les consommateurs. C'est d'ailleurs ce qu'a considéré le tribunal de grande instance de Paris dans un jugement rendu à propos de l'utilisation du metatag « Free », en affirmant que « les metatags sont des informations situées au sein d'un document et utilisées par les moteurs de recherche lors du référencement de la page web, ce sont donc des balises non affichées donc non visibles par les internautes, qui permettent d'avoir des informations ; à aucun moment elles ne peuvent remplir la fonction de marque qui doit être perceptible par le public à qui elle s'adresse pour garantir l'origine d'un produit ; en conséquence, l'usage à titre de méta tag d'un signe ne peut constituer une contrefaçon de marque au sens des articles L. 713-2 et L. 713-3 Code de la propriété intellectuelle »²⁸⁹⁹. Cette décision subordonne la qualification de contrefaçon à une atteinte aux fonctions de la marque – ce qui est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de mots-clés²⁹⁰⁰. En définitive, il faut donc considérer que la contrefaçon résultera de la formulation du lien hypertexte ou de la rédaction du site cible, et du risque de confusion dont elles sont porteuses pour le public.

En toute hypothèse, il est deux situations dans lesquelles l'utilisation de metatags reproduisant une marque ne peut être qualifiée de contrefaçon :

– d'une part, « la reprise d'un terme dans les balises méta, pages satellites et adresses url ne peut suffire à caractériser la contrefaçon dès lors que ce terme est employé à plusieurs reprises sur les pages du site dans son sens courant et qu'il a donc vocation à figurer dans les outils de

référencement naturel de ce site » (à propos du terme « mektoub ») ²⁹⁰¹ ;

– d'autre part, « un distributeur est libre d'utiliser une marque à titre de metatag dès lors qu'il propose à la vente des produits marqués authentiques régulièrement acquis » ²⁹⁰² (sous réserve, toutefois, de ne pas porter atteinte à la renommée de la marque ²⁹⁰³).

834 *Référencement payant et mots-clés* ◇ Dans le référencement payant, le rôle des moteurs de recherche est plus important. En effet, ces derniers proposent aux annonceurs d'acheter des mots-clés qui, une fois réservés, lorsqu'ils sont entrés par les internautes, engendrent l'apparition de liens promotionnels sponsorisés ²⁹⁰⁴ qui renvoient aux sites desdits annonceurs. Ces liens rémunérés se distinguent des liens issus du référencement gratuit en ce qu'ils sont placés en haut des pages, sur un fond de couleur différente.

835 *Usage effectué sur un site de référencement par le moteur de recherche : Google Adwords* ◇ La pratique des liens sponsorisés a fait naître un important contentieux ²⁹⁰⁵, initié par les titulaires de marques dont les signes étaient choisis en tant que mots-clés pour renvoyer les internautes sur les pages de tiers. C'est ainsi que plusieurs sociétés ont attaqué la société Google pour son système de référencement payant *Google Adwords* ²⁹⁰⁶ (ainsi que d'autres moteurs de recherche tels qu'Overture ²⁹⁰⁷).

Dans un premier temps, les juges nationaux ont hésité sur la question de savoir si la pratique consistant à proposer aux annonceurs des signes identiques ou similaires à des marques à titre de mots-clés pouvait être qualifiée de contrefaçon ²⁹⁰⁸. Certaines décisions ont répondu de manière affirmative ²⁹⁰⁹, d'autres au contraire de façon négative ²⁹¹⁰. Devant ces discordances, la Cour de cassation a posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne par trois arrêts du 20 mai 2008 ²⁹¹¹.

Dans son arrêt *Google Adwords* ²⁹¹² du 23 mars 2010, complété par un arrêt *Bergspechte* ²⁹¹³ du 25 mars 2010, la Cour de justice a répondu par le raisonnement suivant. Il est constant que le prestataire du service de référencement « exerce une activité commerciale et vise un avantage économique lorsqu'il stocke, pour le compte de certains de ses clients, des signes identiques à des marques en tant que mots-clés et organise l'affichage d'annonces à partir de ceux-ci. Il est également constant que ce service n'est pas seulement fourni aux titulaires desdites marques ou

aux opérateurs habilités à commercialiser les produits ou les services de ceux-ci, mais a, du moins dans les affaires en cause, lieu sans le consentement des titulaires et est fourni à des concurrents de ceux-ci ou à des imitateurs ». S'il ressort bien de ces éléments que le prestataire du service de référencement opère « dans la vie des affaires lorsqu'il permet aux annonceurs de sélectionner des signes identiques à des marques en tant que mots-clés, stocke ces signes et affiche les annonces de ses clients à partir de ceux-ci, il n'en découle pas pour autant que ce prestataire fasse lui-même un "usage" de ces signes au sens des articles 5 de la directive 89/104 et 9 du règlement n° 40/94. À cet égard, il suffit de relever que l'usage d'un signe identique ou similaire à la marque du titulaire par un tiers implique, à tout le moins, que ce dernier fasse une utilisation du signe dans le cadre de sa propre communication commerciale. Dans le cas du prestataire d'un service de référencement, celui-ci permet à ses clients de faire usage de signes identiques ou similaires à des marques, sans faire lui-même un usage desdits signes » ²⁹¹⁴. Peu importe, en la matière, que le prestataire soit rémunéré pour l'usage des signes par ses clients.

Le moteur de recherche n'effectue donc pas, selon la Cour, un usage des signes dans la vie des affaires. En conséquence, il ne pourra être tenu responsable de contrefaçon (bien qu'il fournisse à l'annonceur les moyens de commettre une contrefaçon ²⁹¹⁵). Cette solution a été adoptée par la jurisprudence française, qui, en se référant textuellement à l'arrêt *Google*, a désormais totalement cessé de condamner la société Google pour contrefaçon du fait des atteintes aux marques des tiers occasionnées par son système d'Adwords ²⁹¹⁶.

En revanche, le rôle des moteurs de recherche devra être examiné sous l'angle de la responsabilité des prestataires intermédiaires dans le commerce électronique ²⁹¹⁷.

836 *Statut et responsabilité du prestataire de référencement par mots-clés : précisions de la CJUE* ◇ Comme on l'a indiqué à propos des exploitants de places de marché en ligne ²⁹¹⁸, les prestataires de services de référencement peuvent de même bénéficier du régime de responsabilité allégé accordé aux intermédiaires par l'article 14 de la directive n° 2000/31 sur le commerce électronique (transposé en France par l'article 6.I.2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004) à condition de ne jouer qu'un rôle neutre, caractérisé

par un comportement purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données stockées ²⁹¹⁹.

Plus précisément, s'agissant des prestataires de référencement tels que *Google Adwords*, la Cour de justice de l'Union européenne a fourni aux juridictions nationales les indications suivantes :

– « la seule circonstance que le service de référencement soit payant, que Google fixe les modalités de rémunération, ou encore qu'elle donne des renseignements d'ordre général à ses clients, ne saurait avoir pour effet de priver Google des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31 ;

– de même, la concordance entre le mot-clé sélectionné et le terme de recherche introduit par un internaute ne suffit pas en soi pour considérer que Google a une connaissance ou un contrôle des données introduites dans son système par les annonceurs et mises en mémoire sur son serveur ;

– est en revanche pertinent [...] le rôle joué par Google dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots-clés » ²⁹²⁰.

C'est à la lumière de ces critères que les juges nationaux doivent déterminer si les prestataires de services de référencement par mots-clés peuvent ou non bénéficier du régime de responsabilité allégée accordé aux hébergeurs ²⁹²¹.

837 *Statut et responsabilité du prestataire de référencement par mots-clés : appréciation du juge français* ◇ À la suite des arrêts *Google* et *Bergspechte* de la Cour de justice de l'Union européenne, les tribunaux français ont dû se prononcer sur la responsabilité des prestataires de services de référencement en ligne dans le cas où des usages illicites de marques étaient commis par l'intermédiaire de leurs services ²⁹²².

La situation en jurisprudence est beaucoup moins tranchée qu'en ce qui concerne les exploitants de places de marché en ligne ²⁹²³. En effet, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la question : dans quatre arrêts rendus le 13 juillet 2010 ²⁹²⁴, elle s'est bornée à renvoyer aux juges du fond le soin de vérifier, dans chaque cas d'espèce, si les services offerts par les moteurs de recherche limitaient son rôle à une intervention neutre et purement technique, selon les termes de la Cour de justice de l'Union européenne.

La qualification des prestataires de référencement est débattue ²⁹²⁵. Il

semble, étant donné le rôle joué par *Google Adwords* dans la sélection des mots-clés, la rédaction des messages qui accompagne les liens commerciaux ainsi que la détermination de l'ordre d'affichage des liens, que ce prestataire puisse difficilement voir son comportement qualifié de passif et neutre. La doctrine se prononce d'ailleurs très majoritairement en ce sens ²⁹²⁶. Comme le souligne un auteur, « avec Adwords, Google intervient, en quelque sorte, comme une régie publicitaire » ²⁹²⁷. L'Autorité de la concurrence, dans une décision rendue le 28 octobre 2010 ²⁹²⁸, a par ailleurs, elle aussi, apporté des éléments dans ce sens : en indiquant que les règles de Google interdisent les annonces dont les pages de destination proposent des produits interdits, elle apporte de sérieux indices de la connaissance par Google du contenu des annonces et des sites promus. Tous ces éléments sont de nature à faire douter du rôle prétendument neutre de Google dans la rédaction et l'apparition des annonces.

Pourtant, dans un arrêt du 19 novembre 2010 ²⁹²⁹, la cour d'appel de Paris a appliqué à Google le régime de responsabilité allégée des hébergeurs, aux motifs suivants : « Considérant que la preuve n'est pas rapportée que Google au-delà des conseils de portée générale qu'elle fournit aux annonceurs pour les aider à rédiger et à cibler titres et annonces, a pris part à la rédaction du contenu des liens commerciaux, de leur titre comme de leur contenu ; Que s'agissant des mots-clés, il n'est pas contesté que Google qui met en garde les annonceurs sur les conséquences de leur choix et sur la présence possible dans la liste des termes suggérés par le générateur (qui opère de façon automatique à partir des requêtes les plus fréquentes des internautes), de signes couverts par un droit exclusif, n'intervient pas autrement dans ce choix ni dans celui effectué par les annonceurs de l'option "requête large" ; Que le choix des mots-clés est ainsi le fait de l'annonceur ; Qu'il n'est pas établi que Google exerce un contrôle sur un tel choix ; Considérant enfin, que le [titulaire de la marque] ne décrit pas les annonces qu'il incrimine et n'a pas appelé dans la cause les annonceurs ; qu'il n'apporte aucune précision sur la connaissance que Google aurait eue de données fautives introduites dans son système par les annonceurs ; que cette connaissance ne peut en effet se déduire de l'enregistrement et du traitement automatique des informations entrées ; Considérant qu'il suit que la responsabilité des appelantes doit être appréhendée dans le cadre restreint fixé par l'article 6-1 de la loi du 21 juin 2004 ». Dans deux autres arrêts des 11 décembre 2013 ²⁹³⁰ et 9 avril 2014 ²⁹³¹, la Cour d'appel

de Paris a confirmé cette qualification d'hébergeur. Sans doute la portée de ces décisions doit-elle toutefois être nuancée, et expliquée par l'absence d'éléments prouvant la connaissance par Google du contenu des annonces et des sites promus.

On note d'ailleurs, en sens inverse, non plus à propos de Google, mais à propos du prestataire de services de référencement <lo.st>, un jugement ²⁹³², confirmé en appel sur ce point ²⁹³³, ayant estimé que cet intermédiaire, qui, dans le cadre de son programme AdSense, avait mis en place son propre système d'annonces commerciales, avait « joué un rôle actif avec la connaissance et le contrôle des données stockées », en conséquence de quoi il ne saurait être qualifié de simple fournisseur d'hébergement mais doit se voir reconnaître la qualité d'éditeur. Les juges justifient cette qualification en soulignant que ce prestataire ne s'était pas borné à stocker des informations de nature publicitaire fournies par les annonceurs mais avait « l'accès et la maîtrise des mots-clés ». Il reste à souhaiter que cette solution, plus conforme à la réalité du rôle joué par les prestataires de référencement payant, soit consacrée dans la jurisprudence à venir.

838 *Usage effectué sur un site de référencement par l'annonceur* ◇ Dans la décision *Google Adwords*, la Cour de justice a indiqué que, contrairement au moteur de recherche, l'annonceur, c'est-à-dire le client qui achète le service de référencement et choisit en tant que mot-clé un signe identique à une marque d'autrui, fait un usage dudit signe dans la vie des affaires. En effet, selon la Cour, « du point de vue de l'annonceur, la sélection du mot-clé identique à la marque a pour objet et pour effet l'affichage d'un lien promotionnel vers le site sur lequel il offre à la vente ses produits ou ses services. Le signe sélectionné en tant que mot-clé étant le moyen utilisé pour déclencher cet affichage publicitaire, il ne saurait être contesté que l'annonceur en fait un usage dans le contexte de ses activités commerciales et non dans le domaine privé » ²⁹³⁴. Il en va de même, selon l'arrêt *Bergspechte* ²⁹³⁵, lorsque le mot-clé est similaire à la marque, qu'il reproduit « avec de petites erreurs ». Encore faut-il toutefois que l'annonceur ait bien réservé le mot-clé en question : le système de la « requête large » proposé par le moteur de recherche Google, qui permet la diffusion de l'annonce lorsqu'un internaute recherche non seulement le mot-clé réservé, mais également des variantes de celui-ci, n'est pas une fonctionnalité

maîtrisée par l'annonceur, et ce dernier ne peut par conséquent en être tenu responsable ²⁹³⁶.

Lorsque la condition d'« usage dans la vie des affaires » est remplie, il convient de vérifier que l'annonceur utilise le signe « à titre de marque », c'est-à-dire pour désigner des produits ou services. Là encore, selon les arrêts *Google* et *Bergspechte*, cette condition est remplie même si le signe n'est pas reproduit dans le message promotionnel de l'annonceur. En effet, l'annonceur ayant sélectionné en tant que mot-clé le signe identique à une marque d'autrui a pour but que les internautes introduisant ce mot en tant que terme de recherche cliquent non seulement sur les liens affichés qui proviennent du titulaire de ladite marque, mais également sur le lien promotionnel dudit annonceur. Dès lors, lorsque sont affichés, à côté ou au-dessus des résultats naturels de la recherche, des liens promotionnels vers des sites proposant des produits ou des services de concurrents du titulaire de ladite marque, l'internaute peut percevoir lesdits liens promotionnels comme offrant une alternative par rapport aux produits ou aux services du titulaire de la marque. Par conséquent, dans cette situation caractérisée par le fait qu'un signe identique à une marque est sélectionné en tant que mot-clé par un concurrent du titulaire de la marque dans le but de proposer aux internautes une alternative par rapport aux produits ou aux services dudit titulaire, il y a usage dudit signe pour les produits ou les services dudit concurrent. Cela reste le cas même si ce mot-clé n'apparaît à l'écran ni dans le texte même de l'annonce ni dans les pages du site de l'annonceur. Il suffit pour qu'il y ait usage « pour » des produits ou services qu'un signe identique à une marque soit sélectionné en tant que mot-clé de l'annonce par un concurrent du titulaire de la marque.

Naturellement, comme on l'a déjà évoqué à propos des noms de domaines ²⁹³⁷ et des metatags, l'usage du signe par l'annonceur n'est pas condamnable s'il n'est pas fait à titre de marque ²⁹³⁸, mais seulement dans le sens du langage courant des mots-clés. Ce point est apprécié par les juges du fond, de manière relativement stricte. C'est ainsi que, dans un jugement du 12 décembre 2007, le tribunal de grande instance de Paris a estimé que l'usage des mots-clés « Belle literie » (certes composés de mots du langage courant) pour désigner de la literie, sans que soit choisi aucun autre qualificatif tel que « de qualité » ou « confortable », était un usage à titre de marque, qui permettait aux annonceurs de faire apparaître leur site à l'internaute cherchant des requêtes sur la base d'une requête « Belle literie » ²⁹³⁹. De même, il a été jugé que l'association du

mot commun « vol » avec le mot « bourse » ne constituait pas la désignation usuelle d'une offre de vente de voyages aériens, et portait donc atteinte à la marque Bourse des vols ²⁹⁴⁰.

En outre, l'usage des mots-clés par l'annonceur, effectué dans la vie des affaires et à titre de marque, doit encore porter atteinte aux fonctions de la marque afin d'être qualifié d'acte de contrefaçon ²⁹⁴¹.

839 *Application à l'intermédiaire d'une place de marché, devenu annonceur* ◇ Ces principes dégagés par la Cour dans les arrêts *Google* et *Bergspechte* ont trouvé une application particulière dans l'arrêt *eBay* ²⁹⁴². Dans cette affaire, c'est la société eBay, intermédiaire de commerce en ligne, qui avait acheté les mots-clés auprès de Google afin de promouvoir les produits vendus par l'intermédiaire de ses services. En d'autres termes, l'exploitant de la place de marché en ligne était ainsi devenu annonceur.

À la question de savoir si la condition d'usage à titre de marque était remplie dans ce cas, la Cour de justice, qui avait déjà rappelé dans l'arrêt *Google* que l'expression « pour des produits ou des services » identiques à ceux pour lesquels la marque est enregistrée « porte, en principe, sur les produits ou les services du tiers qui fait usage du signe identique à la marque. Le cas échéant, elle peut également porter sur les produits ou les services d'une autre personne pour le compte de laquelle le tiers agit » ²⁹⁴³, a indiqué que « s'agissant, précisément, d'une situation où le prestataire d'un service fait usage d'un signe correspondant à une marque d'autrui pour promouvoir des produits que l'un de ses clients commercialise à l'aide de ce service, [...] un tel usage [a lieu dans la vie des affaires] lorsqu'il est fait d'une telle façon qu'il s'établit un lien entre ledit signe et ledit service » ²⁹⁴⁴.

Plus précisément, le lien entre le signe et les produits ou services désignés est double dans cette hypothèse : l'exploitant de la place de marché en ligne fait afficher des liens et des messages qui constituent une publicité non seulement pour certaines offres à la vente sur la place de marché en question, mais aussi pour cette place de marché en tant que telle. La distinction a une conséquence sur les éléments que les titulaires de marques doivent établir pour que l'usage du signe puisse être qualifié d'atteinte à ces marques :

– si l'on considère l'usage des mots-clés en tant que lié aux services consistant à mettre à la disposition de vendeurs et d'acheteurs de

produits une place de marché en ligne, il en résulte que cet usage n'est pas fait pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, mais pour des services différents. En conséquence, la qualification d'atteinte à la marque ne pourra être retenue que sur le fondement des dispositions spécifiques applicables aux marques renommées, protégées en dehors de leur domaine de spécialité ²⁹⁴⁵ ;

– si l'on considère l'usage des mots-clés en tant que lié aux produits commercialisés par les vendeurs, il en résulte que l'annonceur fait un usage pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels ces marques sont enregistrées. La qualification de contrefaçon est alors possible.

Encore faut-il, dans ce cas, que soit remplie la dernière condition posée par la Cour de justice de l'Union européenne.

840 ***Troisième condition : un usage susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque*** ◇ Au fil des années, la Cour de justice de l'Union européenne a développé une analyse évolutive des fonctions de la marque ²⁹⁴⁶, dont elle déduit le périmètre des droits exclusifs du titulaire.

Dans son arrêt *Arsenal* ²⁹⁴⁷, elle a ainsi indiqué que « le droit exclusif [...] a été octroyé afin de permettre au titulaire de la marque de protéger ses intérêts spécifiques en tant que titulaire de la marque, c'est-à-dire d'assurer que la marque puisse remplir ses fonctions propres. L'exercice de ce droit doit dès lors être réservé aux cas dans lesquels l'usage du signe par un tiers porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir aux consommateurs la provenance du produit ». La mise en œuvre concrète de ces fonctions a permis à la Cour de justice de déterminer à quelles conditions l'utilisation de signes reproduisant ou imitant la marque d'un tiers dans le cadre du référencement commercial porte atteinte aux droits des titulaires de marques.

Il ressort de l'arrêt *Arsenal* et de la jurisprudence postérieure que la Cour de justice distingue une fonction essentielle traditionnelle ²⁹⁴⁸, la garantie de l'identité d'origine ²⁹⁴⁹, et des fonctions nouvelles, plus éventuelles, qui ont toutes vocations à s'appliquer dans l'environnement numérique.

Fonction de garantie d'identité d'origine ◇ La fonction essentielle de la marque est « de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service marqué, en lui permettant de distinguer ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance » ²⁹⁵⁰. Dans l'arrêt *Google*, la CJUE a souligné la spécificité de la marque dans l'univers numérique, en indiquant qu'« eu égard à la fonction essentielle de la marque, qui, dans le domaine du commerce électronique, consiste notamment à permettre aux internautes parcourant les annonces affichées en réponse à une recherche au sujet d'une marque précise, de distinguer les produits ou les services du titulaire de cette marque de ceux qui ont une autre provenance, ledit titulaire doit être habilité à interdire l'affichage d'annonces de tiers que les internautes risquent de percevoir erronément comme émanant de lui ». Cela signifie que la contrefaçon est constituée dès lors que l'utilisation, par un annonceur, de la marque d'un tiers à titre de mot-clé, se traduit par un lien hypertexte risquant d'induire le public pertinent en erreur quant à l'origine commerciale des produits.

Comme l'indique la Cour, « la question de savoir s'il y a une atteinte à cette fonction de la marque lorsqu'est montrée aux internautes, à partir d'un mot-clé identique à une marque, une annonce d'un tiers, tel qu'un concurrent du titulaire de cette marque, dépend en particulier de la façon dont cette annonce est présentée » ²⁹⁵¹. Il y a atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque dans les trois situations suivantes :

- lorsque l'annonce ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers ²⁹⁵² ;

- lorsque l'annonce du tiers suggère l'existence d'un lien économique entre ce tiers et le titulaire de la marque ²⁹⁵³ ;

- lorsque l'annonce, tout en ne suggérant pas l'existence d'un lien économique, reste à tel point vague sur l'origine des produits ou des services en cause qu'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif n'est pas en mesure de savoir, sur la base du lien promotionnel et du message commercial qui y est joint, si l'annonceur est un tiers par rapport au titulaire de la marque ou, bien au contraire, économiquement lié à celui-ci ²⁹⁵⁴.

Il en va de même, selon l'arrêt *Bergspechte*, lorsque le signe utilisé est

similaire à la marque.

Dans un arrêt *Interflora* ²⁹⁵⁵, la Cour de justice a précisé que le fait que seuls quelques internautes aient pu avoir des difficultés à percevoir l'origine commerciale des produits ou services proposés ne suffit pas pour constater une atteinte à la fonction d'indication d'origine.

C'est à la lumière de ces critères qu'il incombe aux juridictions nationales de renvoi de déterminer si l'usage du signe porte atteinte à la fonction de garantie d'identité d'origine de la marque ²⁹⁵⁶.

842 *Appréciation par le juge français : recherche du risque de confusion* ◇ Dans l'un des quatre arrêts rendus par la Cour de cassation le 13 juillet 2010 ²⁹⁵⁷, la Haute juridiction, reprenant mot pour mot ces critères, a approuvé les juges du fond d'avoir sanctionné pour contrefaçon un annonceur qui avait réservé le mot-clé « Eurochallenges », constituant la marque d'un tiers, au motif suivant : attendu que l'arrêt d'appel « relève que la circonstance que ces sites figurent dans une colonne séparée sous le titre "liens commerciaux", et qu'ils apparaissent en marge, en haut et à droite des résultats de recherche traditionnels, n'est pas de nature à éviter tout risque de confusion pour un utilisateur moyennement attentif du moteur de recherche, lequel, se voyant proposer sur la même page l'affichage de tous les sites ensemble, tant celui de [l'annonceur], sous l'appellation unicisparis, que ceux se rapportant à la société [titulaire de la marque], sera enclin à faire la relation entre ces "liens commerciaux" et le terme "eurochallenges", lui-même couvert par la marque exploitée par la société [titulaire de la marque] et permettant en réalité d'accéder à des sites concurrents de cette dernière ; que la cour d'appel, qui a fait ainsi ressortir que l'annonce incriminée, tout en ne suggérant pas l'existence d'un lien économique, restait à tel point vague sur l'origine des produits ou des services en cause qu'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif n'était pas en mesure de savoir, sur la base du lien promotionnel et du message commercial qui y était joint, si l'annonceur était un tiers par rapport au titulaire de la marque ou, bien au contraire, économiquement lié à celui-ci, et que par conséquent elle ne permettait pas, ou ne permettait que difficilement, à l'internaute moyen de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce provenaient du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée, ce dont résultait en l'espèce une atteinte à la fonction d'identification

d'origine de la marque, a pu retenir l'existence d'une contrefaçon ». La même motivation a été reprise par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 29 novembre 2011 ²⁹⁵⁸.

Dans le même sens, un arrêt rendu le 1^{er} octobre 2010 par la cour d'appel de Paris a déduit l'existence d'un risque de confusion du seul fait que l'annonce en cause ne portait pas mention du nom de l'annonceur, et pouvait en conséquence inciter les internautes à croire en l'existence d'un lien avec le titulaire de la marque utilisée comme mot-clé ²⁹⁵⁹.

843 ***Impact de la distinction entre résultats naturels et liens sponsorisés*** ◇

Toutefois, la lecture de la jurisprudence postérieure révèle que cette solution ne peut être généralisée ²⁹⁶⁰. L'appréciation du risque de confusion quant à l'origine commerciale des produits proposés procède en effet d'un examen au cas par cas. Tout dépend, en définitive, de la formulation et de la présentation de l'annonce, et des éléments de preuve rapportés par le titulaire de la marque, à qui il incombe d'établir l'existence du risque ²⁹⁶¹. De manière générale, contrairement à la solution adoptée dans l'affaire *Eurochallenge* précitée, les juges du fond tendent à exclure l'existence du risque de confusion lorsqu'il apparaît clairement que le lien en question constitue un lien commercial et non pas un résultat naturel. Ainsi en témoigne un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 2 février 2011 ²⁹⁶², approuvé par la Cour de cassation ²⁹⁶³, dans lequel les juges, procédant à une analyse très détaillée de l'affichage des résultats des requêtes, ont caractérisé l'absence de risque de confusion pour les internautes au regard des éléments suivants :

- la séparation entre les résultats naturels, affichés à gauche, et les liens sponsorisés, affichés à droite, et séparés des premiers par une ligne verticale bleue ;

- le caractère à l'évidence publicitaire des liens commerciaux, dont chacun des messages est suivi de l'indication (en couleurs) d'un nom de domaine, de telle manière que tout internaute comprend que ce nom de domaine ouvre l'accès au site Internet sur lequel sont offerts à la vente les produits ou services promus par l'annonceur, sans que rien ne suggère à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif effectuant une recherche au sujet des marques invoquées, l'existence d'un lien économique entre l'annonceur et le titulaire de ces marques ;

- l'absence, dans la rubrique dédiée aux messages promotionnels, de tout signe constituant une reproduction ou une imitation de la marque

objet de la recherche, tant dans les annonces que dans les noms de domaine figurant en dessous ;

– la présence, dans la colonne de droite, de la formule de clôture « Et pourquoi pas votre propre annonce ? », montrant de la manière la plus explicite que la bannière « Liens commerciaux » est ouverte à tout annonceur sans aucune exclusivité et indiquant par là même que les produits et services visés par ces liens ne proviennent pas du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci mais d'un tiers par rapport au titulaire de la marque.

Cette solution a été reprise dans plusieurs décisions postérieures, notamment un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 22 mars 2012 ²⁹⁶⁴ et un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 26 juin 2012 ²⁹⁶⁵, rendu à propos d'annonces formulées par la société eBay pour promouvoir la revente de chaussures de marque Weston sur sa plateforme. Dans cette dernière décision, les juges ont précisé que les internautes normalement informés et raisonnablement attentifs « ont pris l'habitude d'effectuer des recherches sur Internet et de faire la distinction entre les résultats dits “naturels” et ceux qui sont à caractère publicitaire. Ces internautes sont également censés savoir, sur la base des caractéristiques généralement connues du marché, que le site Internet <www.ebay.fr> ne relève pas du réseau de distribution de la société Weston mais constitue une place de marché distincte permettant à des particuliers ou non de revendre et/ou d'acheter différents produits. Ainsi, au vu de la distinction de forme entre les annonces et les résultats dits “naturels”, du contenu des annonces litigieuses et de la connaissance générale du site Internet <www.ebay.fr>, l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif appelé à consulter les résultats affichés en réponse à une recherche au sujet de la dénomination “Weston”, est en mesure de distinguer les produits ou services du titulaire des marques “Weston” et “J.M. Weston” de ceux qui font l'objet des annonces litigieuses ». L'« affichage clair du caractère publicitaire de l'annonce » a encore été pris en compte dans un jugement du tribunal de grande instance de Nanterre en date du 6 septembre 2012 ²⁹⁶⁶, qui a débouté le titulaire de la marque de son action en contrefaçon contre l'annonceur.

Il en résulte que l'atteinte à la fonction de garantie d'origine de la marque sera difficilement retenue à l'encontre des annonceurs dès lors qu'il est clair que leurs annonces sont clairement identifiées comme des liens commerciaux.

En revanche, lorsque l'annonce figure dans les résultats naturels de la recherche, le risque de confusion aura de plus fortes chances d'être établi par le titulaire de la marque. Ainsi, dans un arrêt du 22 juin 2011 ²⁹⁶⁷, la cour d'appel de Paris a qualifié de contrefaçon l'usage à titre de mot-clé de la marque Envirojob par un concurrent, aux motifs que l'introduction, par l'internaute, dans le moteur de recherche, de la requête "envirojob", faisait apparaître, non pas sous la rubrique intitulée "lien commercial", mais dans la liste des résultats naturels de la recherche et, de surcroît, en première position, le site de ce concurrent, le site du titulaire de la marque figurant quant à lui en deuxième et troisième positions ; qu'il en résultait que l'internaute d'attention moyenne, normalement informé et raisonnablement avisé, qui sait que la rubrique "lien commercial" est dédiée aux annonceurs, n'était pas en mesure d'opérer une distinction quant à l'origine des services, identiques, proposés par les deux sites qui apparaissent sous les résultats naturels de la recherche, sans que le caractère publicitaire de l'annonce pour le site du concurrent ne soit indiqué par un quelconque élément et sans que l'identité de l'exploitant de ce site ne soit davantage renseignée ; que, dans ces conditions, tout laissait accroire à l'internaute moyen que les services offerts par les deux sites provenaient de la même entreprise ou d'entreprises économiquement liées, ce qui caractérisait une atteinte à la fonction d'identification de la marque. Dans le même sens, la Cour de cassation a indiqué, dans un arrêt du 4 décembre 2012, que « l'absence d'identification claire du référencement prioritaire est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur » ²⁹⁶⁸.

844 *Nouvelles fonctions de la marque* ◇ Dans un arrêt *Bellure* ²⁹⁶⁹ du 18 juin 2009, la Cour de justice de l'Union européenne a, pour la première fois, énoncé que les fonctions de la marque comptent non seulement la fonction de garantie d'origine, mais également d'autres fonctions consistant à garantir la qualité du produit ou du service, « ou celles de communication, d'investissement ou de publicité ».

Toutefois, faute de plus amples précisions de la Cour, ces fonctions demeurent relativement obscures et mal définies ²⁹⁷⁰. On sait seulement, depuis l'arrêt *Interflora* ²⁹⁷¹, que contrairement à la fonction essentielle de garantie d'origine, qui est constante, les nouvelles fonctions ne sont remplies par la marque « que dans la mesure où son titulaire l'exploite

en ce sens, notamment à des fins de publicité ou d'investissement » ²⁹⁷². En d'autres termes, ces fonctions ne sont qu'éventuelles, et devront être démontrées. Par ailleurs, il est précisé dans la même décision que ces fonctions éventuelles ne sont pas réservées aux seules marques renommées, mais que toutes les marques peuvent avoir de telles fonctions.

S'agissant de l'usage de signes identiques à des marques en tant que mots-clés dans le cadre d'un service de référencement, la Cour a jugé, dans l'arrêt *Google*, que les fonctions pertinentes à examiner sont celle de publicité et celle d'indication d'origine. Dans l'arrêt *Interflora*, elle a ajouté à cette liste la fonction d'investissement.

Il convient donc d'examiner successivement ces trois fonctions, et de rechercher dans quels cas l'usage de marques en tant que mots-clés est susceptible de leur porter atteinte, étant précisé que, de manière critiquable ²⁹⁷³, la Cour a indiqué que l'atteinte à ces fonctions n'était constitutive de contrefaçon que dans l'hypothèse de la double identité des signes et des produits concernés ²⁹⁷⁴, ce qui signifie que lorsque les signes et/ou les produits ne sont que similaires, c'est l'atteinte à la fonction de garantie d'origine qui, seule, constitue une contrefaçon.

845 *Fonction de publicité* ◇ La fonction de publicité de la marque est définie par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Google* comme étant remplie par « l'emploi de la marque, par son titulaire, en tant qu'élément de promotion des ventes ou en tant qu'instrument de stratégie commerciale » ²⁹⁷⁵. Cette définition, fort vague, est peu éclairante sur les conditions dans lesquelles il est porté atteinte à la fonction de publicité ²⁹⁷⁶. Cela est d'autant plus vrai que, selon la Cour, ne porte pas atteinte à cette fonction le fait que l'usage de la marque par un tiers comme mot-clé oblige le titulaire de la marque à « payer un prix par clic plus élevé que certains autres opérateurs économiques, s'il veut obtenir que son annonce apparaisse devant celles desdits opérateurs qui ont également sélectionné sa marque en tant que mot-clé » ²⁹⁷⁷, étant donné que « lorsque l'internaute introduit le nom d'une marque en tant que mot de recherche, le site d'accueil et promotionnel du titulaire de ladite marque va apparaître dans la liste des résultats naturels et cela, normalement, sur l'un des premiers rangs de cette liste » ²⁹⁷⁸.

Ainsi, selon la Cour, l'affichage des résultats naturels, qui est gratuit, garantit en toute hypothèse une visibilité des produits ou services du

titulaire de la marque pour l'internaute. D'où elle en déduit de manière ferme que « l'usage d'un signe identique à une marque d'autrui dans le cadre d'un service de référencement n'est pas susceptible de porter atteinte à la fonction de publicité de la marque », ce qui est fort discutable.

On comprend mal, dans ces conditions, l'intérêt de la fonction de publicité reconnue à la marque. Elle ne semble pouvoir jouer aucun rôle en matière d'usage de mots-clés, comme en témoignent les arrêts postérieurs *Bergspechte* ²⁹⁷⁹ et *Portakabin* ²⁹⁸⁰, dans lesquels la Cour a affirmé laconiquement que « l'usage d'un signe identique à une marque d'autrui dans le cadre d'un service de référencement tel que “AdWords” n'est pas susceptible de porter atteinte à cette fonction de la marque ». Plus encore, dans l'arrêt *Interflora* ²⁹⁸¹, la Cour a justifié cette solution par le fait que « si la marque constitue un élément essentiel du système de concurrence non faussé que le droit de l'Union entend établir, elle n'a cependant pas pour objet de protéger son titulaire contre des pratiques inhérentes au jeu de la concurrence ». Or, selon elle, « la publicité sur Internet à partir de mots-clés correspondant à des marques constitue une telle pratique, en ce qu'elle a, en règle générale, pour simple but de proposer aux internautes des alternatives par rapport aux produits ou aux services des titulaires desdites marques », et « la sélection d'un signe identique à une marque d'autrui dans le cadre d'un service de référencement ayant les caractéristiques d' “AdWords”, n'a pas pour effet de priver le titulaire de cette marque de la possibilité d'utiliser efficacement sa marque pour informer et persuader les consommateurs » ²⁹⁸².

846 *Application en droit français* ◇ Appliquant à la lettre les solutions dictées par la Cour de justice de l'Union européenne, les juges français n'ont eu d'autre choix que de reconnaître que l'usage de mots-clés identiques à des marques ne portait pas atteinte à la fonction de publicité. C'est ainsi que, dans son arrêt du 22 mars 2012, la cour d'appel de Lyon a jugé que l'atteinte à cette fonction n'était pas établie, ni « susceptible de l'être au regard des caractéristiques du service de référencement [*Google AdWords*] » ²⁹⁸³.

847 *Fonction d'investissement* ◇ La fonction d'investissement a été définie par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt

Interflora comme étant remplie par l'emploi d'une marque, par son titulaire, « pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs »²⁹⁸⁴. Cette fonction peut présenter un chevauchement avec la fonction de publicité, mais elle s'en distingue en ce que « l'emploi de la marque pour acquérir ou conserver une réputation s'effectue non seulement au moyen de la publicité, mais également au moyen de diverses techniques commerciales »²⁹⁸⁵.

Contrairement à la fonction de publicité, la Cour admet que l'usage d'un mot-clé identique à une marque pour désigner des produits ou services identiques puisse porter atteinte à la fonction d'investissement. Tel est le cas lorsque l'usage « gêne de manière substantielle l'emploi, par [le] titulaire, de sa marque pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs »²⁹⁸⁶. En revanche, l'atteinte n'est pas constituée lorsque l'usage « a pour seule conséquence d'obliger le titulaire de cette marque à adapter ses efforts pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser les consommateurs », ou encore « de conduire certains consommateurs à se détourner des produits ou des services revêtus de ladite marque »²⁹⁸⁷.

La complexité de cette décision est telle qu'il faut espérer que la Cour de justice de l'Union européenne apporte une clarification. Dans l'entre-temps, les juridictions nationales de renvoi devront tenter de tracer la ligne de démarcation entre les usages portant atteinte à la fonction d'investissement et les usages relevant d'une concurrence loyale.

- 848** Après avoir étudié la protection des marques ordinaires, il convient de s'intéresser à la protection, plus étendue, dont bénéficient les marques renommées.

B. La protection des marques renommées

- 849** *Contenu de la protection* ◇ L'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « la reproduction ou l'imitation d'une marque jouissant d'une renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur si elle est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cette reproduction ou imitation constitue une exploitation injustifiée de cette dernière ». De même, l'article 9, § 1, c), du règlement n° 207/2009, prévoit que le titulaire d'une marque est

habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage dans la vie des affaires « d'un signe identique ou similaire à la marque communautaire pour des produits ou des services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels la marque communautaire est enregistrée, lorsque celle-ci jouit d'une renommée dans la Communauté et que l'usage du signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque communautaire ou leur porte préjudice ».

850 ***Protection contre le parasitisme*** ◇ Il s'agit là d'une protection plus large que celle conférée aux marques ordinaires, puisqu'elle s'étend au-delà du principe de spécialité, dans des domaines différents de ceux couverts par la marque. Cette protection, introduite par la jurisprudence française sur le fondement de l'abus de droit ²⁹⁸⁸, a été consacrée sous la forme d'une faculté ouverte aux États membres par la directive du 21 décembre 1988, transposée par la loi du 4 janvier 1991.

L'idée sous-jacente est que certaines marques ont une renommée et une valeur telles qu'elles doivent pouvoir être protégées contre leur emploi par des tiers, y compris pour désigner des produits ou services totalement différents, dans la mesure où cet emploi constitue un acte de parasitisme visant à exploiter la réputation et le pouvoir attractif de la marque.

Étant donné qu'il ne s'agit pas d'actes de contrefaçon (du moins en ce qui concerne la marque française), l'action applicable ne sera pas l'action en contrefaçon, mais une action en concurrence déloyale, ce qui emporte notamment des conséquences quant aux sanctions encourues ²⁹⁸⁹.

851 ***Définition de la marque renommée*** ◇ En l'absence de définition légale, c'est la Cour de justice de l'Union européenne qui a défini la notion de « marque renommée ». Dans un arrêt *General Motors* du 14 septembre 1999 ²⁹⁹⁰, elle a ainsi indiqué que « pour bénéficier d'une protection élargie à des produits ou à des services non similaires, une marque enregistrée doit être connue d'une partie significative du public concerné par les produits ou services couverts par elle ». Le degré de connaissance requis doit être considéré comme atteint, selon la Cour, lorsque la marque antérieure est connue d'une partie significative du public concerné par les produits ou services couverts par cette marque. Quant au public concerné, il peut s'agir, en fonction du produit ou du

service commercialisé, soit du grand public, soit d'un public plus spécialisé, par exemple un milieu professionnel donné.

S'agissant de l'étendue territoriale de la renommée, la Cour a précisé que :

- dans le cas des marques nationales, il suffit que la renommée existe dans une partie substantielle de l'État membre concerné ²⁹⁹¹ ;

- dans le cas des marques communautaires, il suffit que la renommée existe dans une partie substantielle de l'Union européenne, étant précisé que le territoire d'un seul État membre tel que l'Autriche peut constituer une telle partie substantielle ²⁹⁹².

La preuve de la renommée doit être rapportée par le titulaire de la marque en question, éléments factuels à l'appui ²⁹⁹³.

852 *Marque renommée et marque notoire* ◇ La question de savoir si la définition de la marque renommée est identique à celle de la marque notoire ²⁹⁹⁴ visée à l'article 6 *bis* de la Convention d'Union de Paris n'est pas tranchée ²⁹⁹⁵. La doctrine se prononce en faveur d'une identité du niveau de connaissance requis par le public concerné ²⁹⁹⁶. D'ailleurs, les juges emploient fréquemment l'adjectif « notoire » alors qu'ils se réfèrent à des marques « renommées » ²⁹⁹⁷.

Quoi qu'il en soit, l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle applique expressément aux marques notoires, non enregistrées, la protection accordée aux marques renommées ²⁹⁹⁸.

853 *Appréciation de la renommée par les tribunaux* ◇ La renommée d'une marque est appréciée de manière souveraine par les juges du fond, en fonction de divers critères tels que la part de marché détenue par la marque, l'intensité, l'étendue géographique et la durée de son usage, ainsi que l'importance des investissements réalisés par l'entreprise pour la promouvoir ²⁹⁹⁹.

C'est ainsi, par exemple, que le tribunal de grande instance de Paris a qualifié de renommée la marque verbale « Free » sur la base des éléments suivants :

- son titulaire faisait valoir 3 778 000 de foyers abonnés à ses offres haut débit, ce qui représente un nombre total d'utilisateurs supérieur du fait de la présence de plusieurs personnes par foyer ;

- il justifiait de 4 920 602 comptes de messagerie ouverts chez lui, qui ont nécessairement une adresse de contact Internet intégrant le signe

Free ;

- il démontrait que plus de 15 millions de personnes consultaient le portail <Free.fr> par mois ;

- il justifiait également d'importants investissements publicitaires et de nombreux articles de presse le concernant ;

- enfin, il produisait des sondages desquels il ressortait que la marque Free est notoirement connue par le public concerné ³⁰⁰⁰.

De même, dans l'environnement numérique, ont été considérées comme renommées les marques Intel ³⁰⁰¹, Axa ³⁰⁰², Méridien et Le Méridien ³⁰⁰³, Weston ³⁰⁰⁴, SNCF ³⁰⁰⁵, TGV, Transilien, Voyages-sncf.com et Voyages-sncf ³⁰⁰⁶, Eurostar ³⁰⁰⁷, Belle literie ³⁰⁰⁸, Lancôme ³⁰⁰⁹, Canson ³⁰¹⁰, Décathlon ³⁰¹¹, Paris Match ³⁰¹², Danone ³⁰¹³, Bose ³⁰¹⁴, Milka ³⁰¹⁵, Vuitton et Louis Vuitton ³⁰¹⁶, Interflora ³⁰¹⁷, Elle ³⁰¹⁸ ou encore la marque semi-figurative Vente-privee.com ³⁰¹⁹ (la version verbale de la même marque ayant paradoxalement été jugée non distinctive par la même juridiction peu de temps auparavant ³⁰²⁰).

854 *Étendue de la protection* ◇ En vertu des articles L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle et 9 du règlement n° 207/2009, sont prohibées – dès lors que les conditions sont remplies – tant la reproduction à l'identique que l'imitation de la marque renommée ³⁰²¹. Dans le second cas, il n'est pas nécessaire qu'il existe un risque de confusion entre les signes. Un simple risque d'association suffit, défini comme le risque que le public établisse un lien entre la marque renommée et le signe l'imitant ³⁰²².

Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne a étendu cette protection aux usages de signes, identiques ou similaires à la marque renommée, désignant des produits ou services non pas différents, mais identiques ou similaires ³⁰²³. On retourne ainsi dans le domaine de spécialité, mais, contrairement au cas des marques ordinaires, l'atteinte ne suppose pas l'existence d'un risque de confusion ³⁰²⁴.

855 *Contenu de l'atteinte : préjudice et/ou faute* ◇ Selon les articles L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle et 9 du règlement n° 207/2009, l'atteinte à la marque renommée résulte soit du préjudice causé au titulaire de la marque, soit de la faute du tiers, qui fait une exploitation injustifiée du signe et tire indûment profit de la réputation de la marque. Naturellement, ces deux circonstances peuvent se

cumuler.

Le préjudice peut résider dans la simple banalisation ou dilution du pouvoir distinctif de la marque, qui consiste en l'affaiblissement de l'association immédiate suscitée par la marque avec les produits qu'elle désigne ³⁰²⁵, ou bien dans le ternissement de l'image de la marque ³⁰²⁶, c'est-à-dire dans la dégradation de sa réputation, notamment par son usage en relation avec des produits de qualité médiocre ou des biens vendus dans des conditions dévalorisantes ³⁰²⁷.

Quant à la faute, elle consiste en l'exploitation injustifiée de la marque, ce qui désigne les actes effectués par les tiers avec une intention parasitaire visant à se placer dans le sillage de la marque renommée pour tirer profit de sa réputation à moindre frais.

856 *Mise en œuvre dans l'environnement numérique : enregistrement d'un nom de domaine* ◇ Comme exposé plus haut à propos des marques ordinaires ³⁰²⁸, l'atteinte à la marque renommée peut prendre une multiplicité de formes. Le signe dont l'emploi est prohibé peut être une marque, mais également un nom commercial ³⁰²⁹, une dénomination commerciale ou encore un nom de domaine.

À propos de ce dernier type de signe, la question s'est posée de savoir si le simple enregistrement d'un nom de domaine reproduisant ou imitant une marque renommée dans les conditions prévues à l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle et à l'article 9 du règlement n° 207/2009 pouvait constituer une atteinte. Contrairement à la réponse clairement négative apportée à la question en matière de marques ordinaires, la réponse des juges en matière de marques renommées n'est pas nettement tranchée. Certaines décisions admettent en effet que l'atteinte ne suppose pas que le nom de domaine soit exploité « dans la mesure où l'usage est celui intervenu lors de la demande d'enregistrement du nom de domaine » ³⁰³⁰. D'autres, en revanche, exigent que le nom de domaine fasse l'objet d'une exploitation, à défaut de quoi elles refusent de considérer qu'il est fait usage du signe ³⁰³¹. Comme en matière de marques ordinaires, on ne peut que préférer cette seconde analyse, étant donné que l'atteinte à la marque renommée suppose que le signe soit utilisé « pour désigner » des produits ou services différents (ou identiques). Or, comme l'écrit un auteur, « on voit mal comment l'acte de dépôt [du nom de domaine], essentiellement neutre sur le plan juridique, peut être analysé comme un usage pour des produits ou

services » ³⁰³². Par ailleurs, si le nom de domaine n'est pas exploité, l'usage du signe peut difficilement faire croire au public qu'il existe un lien entre ce nom et la marque ³⁰³³. En toute hypothèse, les enregistrements pourront, le cas échéant, être annulés, indépendamment de l'usage des noms de domaine, sur le fondement de la fraude ³⁰³⁴.

857 *Illustrations : noms de domaines portant atteinte à des marques renommées* ◇ A ainsi été sanctionné l'usage des noms de domaine suivants :

– <milka.fr> pour désigner des services de couture, au motif que cet emploi était « de nature à banaliser la marque [Milka] et à affaiblir son pouvoir distinctif » ³⁰³⁵ (préjudice) et que l'exploitant du site avait « cherché à tirer indûment profit de la renommée de ces marques en attirant et en cherchant à attirer sur son site, un grand nombre d'internautes dans le but de se faire connaître sur tout le territoire national et dans le même temps de permettre à son fils de présenter ses activités de restauration » ³⁰³⁶ (faute) ;

– <bose.fr> pour désigner des activités de promotion immobilière, constituant un usage tirant indûment profit de la renommée de la marque Bose, en « captant l'attention des internautes pour les orienter sur des services qui n'étaient pas l'objet de leur recherche » (faute) ³⁰³⁷ ;

– <snCFusa> pour désigner des services similaires à ceux proposés par la société SNCF, au motif qu'« en proposant des produits et services de qualité discutable, [l'exploitant du site] préjudiciait à ceux proposés par la SNCF, sans compter le détournement potentiel d'une partie des internautes » (préjudice) ³⁰³⁸ ;

– <hotel-meridiana.com> pour désigner des services hôteliers, dans la mesure où l'exploitation de ce signe permettait un détournement de la clientèle du titulaire de la marque Méridien (faute et préjudice) ³⁰³⁹.

858 *Marques renommées et mots-clés : imitation de produits* ◇ La question de savoir à quelles conditions le choix d'un mot-clé reproduisant ou imitant la marque d'un tiers constitue une atteinte à cette marque, se pose également en matière de marques renommées. Il faut préciser qu'en pratique, de tels mots-clés sont presque toujours utilisés pour désigner des produits ou services similaires à ceux désignés par la marque, et très rarement pour désigner des produits ou services différents. Peu importe toutefois, dans la mesure où la protection

spéciale des marques renommées s'applique également dans le domaine de spécialité de la marque.

Dans l'arrêt *Google* ³⁰⁴⁰, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé qu'un tel acte ne pouvait être sanctionné, de la part du prestataire de services de référencement, sur le terrain du droit des marques ³⁰⁴¹. En ce qui concerne le choix du mot-clé par l'annonceur, elle a indiqué que, conformément à sa jurisprudence *Bellure* ³⁰⁴², « dans le cas d'offre à la vente d'imitations, lorsqu'un tiers tente par l'usage d'un signe identique ou similaire à une marque renommée de se placer dans le sillage de celle-ci afin de bénéficier de son pouvoir d'attraction, de sa réputation et de son prestige, ainsi que d'exploiter, sans aucune compensation financière et sans devoir déployer des efforts propres à cet égard, l'effort commercial déployé par le titulaire de la marque pour créer et entretenir l'image de cette marque, le profit résultant dudit usage doit être considéré comme indûment tiré du caractère distinctif ou de la renommée de ladite marque ». Dans l'arrêt *Google*, elle a précisé que « cette jurisprudence est pertinente dans des cas où des annonceurs sur Internet offrent à la vente, moyennant l'usage de signes identiques à des marques renommées telles que “Louis Vuitton” ou “Vuitton”, des produits qui sont des imitations des produits du titulaire desdites marques ». Cette solution est logique, car un tel usage révèle nécessairement une volonté parasitaire de la part de l'annonceur.

859 *Marques renommées et mots-clés : autres produits* ◇ Qu'en est-il dans le cas où les produits proposés par le tiers ne sont pas des imitations des produits du titulaire de la marque ? Dans l'arrêt *Interflora* ³⁰⁴³, la Cour a indiqué le titulaire de la marque renommée ne peut interdire à un concurrent de faire de la publicité à partir d'un mot-clé correspondant à cette marque que ce concurrent a, sans le consentement dudit titulaire, sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur Internet, que dans les trois hypothèses suivantes :

- ledit concurrent tire ainsi un profit indu du caractère distinctif ou de la renommée de la marque (parasitisme) ;
- ladite publicité porte préjudice à ce caractère distinctif (dilution) ;
- ladite publicité porte préjudice à cette renommée (ternissement).

Il s'agit là de l'application des conditions posées aux articles 9, § 1, c), du règlement n° 207/2009, et 5, § 2, de la directive n° 2008/95.

Plus précisément, la Cour, sans expliciter la troisième hypothèse, a

déterminé dans quelles conditions l'usage du mot-clé porte atteinte au caractère distinctif de la marque renommée, d'une part, et permet à l'annonceur de tirer indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque, d'autre part.

860 *Préjudice porté au caractère distinctif de la marque renommée (dilution)* ◇ Selon la Cour de justice de l'Union européenne, la sélection d'un signe identique ou similaire à une marque renommée en tant que mot-clé dans le cadre d'un service de référencement sur Internet ne contribue pas nécessairement à dénaturer la marque en terme générique et à en altérer ainsi le caractère distinctif. Comme dans le cas des marques ordinaires, tout dépend de la formulation de l'annonce. Ainsi, lorsqu'un tel usage conduit à l'affichage d'une publicité qui permet à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de comprendre que les produits ou les services offerts proviennent non pas du titulaire de la marque renommée mais, au contraire, d'un concurrent de celui-ci, la capacité distinctive de cette marque n'a pas été réduite par ledit usage, ce dernier ayant simplement servi à attirer l'attention de l'internaute sur l'existence d'un produit ou d'un service alternatif par rapport à celui du titulaire de ladite marque.

En revanche, lorsque l'annonce ne permet pas à l'internaute de comprendre que le produit proposé n'émane pas du titulaire de la marque ³⁰⁴⁴, il est possible de retenir une dilution de la marque. Encore faut-il, pour cela, que son titulaire prouve que l'usage du mot-clé a contribué à la dénaturation de la marque en terme générique aux yeux du public.

En d'autres termes, la licéité de l'usage de la marque renommée dépend de son caractère loyal et dépourvu d'ambiguïté.

861 *Profit indûment tiré du caractère distinctif ou de la renommée de la marque (parasitisme)* ◇ Comme l'admet la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Interflora*, il ne saurait être contesté que, lorsque le concurrent du titulaire d'une marque jouissant d'une renommée sélectionne cette marque en tant que mot-clé dans le cadre d'un service de référencement sur Internet, cet usage a pour objet de tirer un avantage du caractère distinctif et de la renommée de ladite marque. Pour autant, d'après la Cour, cela ne constitue pas nécessairement un acte de parasitisme.

Il faut, pour qu'une telle qualification puisse être retenue, que l'usage ne soit pas légitimé par un « juste motif » ³⁰⁴⁵, selon les termes de l'article 9, § 1, c), du règlement n° 207/2009 – ce qui équivaut à exiger que l'annonceur tire un profit « indu » de l'usage de la marque renommée, selon les termes de l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle. La difficulté est que la Cour de justice de l'Union européenne n'est guère explicite sur les circonstances dans lesquelles l'usage sera qualifié de parasitisme. Elle se limite à rappeler que le parasitisme est constitué lorsque l'annonceur propose à la vente des produits qui sont des imitations de ceux du titulaire de la marque ³⁰⁴⁶. Pour le reste, elle estime que « lorsque la publicité affichée sur Internet à partir d'un mot-clé correspondant à une marque renommée propose, sans offrir une simple imitation des produits ou des services du titulaire de cette marque, sans causer une dilution ou un ternissement et sans au demeurant porter atteinte aux fonctions de ladite marque, une alternative par rapport aux produits ou aux services du titulaire de la marque renommée, il convient de conclure qu'un tel usage relève, en principe, d'une concurrence saine et loyale dans le secteur des produits ou des services en cause et a donc lieu pour un juste motif » ³⁰⁴⁷.

Cette décision illustre parfaitement la volonté de la Cour de justice de sauvegarder le mécanisme des liens commerciaux, au nom de la libre concurrence, tout en veillant à sanctionner les abus, au premier rang desquels les actes nuisant à l'information des consommateurs ³⁰⁴⁸.

862 *Application par les juges nationaux* ◇ En pratique, la marge de manœuvre des juges nationaux paraît mince au regard de l'arrêt *Interflora*. En effet, ce dernier leur interdit de condamner pour parasitisme des annonceurs utilisant des marques renommées à titre de mots-clés au seul motif que cet usage leur permet de « faire apparaître leur site à l'internaute cherchant des résultats sur la base d'une requête » correspondant à la marque ³⁰⁴⁹. En d'autres termes, les juges nationaux ne pourront sanctionner les annonceurs faisant usage des marques de tiers du seul fait qu'ils visent à se placer dans leur sillage pour promouvoir leurs produits à moindre frais.

C'est ainsi fortement inspiré par l'arrêt *Interflora* que le tribunal de grande instance de Paris a considéré, dans un jugement du 26 juin 2012 ³⁰⁵⁰, que l'usage par un annonceur de la dénomination « Weston » en tant que mot-clé :

– conduisait à l'affichage de publicités qui permettaient à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de comprendre que les chaussures vendues sur le site Internet <www.ebay.fr> provenaient non pas directement de la société Weston, titulaire de la marque renommée, mais d'un exploitant d'une place de marché en ligne proposant un service de vente différent et indépendant, de sorte que la capacité distinctive de ces marques n'avait pas été réduite par ledit usage qui avait simplement permis à l'internaute de savoir que des chaussures Weston étaient vendues sur le site Internet eBay français ;

– et permettait à l'internaute de savoir que des chaussures Weston étaient vendues sur le site Internet eBay français, ce qui lui offrait une « alternative par rapport aux services de la société Weston », de sorte que la publicité en question relevait « d'une concurrence saine et loyale dans le secteur de la vente d'articles chaussants », et avait donc lieu pour un « juste motif » au sens de l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle.

Un arrêt de la cour d'appel de Lyon, en date du 19 janvier 2012 (contre lequel la Cour de cassation a rejeté un pourvoi), a même condamné pour concurrence déloyale le titulaire d'une marque qui était intervenu auprès de Google pour faire supprimer le référencement d'un tiers qui utilisait la marque en tant que mot-clé, au motif que « du moment que la publicité affichée sur Internet à partir d'un mot-clé correspondant à une marque propose une alternative aux services de son titulaire, sans porter atteinte aux fonctions de ladite marque, un tel usage relève, en principe, d'une concurrence saine et loyale dans le secteur des services en cause. Dès lors, en obtenant la mesure [en cause, le titulaire de la marque] a indûment fait perdre [au tiers], dont rien à cette époque ne permettait de soupçonner la loyauté, une chance de proposer son service à des internautes connaissant déjà [celui du titulaire de la marque] » ³⁰⁵¹.

863 Ainsi la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne tend-elle à restreindre les prérogatives des titulaires de marques. Ces restrictions sont accrues par l'existence d'exceptions aux droits exclusifs.

§ 2. Les exceptions aux droits exclusifs

864 Les droits exclusifs des titulaires de marques sont limités par diverses

exceptions d'origine légale et jurisprudentielle. Les exceptions les plus importantes en pratique dans l'environnement numérique sont l'épuisement du droit (A), l'exception de référence nécessaire (B), la publicité comparative (C) et la parodie (D). À ces limites s'ajoutent d'autres exceptions (E), d'importance moindre.

A. L'épuisement du droit de marque

865 *Principe* ◇ La première exception, l'épuisement du droit, n'est pas spécifique au droit de marque, mais s'applique à tous les droits de propriété intellectuelle ³⁰⁵².

Issue du souci de la Cour de justice de l'Union européenne de concilier la protection du droit de marque (garantie à l'article 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) avec la libre circulation des marchandises (garantie à l'article 34 du Traité) ³⁰⁵³, la théorie de l'épuisement du droit, d'abord jurisprudentielle, a été consacrée à l'article 7 de la directive d'harmonisation du droit des marques.

Elle a été transposée fidèlement à l'article L. 713-4 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose dans son alinéa premier : « le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté économique européenne ou dans l'Espace économique européen sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement ». Cette règle, reprise à l'identique à l'article 13 du règlement n° 207/2009, vise à éviter que l'exercice du droit de marque, territorial par nature, n'entrave la circulation des biens en cloisonnant les marchés. Plus précisément, l'épuisement du droit fait obstacle à la possibilité, pour le titulaire de ce droit, de s'opposer aux reventes successives d'exemplaires de produits marqués dont il a déjà autorisé la mise en circulation.

866 *Importance dans l'environnement numérique* ◇ La règle de l'épuisement du droit de marque permet donc tant les importations parallèles et reventes de produits neufs que les reventes de produits d'occasion. En cela, elle joue un rôle crucial dans l'environnement numérique, puisque le réseau Internet est le terrain privilégié de ces pratiques commerciales. L'épuisement du droit permet aux internautes de pouvoir acquérir des produits de marque auprès de divers revendeurs,

dont ils peuvent comparer les prix. Quant aux distributeurs, Internet est évidemment un vecteur privilégié de commercialisation et de publicité.

867 *Condition : mise en circulation consentie dans*

l'EEE ◇ L'épuisement du droit de marque intervient à la condition que le titulaire de la marque ait consenti à la mise en circulation de l'exemplaire concerné du produit marqué sur le territoire de l'Espace économique européen (EEE). Naturellement, lorsque les produits en cause sont contrefaisants, il ne saurait être question d'épuisement.

La première mise en circulation du produit marqué est donc l'élément déclencheur de l'épuisement. Il doit s'agir d'un acte qui transfère aux tiers le droit de disposer du produit, c'est-à-dire d'une vente – qu'elle soit conclue avec un consommateur ou avec un distributeur. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé, dans l'arrêt *eBay* ³⁰⁵⁴, que la fourniture par le titulaire d'une marque, à ses distributeurs agréés, d'objets revêtus de celle-ci, destinés à la démonstration aux consommateurs dans les points de vente agréés, ainsi que de flacons revêtus de cette marque, dont de petites quantités peuvent être prélevées pour être données aux consommateurs en tant qu'échantillons gratuits, ne constitue pas, en l'absence d'éléments probants contraires, une mise dans le commerce.

La mise en circulation doit être effectuée par le titulaire de la marque, soit directement, soit indirectement avec son consentement. Ce second cas recouvre l'hypothèse d'une mise en circulation par un sujet économiquement lié au titulaire de la marque, tel qu'un licencié. Encore faut-il, dans ce cas, que la mise en circulation ne soit pas effectuée en violation des clauses contenues dans le contrat de licence relatives à sa durée, à la forme sous laquelle la marque peut être utilisée, à la nature des produits ou services couverts par la licence, au territoire sur lequel la marque peut être apposée, ou encore à la qualité des produits fabriqués ou des services fournis par le licencié ³⁰⁵⁵.

La mise en circulation doit également intervenir sur le territoire de l'EEE. Cela signifie qu'une première mise en circulation à l'extérieur de ce territoire n'épuise pas le droit exclusif, et que le titulaire de la marque conserve le droit de s'opposer à la commercialisation des produits marqués dans l'EEE.

868 *Application de ces conditions à la commercialisation sur*

Internet ◇ En application de ces règles, le droit exclusif du titulaire de marque est épuisé dans les situations suivantes :

- il a lui-même mis en circulation le produit sur le territoire physique de l'EEE ;

- il a vendu le produit à un distributeur établi sur le territoire de l'EEE : étant donné que cette vente constitue déjà une première mise en circulation, peu importe que le distributeur revende les produits dans l'EEE en violation d'une clause du contrat ³⁰⁵⁶ ;

- le titulaire de la marque commercialise le produit en ligne sur le territoire de l'EEE : il faut considérer, comme l'a fait la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *eBay* ³⁰⁵⁷, que la commercialisation en ligne s'effectue « sur le territoire de l'EEE » lorsqu'elle a lieu sur des sites destinés au public des États membres de l'EEE ;

- un licencié fabrique et commercialise le produit sur le territoire de l'EEE conformément aux clauses de la licence.

En revanche, le droit exclusif du titulaire de marque n'est pas épuisé dans les situations suivantes :

- le titulaire de la marque a vendu le produit à un distributeur situé en dehors de l'EEE, et ce dernier commercialise le produit sur le territoire de l'EEE sans son accord : tel est le cas lorsque le distributeur offre à la vente, au moyen d'une place de marché en ligne destinée à des consommateurs dans l'Union, des produits de marque destinés, par le titulaire de cette marque, à la vente dans des États tiers ³⁰⁵⁸. Il faut toutefois préciser que la simple accessibilité technique des offres sur le territoire de l'Union européenne n'est pas suffisante : il faut qu'il existe des indices pertinents pour conclure qu'une offre à la vente, affichée sur une place de marché en ligne accessible sur le territoire couvert par la marque, est destinée à des consommateurs situés sur celui-ci. Parmi ces indices figurent le fait que l'offre à la vente est accompagnée de précisions quant aux zones géographiques vers lesquelles le vendeur est prêt à envoyer le produit, ou encore l'adresse du site ;

- un licencié fabrique et commercialise le produit sur le territoire de l'EEE (soit physiquement, soit par le biais d'un site web destiné au public de ce territoire) alors que la licence lui interdit d'exploiter la marque sur ce territoire.

869 Exceptions à l'épuisement ◇ L'épuisement du droit, lorsqu'il est acquis, prive en principe le titulaire de la marque de la possibilité de

s'opposer à la commercialisation des exemplaires matériels des produits marqués qu'il a mis en circulation.

Néanmoins, le principe de l'épuisement connaît des exceptions, dues à la nécessité de protéger les fonctions de la marque. C'est ainsi que l'article L. 713-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose dans son alinéa 2 : « toutefois, faculté reste alors ouverte au propriétaire de s'opposer à tout nouvel acte de commercialisation s'il justifie de motifs légitimes, tenant notamment à la modification ou à l'altération, ultérieurement intervenue, de l'état des produits ». L'article 7, § 2, du règlement n° 207/2009 comporte pareille restriction.

En quoi peuvent consister les « motifs légitimes » susceptibles de faire obstacle à l'épuisement des droits du titulaire de la marque ?

870 *Altération de l'état d'origine des produits marqués* ◇ Le motif principal, mentionné dans la loi, réside dans l'atteinte à l'état d'origine des produits. Dans une telle hypothèse, le titulaire de la marque doit en effet pouvoir s'opposer à l'utilisation de son signe, qui conduit à lui imputer aux yeux du public l'état modifié du produit. En d'autres termes, la qualité du produit ne doit pas pouvoir lui être attribuée. C'est ainsi, par exemple, que les juges ont condamné pour contrefaçon un importateur qui distribuait des *jeans* authentiques mais délavés par ses soins ³⁰⁵⁹.

Cette limite à la règle de l'épuisement peut concerner tant la revente de produits neufs dont les conditions de conservation par le revendeur auraient altéré l'état, que la revente de produits d'occasion, qui risquent plus facilement de se trouver altérés.

871 *Licéité sous conditions du reconditionnement des produits marqués* ◇ Dans une jurisprudence abondante, rendue essentiellement à propos des importations parallèles de médicaments ³⁰⁶⁰, la Cour de justice de l'Union européenne a posé le principe de la licéité du reconditionnement, par l'importateur, des produits marqués couverts par l'épuisement du droit de marque. Il est toutefois nécessaire que ce reconditionnement remplisse les cinq conditions cumulatives suivantes :

- il doit être objectivement nécessaire ³⁰⁶¹ ;
- il ne doit pas porter atteinte à l'état d'origine du produit ³⁰⁶², comme exposé ci-dessus ;
- le nouvel emballage doit indiquer clairement l'identité de l'opérateur

qui a procédé au reconditionnement ³⁰⁶³ ;

- l'importateur parallèle doit, dans un délai raisonnable, avertir le titulaire du reconditionnement opéré ou envisagé ³⁰⁶⁴ ;

- la présentation du produit reconditionné ne doit pas nuire à la réputation de la marque et à celle de son titulaire ³⁰⁶⁵ .

872 ***Atteinte à la réputation de la marque par le déconditionnement de produits revendus sur Internet*** ◇ Cette

dernière condition, l'atteinte à la réputation de la marque, constitue un « juste motif » particulièrement important permettant au titulaire de la marque de faire-valoir ses droits exclusifs.

L'atteinte peut résulter de la présentation du produit reconditionné lorsque celle-ci est « défectueuse, de mauvaise qualité ou de caractère brouillon » ³⁰⁶⁶ ou simplement qu'elle nuit à la réputation de la marque ³⁰⁶⁷ . En pratique, plus la marque est porteuse d'une image de luxe, plus sa réputation risquera d'être atteinte.

La Cour de justice de l'Union européenne a été interrogée, dans l'affaire *eBay*, sur la question de savoir si le retrait de l'emballage de produits porte atteinte au droit exclusif du titulaire de la marque apposée sur ces produits, habilitant donc ce dernier à s'opposer à la revente des produits ainsi déconditionnés. La question présente un intérêt particulier dans le contexte de la revente sur Internet de produits de marque, dans la mesure où, bien souvent, les revendeurs (notamment lorsqu'il s'agit de particuliers) ne disposent plus des emballages d'origine. En l'espèce, il s'agissait de parfums et de cosmétiques revendus sur eBay déconditionnés. La CJUE a répondu que cette question doit faire l'objet d'un examen au cas par cas. En effet, l'apparence d'un parfum ou d'un produit cosmétique sans emballage peut parfois transmettre de manière efficace l'image de prestige et de luxe de ce produit, tandis que, dans d'autres cas, le retrait dudit emballage a précisément pour conséquence de porter atteinte à cette image. En conséquence, le titulaire de la marque peut s'opposer à la revente de produits au motif que le revendeur a retiré l'emballage de ces produits dans les circonstances suivantes :

- lorsque ce déconditionnement a pour conséquence que des informations essentielles, telles que celles relatives à l'identification du fabricant ou du responsable de la mise sur le marché du produit, font défaut ;

- lorsque le retrait de l'emballage n'a pas conduit à un tel défaut

d'informations, le titulaire de la marque peut néanmoins s'opposer à ce qu'un parfum ou un produit cosmétique revêtu de la marque dont il est titulaire soit revendu dans un état déconditionné, s'il établit que le retrait de l'emballage a porté atteinte à l'image dudit produit et, ainsi, à la réputation de la marque. Une telle atteinte peut avoir lieu lorsque l'emballage contribue, à titre égal ou davantage que le flacon ou le conteneur, à la présentation de l'image du produit créée par le titulaire de la marque et de ses distributeurs agréés.

873 ***Atteinte à la réputation de la marque par les conditions de la revente des produits en dehors des réseaux de distribution sélective***

◇ La Cour de justice a étendu les atteintes à la réputation de la marque aux circonstances de la revente des produits marqués. L'hypothèse concernée est essentiellement celle de la revente de produits (généralement de luxe) en dehors d'un réseau de distribution sélective. En principe, le titulaire de la marque ne peut s'opposer, sur le fondement du droit de marque, à la revente des produits en dehors du réseau dès lors que l'épuisement de ses droits est acquis ³⁰⁶⁸. Comme l'a indiqué la Cour de cassation, « l'usage illicite de marques ne peut résulter du seul fait de commercialiser des produits authentiques relevant d'un réseau de distribution sélective dès lors qu'il est constaté que leur première mise en circulation en France s'est faite avec l'accord du titulaire de la marque et qu'ils ont été régulièrement acquis par le revendeur » ³⁰⁶⁹.

Pourtant, la Cour de justice de l'Union européenne a admis dans l'arrêt *Copad* ³⁰⁷⁰ que les mauvaises conditions de vente de produits de luxe pouvaient constituer un motif légitime susceptible de paralyser l'épuisement du droit. Ainsi, le titulaire de la marque peut invoquer les droits conférés par cette dernière à l'encontre d'un licencié qui enfreint une clause du contrat de licence interdisant, pour des raisons de prestige de la marque, la vente à des soldeurs de produits, pour autant qu'il soit établi que cette violation, en raison des circonstances d'espèce, porte atteinte à l'allure et à l'image de prestige de la marque ³⁰⁷¹. Tel sera le cas, par exemple, lorsque des produits de luxe sont revendus par des soldeurs dans des hangars situés dans des zones industrielles ³⁰⁷².

Cette décision peut être, dans une certaine mesure, transposée à l'environnement numérique. Il convient néanmoins de prendre en compte les apports de l'arrêt *Pierre Fabre* ³⁰⁷³ dans lequel la cour d'appel de Paris, suivant la Cour de justice de l'Union européenne ³⁰⁷⁴, a estimé

que la clause interdisant la commercialisation de produits cosmétiques par Internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constituait une restriction de concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union, et ne pouvait pas bénéficier d'une exemption individuelle. En conséquence, il est désormais acquis que le droit de la concurrence prohibe toute interdiction absolue de vente sur Internet, y compris dans le cadre d'un réseau de distribution sélective ³⁰⁷⁵. La Cour de justice de l'Union européenne a explicitement précisé que la préservation de l'image de prestige du produit ne saurait justifier l'exclusion de sa commercialisation sur Internet, cet objectif ne pouvant constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence ³⁰⁷⁶. Le titulaire de la marque ne pourra donc imposer une telle clause générale. Il pourra, en revanche, fixer des standards pour la distribution par Internet, notamment en imposant une charte graphique compatible avec l'image de marque des produits. Il pourra, par ailleurs, agir sur le terrain du droit des marques, en invoquant, le cas échéant, un juste motif lui permettant de s'opposer à la commercialisation de ses produits sur un site web, dès lors que les conditions particulières de cette commercialisation portent atteinte à l'image de la marque ³⁰⁷⁷.

874 ***Licéité de principe de l'usage de la marque pour promouvoir la revente*** ◇ La question des conditions de la revente est étroitement liée à celle de la publicité effectuée par le revendeur.

La Cour de justice de l'Union européenne a indiqué dans l'arrêt *Evora* ³⁰⁷⁸ que lorsque la règle de l'épuisement des droits s'applique, le revendeur a, outre la faculté de revendre les produits, également celle d'employer la marque afin de promouvoir cette commercialisation auprès du public. Cette extension est logique, dans la mesure où la solution contraire rendrait l'exercice du droit de revente sensiblement plus difficile, ce qui compromettrait l'objectif de la règle d'épuisement.

Appliquée à l'environnement numérique, la règle permet à tout revendeur se prévalant de l'épuisement des droits de citer la marque des produits qu'il revend sur Internet afin de les promouvoir ³⁰⁷⁹. Le tiers peut notamment utiliser la marque comme métatag ou mot-clé pour conduire à un site vendant des produits authentiques et licitement acquis ³⁰⁸⁰. Néanmoins, cette faculté, loin d'être absolue, est soumise à trois conditions qui, si elles ne sont pas remplies, font échec à l'épuisement

des droits et permettent au titulaire de la marque de retrouver ses droits exclusifs.

875 *Première condition : prohibition des usages portant atteinte à l'image de la marque* ◇ De manière logique, comme l'a indiqué la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Evora* ³⁰⁸¹, lorsqu'un revendeur fait usage d'une marque afin d'annoncer la commercialisation ultérieure de produits revêtus de la marque, il y a lieu de mettre en balance l'intérêt de ce dernier à pouvoir revendre les produits en question en utilisant les modes de publicité qui sont usuels dans son secteur d'activité et l'intérêt légitime du titulaire de la marque à être protégé contre les revendeurs employant sa marque à des fins de publicité d'une manière qui pourrait porter atteinte à la renommée de la marque. Ainsi, le titulaire de la marque peut s'opposer à l'utilisation publicitaire qui en est faite par le revendeur lorsque cette utilisation porte une atteinte sérieuse à la renommée de ladite marque – comme en ce qui concerne les circonstances de la revente. Tel serait le cas, par exemple, de liens publicitaires qui dégraderaient l'image d'une marque de luxe.

Pour une application dans l'environnement numérique, on peut se référer à l'arrêt *Portakabin* ³⁰⁸² dans lequel la Cour de justice a précisé que « le titulaire d'une marque n'est habilité à interdire à un annonceur de faire, à partir d'un signe identique ou similaire à ladite marque que cet annonceur a sans le consentement dudit titulaire sélectionné en tant que mot-clé dans le cadre d'un service de référencement sur Internet, de la publicité pour la revente de produits fabriqués par ce titulaire et mis dans le commerce dans l'EEE par celui-ci ou avec son consentement, que s'il existe un motif qui justifie que ledit titulaire s'y oppose, tel qu'un usage dudit signe portant une atteinte sérieuse à la renommée de la marque ». L'existence d'une telle atteinte doit être appréciée au cas par cas par les juges nationaux, sur la base des critères suivants dictés par la Cour de justice :

- on ne saurait constater, sur la base du seul fait qu'un annonceur utilise une marque d'autrui avec l'ajout de termes indiquant que les produits concernés font l'objet d'une revente, tels qu'« usagé » ou « d'occasion », que l'annonce porte une atteinte sérieuse à la renommée de celle-ci ;

- on est tenu de considérer qu'il ne peut être interdit à un revendeur

spécialisé dans la vente de produits d'occasion d'une marque d'autrui de faire usage de cette marque en vue d'annoncer au public des activités de revente qui incluent, outre la vente de produits d'occasion de ladite marque, la vente d'autres produits d'occasion, à moins que la revente de ces autres produits ne risque, eu égard à son volume, à sa présentation ou à sa mauvaise qualité, d'amoindrir gravement l'image que le titulaire a réussi à créer autour de sa marque.

876 ***Deuxième condition : prohibition des usages portant atteinte à la fonction de garantie d'origine de la marque*** ◇ L'utilisation de la marque d'autrui dans le cadre de la promotion, sur Internet, de la revente de produits authentiques, si elle est autorisée par la règle de l'épuisement du droit, doit toutefois respecter la fonction de garantie d'origine de la marque, comme on l'a déjà exposé à propos des liens commerciaux ³⁰⁸³. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Portakabin*, la Cour de justice de l'Union européenne a procédé à une application de la jurisprudence *Google Adwords* à l'hypothèse de liens commerciaux utilisant une marque afin de promouvoir la revente de produits d'occasion. Selon la Cour, constitue un « motif légitime » permettant au titulaire de la marque de faire valoir ses droits exclusifs le fait que le revendeur donne, par son annonce faite à partir du signe identique ou similaire à la marque, l'impression qu'il existe un lien économique entre lui et le titulaire de la marque, et notamment que l'entreprise du revendeur appartient au réseau de distribution du titulaire de cette marque ou qu'il existe une relation spéciale entre les deux entreprises. Par conséquent, l'annonceur ne peut se prévaloir de l'épuisement du droit lorsque l'usage qu'il fait du signe ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers.

L'existence d'une telle atteinte doit être appréciée au cas par cas par les juges nationaux ³⁰⁸⁴, sur la base des critères suivants dictés par la Cour de justice :

– il conviendra de tenir compte du fait que la vente de produits d'occasion revêtus d'une marque est une forme de commerce bien établie, dont le consommateur moyen est familier. Par conséquent, il ne saurait être constaté, sur la base du seul fait qu'un annonceur utilise la

marque d'autrui avec l'ajout de termes indiquant que le produit concerné fait l'objet d'une revente, tels qu'« usagé » ou « d'occasion », que l'annonce laisse penser qu'il existe un lien économique entre le revendeur et le titulaire de la marque ;

– lorsque le revendeur enlève, sans le consentement du titulaire d'une marque, la mention de cette marque sur les produits (démarquage) et remplace cette mention par une étiquette portant le nom du revendeur, de sorte que la marque du fabricant des produits concernés est entièrement dissimulée, le titulaire de la marque est habilité à s'opposer à ce que le revendeur utilise ladite marque pour annoncer cette revente. En effet, en pareil cas, il existe une atteinte à la fonction essentielle de la marque qui est d'indiquer et de garantir l'origine du produit.

877 ***Troisième condition : prohibition de la pratique des marques d'appel*** ◇ En dépit de l'ambiguïté de l'arrêt *Portakabin*, qui indique qu'il ne peut être interdit à un revendeur spécialisé dans la vente de produits d'occasion d'une marque d'autrui de faire usage de cette marque en vue d'annoncer au public des activités de revente qui incluent, outre la vente de produits d'occasion de ladite marque, la vente d'autres produits d'occasion (hormis en cas d'atteinte sérieuse à la réputation de la marque), les juges français veillent fermement à ce que la marque mentionnée dans la publicité par le tiers revendeur ne soit pas une marque d'appel, c'est-à-dire une marque désignant des produits d'une marque que le revendeur détient en faible quantité sans pouvoir se réapprovisionner à bref délai, l'objectif étant d'attirer les consommateurs pour leur proposer des produits d'autres marques ³⁰⁸⁵.

C'est ainsi, par exemple, que la cour d'appel de Paris ³⁰⁸⁶, approuvée par la Cour de cassation ³⁰⁸⁷, a condamné pour contrefaçon une société qui avait utilisé, tant sur son site web qu'à titre de metatags, les marques Muscle Razor et Super Iron Works dans le seul but d'attirer la clientèle, pour ensuite lui proposer des produits d'une autre marque, en tenant le raisonnement suivant : « Considérant que le distributeur de produits marqués régulièrement acquis, qui est en droit de les revendre sous la marque, peut librement faire référence à celle-ci à des fins promotionnelles ; que la liberté d'usage de la marque dans la publicité cesse en revanche lorsque le commerçant, détenteur de produits marqués authentiques régulièrement acquis, en tire prétexte pour utiliser la marque, certes pour désigner les produits eux-mêmes, mais dans le but

en réalité de promouvoir des produits ou services d'une autre marque, voire ses propres activités de manière générale ; que la pratique dite de la marque d'appel est constituée lorsqu'un distributeur annonce la vente des produits d'une marque alors qu'il en détient un nombre d'exemplaires insuffisant pour répondre à la demande normale de la clientèle, afin d'attirer cette dernière et de lui proposer des produits d'une autre marque [...] ». Ont pareillement été condamnés une société ayant promu sur Internet la vente de produits de marque Hugo Boss alors qu'un seul tee-shirt et deux paires de lunettes de cette marque étaient offerts à la vente ³⁰⁸⁸ ou encore un annonceur qui avait utilisé les marques renommées de la SNCF comme marques d'appel, moins pour désigner des produits ou des services authentiques de la SNCF que pour offrir les services d'organismes concurrents ³⁰⁸⁹.

B. L'exception de référence nécessaire

878 *Contenu et justification de l'exception* ◇ L'article L. 713-6, b), du Code de la propriété intellectuelle prévoit une exception aux droits exclusifs en les termes suivants : « l'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme référence nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service, notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée, à condition qu'il n'y ait pas de confusion dans leur origine ». Cette exception, issue de l'article 6, § 1, c), de la directive n° 2008/95, est également consacrée à l'article 12, c), du règlement n° 207/2009.

Son objectif est de permettre aux tiers commercialisant des accessoires compatibles avec des produits de marque de promouvoir leurs produits, en indiquant leur destination au public. De même, les réparateurs spécialisés doivent être en mesure de faire connaître aux consommateurs les marques des produits sur lesquels ils interviennent ³⁰⁹⁰. L'exception se justifie ainsi par le caractère nécessaire de l'information fournie à travers la référence à la marque, dans un système de concurrence non faussé ³⁰⁹¹.

Cette exception joue un rôle très important dans l'environnement numérique, en ce qu'elle permet à de multiples annonceurs de promouvoir leurs produits (recharges en tous genres, cartouches informatiques, capsules de café...) ou leurs services (réparation de véhicules, d'électroménager, d'appareils informatiques) sur Internet, en

mentionnant la marque des produits auxquels leur offre est destinée.

879 ***Conditions*** ◇ Afin de se voir appliquer l'exception, l'usage effectué de la marque doit remplir trois conditions cumulatives :

Premièrement, le tiers doit être dans l'obligation de se référer à la marque : la référence doit être pour lui le seul moyen possible de fournir au public une information compréhensible et complète sur la destination du produit ³⁰⁹². Ce caractère nécessaire a ainsi été reconnu par les juges dans le cas de bookmakers prenant des paris sur les matches et devant nécessairement utiliser les noms des clubs concernés ³⁰⁹³, ou encore de sociétés qui commercialisaient sur Internet des cartouches pour imprimantes dites « compatibles Epson » ³⁰⁹⁴. À l'inverse, il a été jugé que l'usage des marques Écopli et Postimpact par un tiers n'était pas nécessaire pour renseigner ses cocontractants sur la destination de son service de publipostage, dès lors qu'il pouvait, sans recourir à ces signes, les informer sur les caractéristiques de ses prestations, que ce soit en termes de délais ou de coût ³⁰⁹⁵.

Deuxièmement, comme l'indique l'article L. 713-6, b), du Code de la propriété intellectuelle, la référence à la marque d'autrui ne doit pas entraîner un risque de confusion pour les consommateurs. Cette réserve est nécessaire à la préservation de la fonction de garantie d'origine que la Cour de justice de l'Union européenne a reconnue à la marque. Le fabricant d'accessoires doit donc veiller à bien préciser que ses produits ne sont pas issus du titulaire de la marque, et qu'il n'a pas de lien économique avec ce dernier. Les juges vérifient l'absence du risque de confusion ³⁰⁹⁶, et sanctionnent, le cas échéant, la référence à la marque lorsque le tiers n'a pas pris les mesures nécessaires pour prévenir un risque de confusion dans l'esprit du public : ainsi a-t-il été jugé que l'usage par un fabricant de lecteurs DVD de la marque DivX sur ses appareils risquait d'inciter les consommateurs à croire que les produits mettaient en œuvre la technologie DivX ³⁰⁹⁷.

Troisièmement, comme l'indique l'article 6, § 1, de la directive n° 2008/95 (et l'article 12 du règlement n° 207/2009), l'exception de référence nécessaire suppose que l'usage de la marque soit « fait conformément aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ». Dans son arrêt *Gillette* ³⁰⁹⁸, la Cour de justice de l'Union européenne a interprété cette condition en indiquant que l'usage n'est pas honnête notamment lorsqu'il est fait d'une manière telle qu'il peut donner

à penser qu'il existe un lien commercial entre le tiers et le titulaire de la marque (ce qui recoupe la condition précédente), lorsqu'il affecte la valeur de la marque en tirant indûment profit de son caractère distinctif ou de sa renommée, lorsqu'il entraîne le discrédit ou le dénigrement de ladite marque, ou encore lorsque le tiers présente son produit comme une imitation ou une reproduction du produit revêtu de la marque dont il n'est pas le titulaire. De manière logique, ces conditions sont quasiment les mêmes que celles qui régissent la licéité de l'usage de la marque d'autrui dans le cadre des liens commerciaux. On renvoie donc aux développements consacrés plus haut à cette question ³⁰⁹⁹.

880 *Usage lato sensu de l'exception par les tribunaux français*

◇ Dans un certain nombre de décisions, les juges français appliquent l'exception de l'article L. 713-6, b), du Code de la propriété intellectuelle, à des hypothèses que ne prévoit pas ce texte. Il s'agit en effet de cas où un opérateur fait référence à la marque d'un tiers, non pas pour indiquer la destination de ses produits ou services, mais pour en décrire l'espèce ou la nature.

Par exemple, il a été jugé que pouvaient bénéficier de l'exception de référence nécessaire une société qui avait fait usage de la marque NF sur son site pour promouvoir un dispositif de sécurité pour les piscines conformes à la norme ³¹⁰⁰ ou encore la société Opodo qui, sur son site web, avait reproduit la marque Ryanair pour proposer aux internautes les billets délivrés par la compagnie irlandaise ³¹⁰¹.

En réalité, de tels usages correspondent davantage à l'exception d'« usage descriptif » prévue à l'article 6, § 1, b), de la directive n° 2008/95, aux termes duquel le titulaire de la marque ne peut interdire à un tiers de faire usage, dans la vie des affaires, « d'indications relatives à l'espèce, à la qualité, à la quantité, à la destination, à la valeur, à la provenance géographique, à l'époque de la production du produit ou de la prestation du service ou à d'autres caractéristiques de ceux-ci ». Mais cette disposition – dont l'utilité n'est d'ailleurs pas évidente ³¹⁰² – n'a pas été transposée en droit français, ce qui explique l'interprétation large par les juges de l'article 6, § 1, c), transposé par l'article L. 713-6, b), du Code de la propriété intellectuelle.

C. La publicité comparative

Articulation entre publicité comparative et protection de la marque ◇

La question soulevée par la publicité comparative est la suivante : la référence à la marque d'autrui dans ce cadre peut-elle être sanctionnée sur le terrain du droit des marques, ou bien la publicité comparative constitue-t-elle une exception au droit des marques ? ³¹⁰³

Aucune disposition du droit des marques ne prévoit d'exception en faveur de la publicité comparative. Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne a adopté une position favorable à cette dernière, régie par la directive n° 2006/114 du 12 décembre 2006 ³¹⁰⁴. Ainsi, dans un arrêt *O2* ³¹⁰⁵, si la Cour a admis que l'utilisation par un annonceur, dans une publicité comparative, d'un signe identique ou similaire à la marque d'un concurrent aux fins d'identifier les produits ou les services offerts par ce dernier s'analyse comme un usage pour les produits ou les services mêmes de l'annonceur, au sens du droit des marques, pourtant, elle a affirmé que le titulaire d'une marque enregistrée n'est pas habilité à interdire l'usage, par un tiers, d'un signe identique ou similaire à sa marque dans une publicité comparative qui satisfait à toutes les conditions de licéité énoncées par la directive n° 2006/114. Cela signifie donc que la conformité au droit de la publicité comparative constitue une exception au droit des marques. La position de la Cour restreint d'autant plus les droits exclusifs des titulaires de marques qu'elle interprète la notion de « publicité comparative » de manière très large, comme la simple identification, explicite ou implicite, d'un concurrent de l'annonceur ou des biens ou services qu'il offre, ce qui inclut notamment la pratique des tableaux de concordance ³¹⁰⁶.

Cette approche libérale de la Cour s'explique par les mêmes motifs que sa position au sujet des liens commerciaux : la Cour privilégie les effets bénéfiques de la publicité comparative pour les consommateurs, et ne souhaite pas permettre aux titulaires de marques de s'opposer à ce que des tiers fassent connaître au public l'existence d'offres alternatives. Seuls les abus peuvent être sanctionnés.

Conditions de licéité de la publicité comparative ◇

L'article 4, de la directive n° 2006/114, ainsi que les articles L. 121-8 et L. 121-9 du Code de la consommation, qui le transposent, exigent que la publicité comparative remplisse les conditions suivantes :

- elle ne doit pas être trompeuse ou de nature à induire en erreur ;

- elle doit porter sur des biens ou services comparables en ce qu'ils répondent aux mêmes besoins ou ont le même objectif ;
- elle doit comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie ;
- elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement de la marque d'un concurrent ;
- elle ne doit pas tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de produits concurrents ;
- elle ne doit pas présenter un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque protégée ;
- elle ne doit pas être source de confusion entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques ou les biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent.

C'est ainsi, par exemple, que la société Rue du Commerce a pu procéder à la comparaison des prix de différents produits *high-tech* commercialisés à la fois par elle, sur le site web <rueducommerce.com>, et par les sociétés FNAC Direct et Darty, par le biais des sites <fnac.com> et <darty.com>, dans la mesure où était établie la véracité des prix des produits comparés, et où aucun acte de parasitisme n'était constaté ³¹⁰⁷.

883 *Analyse* ◇ L'analyse de ces conditions de licéité de la publicité comparative telles qu'elles ont été mises en œuvre par la Cour de justice de l'Union européenne révèle une convergence avec les conditions de licéité de l'usage de la marque d'autrui dans les liens commerciaux. Les secondes ont en effet été calquées sur les premières.

En premier lieu, la présentation d'un bien comme une imitation d'un produit de marque, condamnée pour les liens commerciaux par l'arrêt *Google*, a été interprétée par la Cour dans l'arrêt *Bellure* ³¹⁰⁸ comme non seulement constituant une publicité comparative illicite – ce qui condamne la pratique des tableaux de concordance publicitaires – mais également comme permettant à l'annonceur de tirer un profit indu de la notoriété attachée à la marque ³¹⁰⁹.

En deuxième lieu, concernant la condition relative à l'absence de risque de confusion, le lien entre le droit de la publicité comparative et le droit des marques a été établi par la Cour de justice dans son arrêt *O2* ³¹¹⁰, dans lequel elle affirme que cette notion est identique dans la directive n° 2008/95 et dans la directive n° 2006/114. En conséquence, dès lors que le titulaire de la marque parvient à établir le risque de

confusion au sens du droit des marques, l'usage de la marque ne peut constituer une publicité comparative licite. Il s'agit, comme dans le cas des liens commerciaux, de veiller au respect de la fonction de garantie d'origine de la marque (cf. l'arrêt *Google* ³¹¹¹).

En troisième lieu enfin, s'agissant de la condition relative à l'absence de profit indûment tiré de la notoriété de la marque, on retrouve un critère essentiel dans l'appréciation de la licéité de l'usage d'une marque renommée dans un lien commercial selon l'arrêt *Interflora* ³¹¹². Dans l'arrêt *Bellure*, la Cour de justice avait déjà précisé que le bénéfice tiré par l'annonceur de la mention de la marque d'un concurrent au sein d'une publicité comparative n'est pas, en soi, indu ; il faut, pour cela, que soit caractérisé un acte de parasitisme.

884 *Relations avec l'exception de référence nécessaire* ◇ Il arrive que la personne faisant usage de la marque d'un tiers pour indiquer la destination de son offre procède en même temps à une comparaison des produits. Tel sera le cas, par exemple, lorsqu'un annonceur indique aux internautes que les recharges qu'il commercialise sont plus économiques que les recharges vendues par le titulaire de la marque de référence.

Dans ce cas, l'usage de la marque doit satisfaire non plus forcément aux conditions de l'exception de référence nécessaire, mais aux conditions de licéité de la publicité comparative. Si celles-ci sont remplies, « il n'y a pas lieu d'examiner si l'usage des marques est ou non nécessaire au sens du droit des marques » ³¹¹³. C'est ainsi, par exemple, qu'à une cour d'appel qui avait condamné pour contrefaçon le fabricant d'un médicament générique qui avait fait référence à la marque du médicament *princeps*, au motif que cette référence n'était pas nécessaire, la Cour de cassation a rappelé que « le titulaire d'une marque enregistrée n'est pas habilité à interdire l'usage, par un tiers, dans une publicité comparative qui satisfait à toutes les conditions de licéité énoncées [aux articles L. 121-8 et L. 121-9 du Code de la consommation], d'un signe identique ou similaire à sa marque » ³¹¹⁴. À l'inverse, peu importe que les conditions d'application de l'exception de référence nécessaire soient remplies si l'usage constitue en même temps un acte de publicité comparative : le cas échéant, un usage conforme au droit des marques pourra être sanctionné sur le terrain du droit de la consommation ³¹¹⁵.

D. La parodie

Source de l'exception de parodie ◇ Nombreux sont, en particulier sur Internet, les usages parodiques détournant des marques connues à des fins humoristiques ou militantes ³¹¹⁶. Les auteurs de ces usages peuvent-ils être condamnés pour contrefaçon ?

Contrairement au droit d'auteur, le droit des marques ne connaît pas d'exception légale de parodie ³¹¹⁷. En conséquence, les juges ont sanctionné un temps les usages parodiques de marques. C'est ainsi, que dans plusieurs affaires opposant le titulaire de la marque Danone aux auteurs de sites web intitulés <jeboycottedanone.com> et <jeboycottedanone.net>, les juges ont considéré qu'en exploitant ces noms de domaines et en imitant sur les sites web la marque Danone, les défendeurs avaient commis des actes de contrefaçon « dans la vie des affaires sur laquelle la tribune d'opinion offerte sur le site Internet considéré entend[ait] influencer », peu important par ailleurs que ces défendeurs ne soient pas en situation de concurrence commerciale avec la société Compagnie Gervais Danone ³¹¹⁸. Le même sort avait été réservé, en référé, à l'association Greenpeace qui avait, sur le site web <www. www.greenpeacefrance.fr/stopasso>, parodié la marque Esso pour dénoncer l'activité de ses titulaires ³¹¹⁹.

Mais cette position est désormais abandonnée par les juges, Déjà, dans une ordonnance de référé rendue le même jour que celle relative à la parodie de la marque Esso, le juge s'était interrogé sur la pertinence de l'application de l'article L 713-3 b) du Code de la propriété intellectuelle à l'imitation par Greenpeace, sur son site web, de la marque Areva dès lors, « d'une part, que la finalité de ces imitations ne se situ[ait] pas sur le terrain commercial mais sur le terrain de la liberté d'expression dans le cadre du droit à la critique et à la caricature et que, d'autre part, le risque de confusion est problématique, l'internaute compte-tenu de la notoriété de l'éditeur du site ne pouvant croire que les informations diffusées proviennent du titulaire des marques ou d'entreprises qui lui sont liées » ³¹²⁰. Le revirement véritable est intervenu en appel des ordonnances de référé rendues dans les deux affaires Greenpeace : dans deux arrêts du 26 février 2003 ³¹²¹, la cour d'appel de Paris a considéré :

– que le principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'expression impliquait que, conformément à son objet statutaire, l'association Greenpeace puisse, dans ses écrits ou sur son site Internet, dénoncer sous la forme qu'elle estime appropriée au but poursuivi les atteintes à l'environnement et les risques causés à la santé humaine par certaines

activités industrielles ;

– que si cette liberté n'est pas absolue, elle ne peut néanmoins subir que les restrictions rendues nécessaires par la défense des droits d'autrui ;

– qu'à cet égard, il n'apparaissait pas évident que les sociétés Esso et Areva puissent utilement et sérieusement revendiquer l'application de l'article L 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, dès lors que, par les modifications apportées aux marques et les textes qui les accompagnent, l'association Greenpeace montrait clairement son intention de dénoncer les activités de la société dont elle critique les incidences sur l'environnement, sans induire en erreur le public quant à l'identité de l'auteur de la communication ;

– qu'enfin, destinés à illustrer les informations fournies et le propos critique développé dans les campagnes menées par l'association, les signes en cause, même s'ils faisaient référence aux marques Esso et Areva, ne visaient manifestement pas à promouvoir la commercialisation de produits ou de services en faveur de Greenpeace mais relevaient au contraire d'un usage polémique étranger à la vie des affaires.

886 *Justification : absence d'usage dans la vie des affaires* ◇ Cette solution, reprise au fond dans les affaires *Esso* ³¹²², *Areva* ³¹²³ puis *Danone* ³¹²⁴, se justifie par la considération selon laquelle les usages parodiques de marques ne sont pas effectués dans la vie des affaires et pour désigner des produits et services identiques ou similaires, conditions requises pour que s'applique le droit exclusif du titulaire d'une marque. En ce sens, la parodie n'a pas besoin, pour être reconnue, d'une exception dans le Code de la propriété intellectuelle : il suffit aux juges de constater qu'un élément essentiel constitutif de la contrefaçon, l'usage dans la vie des affaires, fait défaut ³¹²⁵.

Naturellement, *a contrario*, s'il est démontré que l'usage parodique vise en réalité à vendre des produits ou services similaires à ceux couverts par la marque, le titulaire de cette dernière pourra agir en contrefaçon. Ainsi a-t-il été jugé que l'exploitation d'un site web dénommé <Onetelfuck>, désignant des services de télécommunication, constituait la contrefaçon de la marque One.Tel ³¹²⁶.

De même, si l'usage parodique se situe dans la vie des affaires mais désigne des produits ou services différents, le titulaire de la marque

pourra agir sur le fondement de l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle dès lors que l'usage révèle une volonté de parasitisme. C'est ainsi, par exemple, qu'ont été sanctionnées les personnes qui commercialisaient des t-shirts sur lesquels étaient parodiées les marques M. Propre ³¹²⁷, Ricard ³¹²⁸ ou encore Petit navire ³¹²⁹, et qu'à l'inverse, n'a pas été sanctionnée la parodie par un site web intitulé <Le Monte> de la marque Le Monde, faute d'une volonté de tirer un profit indu de la parodie ³¹³⁰.

887 ***Liberté d'expression*** ◇ Parallèlement à cet argument tiré du droit des marques, les auteurs de parodies se sont également appuyés avec succès sur la liberté d'expression. Dans un arrêt rendu à propos de la parodie, par le Comité national contre les maladies respiratoires et la tuberculose, de la marque de cigarettes Camel, la Cour de cassation a ainsi reconnu « qu'en utilisant des éléments du décor des paquets de cigarettes de marque Camel, à titre d'illustration, sur un mode humoristique, dans des affiches et des timbres diffusés à l'occasion d'une campagne générale de prévention à destination des adolescents, dénonçant les dangers de la consommation du tabac, produit nocif pour la santé, le CNMRT, agissant, conformément à son objet, dans un but de santé publique, par des moyens proportionnés à ce but, n'avait pas abusé de son droit de libre expression » ³¹³¹.

La liberté d'expression n'est pas sans limites : comme l'indique la Cour de cassation, son usage est susceptible d'abus sanctionnables.

888 ***Abus de la liberté d'expression*** ◇ En cas de faute, la parodie d'une marque pourra être sanctionnée sur le terrain de la responsabilité civile. Tel est le cas lorsque la parodie constitue un acte de diffamation ou de dénigrement de la marque parodiée ou de son titulaire. C'est ainsi que les juges ont retenu la responsabilité d'internautes qui exploitaient le site <www.ratp.org> sur lequel ils critiquaient certains dysfonctionnements du service public assuré par la RATP, au motif que le caractère manifestement outrancier des propos et dessins du site donnait un caractère fautif aux actes en cause ³¹³². De même les tribunaux ont-ils condamné les exploitants des sites web <Onetelfuck> ³¹³³ ou encore <Escroca> ³¹³⁴ (parodiant la marque Escota) en raison de la présence sur ces sites de nombreux propos dénigrants qui dépassaient la mesure de propos simplement satiriques et témoignaient d'une évidente volonté de

nuire.

Dans l'affaire *Areva*, à l'inverse, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que les actes reprochés à Greenpeace ne visaient pas la société mais les marques déposées par elle et en conséquence les produits ou services qu'elles servent à distinguer, de sorte qu'il était porté atteinte à ses activités et services et non à l'honneur ou à la considération de la personne morale ³¹³⁵. On retrouve, en quelque sorte, le critère utilisé en droit d'auteur pour déterminer si la parodie est licite ³¹³⁶ : comme l'usage de l'œuvre, l'usage de la marque ne doit pas entraîner, pour le public, un risque de confusion, et ne doit pas non plus traduire une volonté de nuire.

E. Autres exceptions

889 *Signes antérieurs et homonymie* ◇ Selon l'article L. 713-6, a), du Code de la propriété intellectuelle, « l'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme dénomination sociale, nom commercial ou enseigne, lorsque cette utilisation est soit antérieure à l'enregistrement, soit le fait d'un tiers de bonne foi employant son nom patronymique », étant précisé que « toutefois, si cette utilisation porte atteinte à ses droits, le titulaire de l'enregistrement peut demander qu'elle soit limitée ou interdite » ³¹³⁷. Le règlement n° 207/2009 prévoit, quant à lui, dans son article 12, a), que « le droit conféré par la marque communautaire ne permet pas à son titulaire d'interdire à un tiers l'usage, dans la vie des affaires, de son nom ou de son adresse [...] pour autant que cet usage soit fait conformément aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ».

Cette exception peut s'appliquer à une personne utilisant son patronyme en tant que nom de domaine qui se verrait assignée en contrefaçon par le titulaire d'une marque identique ou similaire. En effet, même si la loi française ne prévoit pas l'hypothèse d'un usage en tant que nom de domaine, la directive n° 2008/95 vise dans son article 6 un usage du nom « dans la vie des affaires » ³¹³⁸. Encore faut-il que le titulaire du nom soit « de bonne foi », c'est-à-dire qu'il ne cherche ni à provoquer la confusion avec la marque ³¹³⁹, ni à tirer profit de sa réputation. C'est ainsi, par exemple, que le titulaire du nom de domaine <champagne-serge-henriot.fr>, utilisant son patronyme de bonne foi, a échappé à une sanction pour contrefaçon de la marque Henriot ³¹⁴⁰.

L'exception peut encore concerner l'utilisation sur Internet, par un tiers, d'un nom commercial, d'une dénomination sociale ³¹⁴¹ ou enseigne antérieure à une marque identique ³¹⁴².

890 *Usage descriptif* ◇ Enfin, la dernière exception, qui n'existe pas dans le Code de la propriété intellectuelle, est consacrée à l'article 6, § 1, b), de la directive n° 2008/95, et à l'article 12, b), du règlement n° 207/2009, en vertu desquels le titulaire d'une marque ne peut interdire l'usage, dans la vie des affaires, d'indications relatives à l'espèce, à la qualité, à la quantité, à la destination, à la valeur, à la provenance géographique, à l'époque de la production du produit ou de la prestation du service ou à d'autres caractéristiques de ceux-ci, pour autant, de nouveau, que cet usage soit fait conformément aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ³¹⁴³.

Cette exception n'est pas d'une grande utilité, étant donné qu'elle recouvre une hypothèse qui est déjà soustraite au droit exclusif du titulaire de la marque. En effet, elle vise le cas où l'usage du signe est fait en tant que terme du langage courant, décrivant une propriété des produits du tiers : il ne s'agit alors pas d'un usage à titre de marque, dans la vie des affaires, de sorte que le titulaire de la marque ne peut s'y opposer ³¹⁴⁴. Appliquant cette règle à l'hypothèse de l'usage de mots-clés en vue d'un référencement sur Internet, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué dans l'arrêt *Portakabin* ³¹⁴⁵ que l'exception peut s'y appliquer à condition que l'annonceur utilise le signe en tant qu'appellation « générique », dans un contexte purement descriptif.

891 Le contenu de la protection conférée par la marque à son titulaire étant ainsi défini, il convient d'étudier la mise en œuvre de cette protection.

SECTION 3. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION

892 *Licence et cession de marque* ◇ À titre liminaire, il faut indiquer que la marque, en tant qu'objet d'un droit de propriété, peut faire l'objet de contrats de licence et de cession dont les modalités sont définies par le Code de la propriété intellectuelle et le règlement n° 207/2009 ³¹⁴⁶.

893 *Mise en œuvre judiciaire* ◇ La mise en œuvre judiciaire de la

protection peut s'effectuer sur le plan civil (§ 1) ou sur le plan pénal (§ 2). On se limitera ici à donner quelques informations d'ordre général sur les procédures, en ne détaillant que les questions spécifiques à l'environnement numérique. Il est par ailleurs à noter qu'un grand nombre des procédures relatives à la contrefaçon des marques est identique aux procédures applicables en matière de propriété littéraire et artistique.

§ 1. L'action civile

894 *Dualité d'actions* ◇ L'action civile en défense de la marque peut être soit une action en contrefaçon (A) soit également, dans le cas des marques renommées, une action en responsabilité civile (B).

A. Action en contrefaçon

895 *Élément matériel* ◇ La condamnation d'un tiers pour contrefaçon suppose qu'il ait effectué un acte interdit par le Code de la propriété intellectuelle ou le règlement n° 207/2009.

L'article L. 716-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « l'atteinte portée au droit du propriétaire de la marque constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur. Constitue une atteinte aux droits de la marque la violation des interdictions prévues aux articles L. 713-2, L. 713-3 et L. 713-4 ». Ainsi sont prohibés, dans les conditions détaillées dans la Section 2 de ce chapitre ³¹⁴⁷,

- la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque ;
- l'usage d'une marque reproduite ;
- l'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée ;
- la suppression ³¹⁴⁸ ou la modification d'une marque régulièrement apposée ;
- l'usage de la marque en violation de la règle d'épuisement des droits.

De même le règlement n° 207/2009 comporte-t-il, dans son article 9, § 2, une liste non exhaustive d'actes qui peuvent être interdits, parmi lesquels l'apposition du signe, l'offre, la mise dans le commerce ou la détention à ces fins de produits sous le signe, l'importation ou l'exportation des produits sous le signe, ou encore l'utilisation du signe

dans les papiers d'affaires et la publicité. Le Code de la propriété intellectuelle renvoie d'ailleurs à ce règlement, directement applicable, dans son article L. 717-1, selon lequel constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur la violation des interdictions prévues aux articles 9, 10, 11 et 13 du règlement n° 207/2009.

Les actes de contrefaçon, en tant que faits juridiques, peuvent être prouvés par tout moyen ³¹⁴⁹.

896 *Élément moral* ◇ En matière civile, l'élément moral n'est pas requis. La bonne foi du contrefacteur est donc indifférente. C'est ainsi qu'un vendeur, même non professionnel, pourra être condamné pour la distribution de produits contrefaisants sur Internet, peu important qu'il ait cru que ces produits étaient authentiques.

897 *Titulaire de l'action* ◇ En vertu de l'article L. 716-5 du Code de la propriété intellectuelle, l'action civile en contrefaçon est engagée par le propriétaire de la marque. Toutefois, le titulaire d'une licence exclusive peut agir en contrefaçon, sauf stipulation contraire du contrat, si, après mise en demeure, le titulaire n'exerce pas ce droit. Par ailleurs, les autres licenciés sont recevables à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée afin d'obtenir la réparation du préjudice qui leur est propre. On trouve les mêmes règles dans l'article 22, § 3 et 4, du règlement n° 207/2009.

898 *Tribunal compétent* ◇ En matière de contrefaçon de marques nationales, l'article L. 716-3 du Code de la propriété intellectuelle prévoit la compétence exclusive de tribunaux de grande instance déterminés par voie réglementaire ³¹⁵⁰. Ces tribunaux, comme en matière de propriété littéraire et artistique, sont au nombre de neuf, selon le Code de l'organisation judiciaire (art. D. 211-6-1). La Cour de cassation a précisé que ces règles de compétence particulières ne concernent que les juridictions civiles, à l'exclusion des juridictions pénales ³¹⁵¹.

En matière de contrefaçon de marques communautaires, l'article 95 du règlement n° 207/2009 prévoit que les États membres désignent un nombre aussi limité que possible de juridictions nationales de première et de deuxième instance, dénommées « tribunaux des marques communautaires ». Ces tribunaux sont seuls compétents pour connaître

des actions en contrefaçon, ainsi que des demandes reconventionnelles en déchéance ou en nullité des marques communautaires. En France, c'est le tribunal de grande instance de Paris qui est désigné, selon l'article R. 211-7 du Code de l'organisation judiciaire.

899 ***Compétence des tribunaux des marques communautaires*** ◇ La compétence des tribunaux des marques communautaires en matière de contrefaçon découle de deux règles alternatives.

En vertu de l'article 97, § 1 à 4, du règlement n° 207/2009, le tribunal des marques communautaires compétent est celui de l'État membre sur le territoire duquel le défendeur a son domicile ou, si celui-ci n'est pas domicilié dans l'un des États membres, de l'État membre sur le territoire duquel il a un établissement ; à défaut, celui de l'État membre sur le territoire duquel le demandeur a son domicile ou, si ce dernier n'est pas domicilié dans l'un des États membres, de l'État membre sur le territoire duquel il a un établissement ; à défaut encore, celui de l'État membre sur le territoire duquel l'OHMI a son siège, à savoir celui d'Alicante. Selon l'article 98 du règlement, le tribunal ainsi désigné est compétent pour statuer sur les faits de contrefaçon commis ou menaçant d'être commis sur le territoire de tout État membre. Les mesures coercitives ordonnées, le cas échéant, par ce tribunal, produisent effet dans tous les États membres, à charge pour le propriétaire de la marque d'engager, en application du règlement « Bruxelles I » ³¹⁵², la procédure de reconnaissance et d'exécution de l'ordonnance dans les autres États membres ³¹⁵³.

En vertu de l'article 97, § 5, du règlement n° 207/2009, les actions en contrefaçon peuvent également être portées devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel le fait de contrefaçon a été commis ou menace d'être commis. Selon l'article 98 du règlement, le tribunal ainsi désigné est compétent uniquement pour statuer sur les faits commis ou menaçant d'être commis sur le territoire de l'État membre dans lequel est situé ce tribunal.

900 ***Éléments de droit international privé*** ◇ Indépendamment de ces aspects relatifs à la contrefaçon des marques communautaires, la question se pose de savoir à quelles conditions le juge français sera compétent pour connaître de la contrefaçon d'une marque française, en particulier lorsque la contrefaçon est commise sur Internet ³¹⁵⁴.

En droit français, l'article 46 du Code de procédure civile offre une option au demandeur. Celui peut en effet saisir la juridiction du lieu où demeure le défendeur ou, en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi. En droit de l'Union européenne, lorsqu'un des éléments du litige se localise sur le territoire d'un autre État membre, le règlement dit « Bruxelles I » propose dans son article 5, § 3, une alternative semblable entre les tribunaux de l'État de domicile du défendeur et les tribunaux « du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ».

La difficulté est d'appliquer ces règles à la contrefaçon commise sur Internet : comment définir le « lieu où le fait dommageable s'est produit », sachant que, par définition, les contenus d'un site web sont accessibles partout ? Depuis un arrêt *Hugo Boss* de 2005³¹⁵⁵, la Cour de cassation exige, pour retenir la compétence du juge français, que le site en cause soit « destiné au public de France »³¹⁵⁶, et non pas simplement accessible depuis le territoire français. Afin de déterminer si tel est le cas, elle s'appuie sur un faisceau d'indices tels que le suffixe du site, la langue utilisée ou encore la possibilité de se faire livrer en France. L'application de ce critère de la focalisation a été réaffirmée par de nombreux arrêts de la Cour de cassation³¹⁵⁷, qui impose aux juges de procéder à une appréciation d'ensemble de la destination du site. En effet, aucun des indices, pris isolément, ne suffit à démontrer l'usage ou, au contraire l'absence d'usage sur le territoire français : ainsi, selon la Cour, le simple fait qu'un site soit en anglais n'est pas suffisant pour démontrer l'absence d'exploitation sur le territoire français³¹⁵⁸, pas davantage qu'un suffixe étranger tel que dans le nom de domaine <ebay.uk>³¹⁵⁹. À l'inverse, une rédaction en français n'indique pas nécessairement que le site vise le public de France (il peut notamment être destiné au Québec³¹⁶⁰). Quant au critère tiré des zones géographiques vers lesquelles le vendeur est prêt à envoyer le produit, il n'est pas toujours déterminant : ainsi la cour d'appel de Paris a-t-elle déclaré le juge français incompétent pour connaître de l'usage d'une marque sur le site <ebay.com>, au motif qu'il ne saurait être tiré argument de la possibilité d'une livraison en France pour considérer que le site est destiné au public de France, alors que les annonces sont rédigées en anglais, que les mesures des articles sont exprimées en pouces et le prix exprimé en dollars américains³¹⁶¹.

Ces critères correspondent totalement à la démarche adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *eBay*³¹⁶², prônant une

appréciation au cas par cas des indices pertinents permettant ou non de conclure qu'une offre à la vente, affichée sur une place de marché en ligne accessible sur le territoire couvert par la marque, est destinée à des consommateurs situés sur celui-ci.

Il convient néanmoins de tenir compte d'un arrêt *Wintersteiger* rendu le 19 avril 2002 en interprétation du règlement « Bruxelles I »³¹⁶³, dans lequel, semblant exclure le critère de la focalisation, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé qu'un litige relatif à l'atteinte à une marque enregistrée dans un État membre du fait de l'utilisation, par un annonceur, d'un mot-clé identique à ladite marque sur le site Internet d'un moteur de recherche opérant sous un domaine national de premier niveau d'un autre État membre, peut être porté soit devant les juridictions de l'État membre dans lequel la marque est enregistrée, soit devant celles de l'État membre du lieu d'établissement de l'annonceur.

Par ailleurs, sur le fond, en vertu du principe de territorialité du droit de marque, il faut également que les actes en cause puissent être considérés comme ayant eu lieu sur le territoire français pour que la contrefaçon soit retenue à l'encontre de leur auteur. Là encore, lorsque les actes sont commis sur Internet, c'est le critère de la destination du site qui est pris en compte par les juges³¹⁶⁴. C'est ainsi que dans un arrêt *Nutri-Rich* rendu le 10 juillet 2007³¹⁶⁵, la Cour de cassation, ayant constaté que le défendeur exploitait un site Internet sur lequel il présentait l'ensemble des produits de sa gamme destinés à l'Europe, l'Amérique et l'Asie, que le masque de beauté portant la marque Nutri-Riche (prétendument contrefaite) et présenté sur ce site sous la rubrique « autres pays », n'était pas offert à la vente, ni disponible, en France, que la partie du site destinée à la France, différenciée des pages destinées à la clientèle francophone, ne présentait aucun produit sous la dénomination « Nutri-Riche » mais sous celle de « Nutri-Intense », en a déduit que la mention de la marque sur ce site Internet, bien qu'accessible par les internautes depuis ce pays, ne saurait être considérée comme visant le public de France et constituer un acte d'exploitation sur le territoire français, si bien que ces actes ne caractérisaient pas une contrefaçon de la marque protégée en France.

901 *Prescription et forclusion* ◇ Selon l'article L. 716-5, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle, l'action en contrefaçon se prescrit par cinq ans (avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 2014, le délai

était de trois ans)³¹⁶⁶.

Il est également nécessaire de tenir compte d'une règle, similaire à celle applicable aux actions en annulation³¹⁶⁷, de forclusion par tolérance. Selon l'article L. 716-5, alinéa 4 du Code, ainsi que l'article 54 du règlement n° 207/2009, est irrecevable toute action en contrefaçon d'une marque postérieure enregistrée dont l'usage a été toléré pendant cinq ans³¹⁶⁸, à moins que son dépôt n'ait été effectué de mauvaise foi. En revanche, les actions en contrefaçon dirigées contre des signes autres que des marques n'encourent pas la forclusion.

902 ***Sanctions : dommages et intérêts et cessation de l'usage*** ◇ La loi du 29 octobre 2007 relative à la lutte contre la contrefaçon³¹⁶⁹, complétée par une loi du 11 mars 2014³¹⁷⁰, a renforcé les sanctions de la contrefaçon.

En ce qui concerne la sanction principale, qui consiste en la condamnation à indemniser les titulaires de marques par des dommages et intérêts, la loi a introduit une option au bénéfice des demandeurs. L'article L. 716-14 du Code de la propriété intellectuelle propose en effet deux méthodes permettant au juge d'évaluer le montant des dommages et intérêts. Celui-ci peut prendre en considération « distinctement : 1° Les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ; 2° Le préjudice moral causé à cette dernière ; 3° Et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon ». Mais il peut également, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme « est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte », et « n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée ». On renvoie, sur ce point, aux développements consacrés à la vocation répressive des dommages-intérêts dans le Titre 1 de cette Partie³¹⁷¹.

En complément des dommages et intérêts, les juges peuvent ordonner la cessation des atteintes aux droits exclusifs, souvent sous astreinte. Sur Internet, la cessation se traduira par le retrait des produits contrefaisants des plate-formes et sites de vente. Quant à l'annulation des marques

jugées contrefaisantes, elle pourra être prononcée par le juge sur demande du titulaire de la marque contrefaite.

903 ***Sanction spécifique à l'environnement numérique : le transfert du nom de domaine contrefaisant*** ◇ Lorsque le signe dont l'usage est contrefaisant est un nom de domaine, le titulaire de la marque contrefaite peut également demander l'annulation de l'enregistrement du nom de domaine ou bien, surtout, son transfert gratuit à son profit ³¹⁷². Cette faculté résulte de la combinaison des articles L. 45-2, 2° et L. 45-6, du Code des postes et communications électroniques, en vertu desquels toute personne démontrant un intérêt à agir peut demander la suppression ou le transfert à son profit d'un nom de domaine lorsque le nom de domaine est « susceptible de porter atteinte à des droits de propriété intellectuelle ou de la personnalité, sauf si le demandeur justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi ».

Les conditions précises d'obtention du transfert seront étudiées dans le Chapitre suivant, consacré aux noms de domaine ³¹⁷³. On se limitera ici à indiquer que, selon la Cour de cassation, le juge des référés n'est pas compétent pour prononcer une telle mesure, car le transfert de l'enregistrement d'un nom de domaine ne constitue ni une mesure conservatoire ni une mesure de remise en état ³¹⁷⁴.

904 ***Sanctions : mesures complémentaires*** ◇ La loi du 29 octobre 2007 a octroyé au juge civil des pouvoirs que détenait traditionnellement le seul juge pénal. Ainsi l'article L. 716-15 du Code de la propriété intellectuelle dispose-t-il qu'en cas de condamnation civile pour contrefaçon, la juridiction peut ordonner, à la demande de la partie lésée, que les produits reconnus comme produits contrefaisants et les matériaux et instruments ayant principalement servi à leur création ou fabrication soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée. Le juge peut également ordonner la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par la contrefaçon, qui seront remises à la partie lésée ou à ses ayants droit.

Enfin, le juge peut ordonner toute mesure appropriée de publicité du jugement, notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits dans les journaux ou sur les services de communication au public en ligne qu'il désigne.

905 *Pouvoirs du juge : production d'informations* ◇ L'article L. 716-7-1 du Code de la propriété intellectuelle, issu également de la loi du 29 octobre 2007, accorde au juge civil des pouvoirs étendus. Aux termes de cette disposition, modifiée par la loi du 11 mars 2014, « si la demande lui en est faite, la juridiction saisie au fond ou en référé d'une procédure civile prévue au présent titre peut ordonner, au besoin sous astreinte, afin de déterminer l'origine et les réseaux de distribution des produits argués de contrefaçon qui portent atteinte aux droits du demandeur, la production de tous documents ou informations détenus par le défendeur ou par toute personne qui a été trouvée en possession de produits argués de contrefaçon ou qui fournit des services utilisés dans de prétendues activités de contrefaçon ou encore qui a été signalée comme intervenant dans la production, la fabrication ou la distribution de ces produits ou la fourniture de ces services ». C'est ainsi que, dans une affaire, le juge de la mise en état a ordonné à eBay de communiquer, sous astreinte, le nombre et l'identification exacte des pseudonymes utilisés sur sa plate-forme par un prétendu contrefacteur, le nombre d'objets contrefaisants vendus ainsi que l'historique des ventes réalisées par lui, et le prix total de ces ventes ³¹⁷⁵. Depuis la loi du 11 mars 2014, la juridiction peut également ordonner, d'office ou à la demande de toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon, toutes les mesures d'instruction légalement admissibles même si une saisie-contrefaçon n'a pas préalablement été ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 716-7 (art. L. 716-7-1 A).

906 *Autres procédures* ◇ Il convient enfin de mentionner les autres procédures applicables à la contrefaçon de marques.

L'article L. 716-6 prévoit une procédure de référé-contrefaçon, qui permet de saisir la juridiction civile compétente afin de voir ordonner, au besoin sous astreinte, à l'encontre du prétendu contrefacteur ou des intermédiaires dont il utilise les services, toute mesure destinée à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon. Cette disposition, dont la mise en œuvre est subordonnée à la preuve du caractère vraisemblable de l'atteinte aux droits du titulaire de la marque ³¹⁷⁶, permet au juge d'ordonner à des intermédiaires tels que des exploitants de plate-formes de commerce en ligne de rendre inaccessibles des offres de produits contrefaisants, ou encore d'imposer le gel d'un nom de domaine

ou le blocage du site web associé à ce nom de domaine. Encore faut-il, toutefois, que l'action au fond apparaisse sérieuse ³¹⁷⁷ : ainsi le juge des référés a-t-il rejeté le référé-contrefaçon de la société américaine eBay dirigé contre le titulaire du nom de domaine <ebay.fr> et de la marque française eBay qu'il avait déposée, aux motifs que le nom de domaine n'était pas exploité, et que la marque désignait des produits et services différents de celles de la société eBay, ce dont il résultait que « compte tenu du pouvoir d'appréciation des juges du fond sur la similarité des produits et des services en cause, le succès de l'action au fond de ce chef n'apparai[ssai]t pas certain en l'état de la jurisprudence existante » ³¹⁷⁸.

Il existe également une procédure de saisie-contrefaçon, décrite à l'article L. 716-7 du Code de la propriété intellectuelle. Elle permet aux titulaires de marques de prouver rapidement l'atteinte à leurs droits et de limiter cette atteinte, à charge à eux de saisir au fond la juridiction compétente pour intenter une action en contrefaçon dans un délai de 20 jours ouvrables.

Enfin, les articles L. 716-8 à L. 716-8-9 du Code mettent en place une procédure de retenue douanière des marchandises que le titulaire d'une marque prétend contrefaisantes. Cette procédure s'applique « en dehors des cas prévus par la réglementation communautaire en vigueur », c'est-à-dire par le règlement n° 608/2013 du 12 juin 2013 concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle ³¹⁷⁹. À propos de ce dernier, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé, dans un arrêt *Rolex* ³¹⁸⁰ du 6 février 2014, que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur une marchandise vendue à une personne résidant sur le territoire d'un État membre à partir d'un site Internet de vente en ligne situé dans un pays tiers bénéficie, au moment où cette marchandise entre sur le territoire de cet État membre, de la protection garantie à ce titulaire par ledit règlement du seul fait de l'acquisition de ladite marchandise, sans qu'il soit nécessaire qu'en outre, préalablement à la vente, la marchandise en cause ait fait l'objet d'une offre de vente ou d'une publicité s'adressant aux consommateurs de ce même État.

907 ***Application des sanctions et procédures aux marques communautaires*** ◇ Ces sanctions et procédures sont applicables aux contrefaçons de marques communautaires dont le juge français est saisi. En effet, l'article 102 du règlement n° 207/2009 prévoit que les sanctions

de la contrefaçon sont régies par la loi nationale applicable. Quant aux procédures décrites, l'article L. 717-2 du Code de la propriété intellectuelle les rend expressément applicables aux atteintes portées au droit du propriétaire d'une marque communautaire.

B. Action en parasitisme

908 ***Marques françaises*** ◇ L'article L. 716-1 du Code de la propriété intellectuelle n'incluant pas le parasitisme des marques renommées parmi les cas de contrefaçon, l'action fondée sur l'article L. 713-5 est une action autonome. Cela a pour conséquence que l'action en parasitisme obéit à la prescription de droit commun quinquennale, et que les procédures et sanctions seront celles du droit commun de la responsabilité. Ainsi les juges pourront-ils ordonner l'octroi de dommages-intérêts ainsi que la cessation des actes illicites.

909 ***Marques communautaires*** ◇ En revanche, selon l'article L. 717-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'atteinte à une marque communautaire renommée, prévue à l'article 9 du règlement n° 207/2009, constitue une contrefaçon. En conséquence, toutes les sanctions et procédures relatives à la contrefaçon sont applicables ³¹⁸¹.

§ 2. L'action pénale

910 ***Incriminations*** ◇ La contrefaçon de marque est également un délit pénal. Le Code de la propriété intellectuelle contient ainsi plusieurs incriminations en la matière.

Selon l'article L. 716-9, « est puni de quatre ans d'emprisonnement et de 400 000 euros d'amende le fait pour toute personne, en vue de vendre, fournir, offrir à la vente ou louer des marchandises présentées sous une marque contrefaite :

a) D'importer, d'exporter, de réexporter ou de transborder des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ;

b) De produire industriellement des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ;

c) De donner des instructions ou des ordres pour la commission des actes visés aux a et b ».

Selon l'article L. 716-10, « est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait pour toute personne :

a) De détenir sans motif légitime, d'importer ou d'exporter des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ;

b) D'offrir à la vente ou de vendre des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ;

c) De reproduire, d'imiter, d'utiliser, d'apposer, de supprimer, de modifier une marque, une marque collective ou une marque collective de certification en violation des droits conférés par son enregistrement et des interdictions qui découlent de celui-ci ;

d) De sciemment livrer un produit ou fournir un service autre que celui qui lui est demandé sous une marque enregistrée. »

La différence entre les délits de contrefaçon par importation et par exportation réprimés par les deux articles est que l'article L. 716-9, envisage ces actes lorsqu'ils sont accomplis en vue de la revente, tandis que, selon l'article L. 716-10, il peut s'agir d'actes commis par de simples particuliers, en dehors de la vie des affaires. Cette différence explique les sanctions dont la gravité n'est pas la même.

Dans tous les cas, il est précisé que lorsque les délits ont été commis en bande organisée ou sur un réseau de communication au public en ligne, ou lorsque les faits portent sur des marchandises dangereuses pour la santé ou la sécurité de l'homme ou l'animal, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 euros d'amende. Il est ainsi à noter que la commission de la contrefaçon sur Internet constitue une circonstance aggravante.

Lorsque l'auteur de la contrefaçon est une personne morale, les peines d'amende peuvent être quintuplées. Les personnes morales peuvent également se voir dissoutes.

911 ***Élément moral*** ◇ En dépit de l'article 121-3 du Code pénal, selon lequel il n'y a point de délit sans intention de le commettre, il semble s'évincer de la formulation des articles L. 716-9 et L. 716-10 que seul le délit de substitution est intentionnel. La contradiction peut être résolue par l'application du principe, prévu à l'article 121-3 du Code pénal, selon lequel « il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence ou de négligence » ³¹⁸².

Ainsi la contrefaçon peut-elle être qualifiée de délit d'imprudence, ce qui a pour conséquence que l'élément moral se déduira aisément de

l'élément matériel, lequel indique vraisemblablement une négligence coupable. La contrefaçon sera donc très vraisemblablement retenue à l'encontre du professionnel qui importe par Internet des marchandises contrefaisantes pour les revendre, sur le fondement de l'article L. 716-9 du Code de la propriété intellectuelle ³¹⁸³. Si l'acte est accompli par un simple particulier, la solution, rendue en application de l'article L. 716-10, ne sera sans doute guère différente, dans la mesure où il sera difficile de retenir la bonne foi de l'internaute ayant commandé sur un site étranger et importé en France des produits contrefaisants dès lors que les produits ne sont pas disponibles en France et que le recours à un site étranger est rendu nécessaire.

Néanmoins, ce dernier cas de figure soulève une autre question, relative à la condition d'usage dans la vie des affaires.

912 Contrefaçon pénale et usage dans la vie des affaires

◇ Contrairement au professionnel, qui détient, importe ou exporte les marchandises contrefaisantes en vue de leur commercialisation, le simple particulier qui importe des biens par Internet, à des fins personnelles, n'agit pas dans la vie des affaires ³¹⁸⁴. Il ne peut donc être condamné pour contrefaçon sur le plan civil, en application de l'article 5 de la directive n° 2008/95 tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne ³¹⁸⁵. Mais peut-il être condamné pour contrefaçon sur le terrain pénal – domaine que le droit de l'Union européenne ne concerne pas ?

La réponse à cette question est incertaine ³¹⁸⁶ : certains arrêts condamnent ainsi des particuliers pour s'être fait adresser en France des marchandises contrefaisantes ³¹⁸⁷, tandis que d'autres les relaxent dès lors que l'importation a été effectuée à des fins personnelles ³¹⁸⁸. Cette seconde solution présente l'avantage d'aligner la contrefaçon pénale sur la contrefaçon civile, en exigeant un usage dans la vie des affaires d'un signe reproduisant ou imitant une marque.

913 Substitution sur Internet

◇ Le dernier type de délit de contrefaçon susceptible d'être commis sur Internet est la substitution de produit, réprimée à l'article L. 716-10, d), du Code de la propriété intellectuelle. En vertu de ce texte, le vendeur qui, sciemment, expédie à l'acheteur un produit autre que celui qui lui est demandé sous une marque enregistrée peut se voir condamner, excepté s'il informe l'acheteur de la

substitution ³¹⁸⁹ et que ce dernier l'accepte (ou, s'il la refuse, a la possibilité d'annuler la commande).

914 ***Sanctions complémentaires*** ◇ Les peines d'emprisonnement et d'amende prévues par le Code de la propriété intellectuelle peuvent être complétées par des sanctions complémentaires.

Ainsi l'article L. 716-11-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit-il que le tribunal peut ordonner la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée au plus de cinq ans, de l'établissement ayant servi à commettre la contrefaçon.

Les sanctions civiles complémentaires sont également applicables en matière pénale, en vertu de l'article L. 716-13 du Code de la propriété intellectuelle. Il s'agit de la confiscation, du rappel et de la destruction des marchandises et de la publication de la décision.

915 ***Application à la marque communautaire*** ◇ Les sanctions pénales attachées à la contrefaçon sont applicables aux marques communautaires, en vertu de l'article L. 717-2 du Code de la propriété intellectuelle, avec cette différence que l'atteinte à une marque renommée communautaire peut être sanctionnée sur le plan pénal, contrairement à l'atteinte à une marque renommée française.

916 Tout au long de ce chapitre, les marques sont apparues comme susceptibles d'entrer en conflit tout particulièrement avec un autre type de signe distinctif, les noms de domaine. C'est donc à ces derniers qu'il convient de consacrer le second chapitre de ce Titre.

CHAPITRE 2

LE DROIT DES NOMS DE DOMAINE

Section 1. L'ENREGISTREMENT DES NOMS DE DOMAINE

§ 1. **Les conditions de fond**

- A. L'absence d'atteinte aux droits des tiers
- B. La licéité des noms de domaine
- C. Caractère indifférent de la distinctivité

§ 2. **La procédure d'enregistrement**

§ 3. **La résolution des litiges**

- A. La procédure judiciaire
- B. Les procédures extra-judiciaires

Section 2. LA PROTECTION DES NOMS DE DOMAINE

§ 1. **La neutralité juridique de l'enregistrement**

§ 2. **Usage et étendue de la protection**

- A. La protection a priori : l'antériorité à l'enregistrement d'une marque
- B. La protection a posteriori : l'application des règles de concurrence déloyale

917 *Notion de nom de domaine* ◇ Les noms de domaine constituent un type de signe spécifique à l'environnement numérique, apparu relativement récemment au sein des valeurs immatérielles.

On peut définir un nom de domaine comme une dénomination unique à caractère universel qui permet de localiser une ressource ou un document sur Internet, et qui indique la méthode pour y accéder, le nom du serveur et le chemin à l'intérieur du serveur ³¹⁹⁰.

L'origine des noms de domaine est avant tout technique ³¹⁹¹. En effet, le réseau Internet relie différentes ressources, tant matérielles (serveurs) qu'intellectuelles (documents) ³¹⁹². Or, chacune de ces ressources est

identifiée de manière unique, au moyen d'une adresse dite *IP* (*Internet Protocol*), composée d'une suite de chiffres séparée par des points (par exemple, 193.108.167.124, qui correspond au site web de Dalloz). Mais ces adresses sont difficilement mémorisables et utilisables par les internautes, si bien qu'elles sont traduites en langage logique (par exemple, <http://www.dalloz.fr>) par des serveurs composant le *DNS* (*Domain name system*), qui assurent la correspondance entre ces noms de domaine et les adresses numériques.

Une étude évalue à 275 millions le nombre de noms de domaine dans le monde en mars 2014 ³¹⁹³.

918 *Structure des noms de domaine* ◇ Les noms de domaine se composent au minimum de deux niveaux hiérarchiques :

- l'extension, c'est-à-dire la partie finale figurant après le point, correspond au domaine de premier niveau ³¹⁹⁴ (*Top level domain* ou *TLD*). Ce domaine peut être soit générique (il s'agit alors d'un *gTLD* ou *generic top level domain*, tel que <.com>, <.org> ou <.net>) ou régional (il s'agit alors d'un *ccTLD* ou *country code top level domain*, tel que <.fr>, <.de>, <.asia> ou <.eu> pour les noms de domaine de l'Union européenne) ;

- le radical, c'est-à-dire de la partie figurant avant le point, correspond au domaine de second niveau (*Second level domain* ou *SLD*). Il s'agit du nom choisi par le demandeur, conformément à la charte de nommage applicable au TLD concerné.

Par exemple, dans le nom de domaine <www.dalloz.fr>, <dalloz> est le domaine de second niveau et <.fr> est le domaine (national) de premier niveau. La mention <www.>, signifiant *World wide web*, indique quant à elle que le nom de domaine donne accès à un service web.

Il est possible de rajouter des niveaux qui constituent autant de sous-domaines : par exemple, le *ccTLD* <.fr> comporte les sous-domaines <.tm.fr>, réservé aux titulaires de marques, <.gouv.fr>, réservé aux institutions gouvernementales, ou encore <.asso.fr> pour les associations.

On dénombrait, en 2013, 24 domaines de premier niveau génériques, du <.com> ³¹⁹⁵, créé en 1995, au <.xxx>, créé en 2011 pour désigner des sites réservés aux adultes ³¹⁹⁶ (extension pour laquelle a été mise en place une procédure préventive, dite *Sunrise Period*, permettant aux titulaires

de marques dont l'activité ne relève pas de l'industrie du X d'empêcher l'utilisation de leur marque au sein d'un nom de domaine se terminant par <.xxx>³¹⁹⁷), et 280 domaines de premier niveau nationaux³¹⁹⁸.

919

Nouveaux gTLD ◇ Le 20 juin 2011, l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), organisme américain chargé de la gestion du réseau des identifiants sur Internet, a annoncé l'ouverture de nouveaux noms de domaine de premier niveau génériques³¹⁹⁹. Après une période de candidatures, l'ICANN a révélé le 13 juin 2012 la liste des 1930 noms demandés³²⁰⁰. Parmi ceux-ci, on trouve notamment, pour la France, <.airbus>, <.alsace>, <.alstom>, <.aquitaine>, <.banque>, <.bio>, <.bzh>, <.canalplus>, <.clubmed>, <.corsica>, <.design>, <.garnier>, <.hermes>, <.immo>, <.lancome>, <.leclerc>, <.loreal>, <.maif>, <.mma>, <.mutuelle>, <.paris>, <.sanofi>, <.sfr>, <.ski>, <.sncf> ou encore <.total>.

La lecture de cette liste révèle que, pour l'essentiel, les candidats sont soit des entités publiques (régions, communes...) soit des titulaires de marques³²⁰¹. Afin de garantir la protection de ces derniers, l'ICANN a institué une base de données mondiale, la *Trademark ClearingHouse*³²⁰², qui devra répertorier les marques enregistrées signalées par leurs propriétaires ou licenciés, ainsi qu'un service de revendication, le *Trademark Claims Service*, qui adressera des avertissements à ceux qui souhaitent enregistrer un nom de domaine correspondant à une marque répertoriée au sein de la *Trademark ClearingHouse* et le notifiera aux titulaires de ces marques. Enfin, grâce à une période initiale de 30 jours appelée *Sunrise Period*, les titulaires de marques bénéficieront de la possibilité d'enregistrer leurs marques comme noms de domaine au sein des nouveaux gTLD avant que l'enregistrement ne soit ouvert à l'ensemble du public³²⁰³.

Les premiers de ces nouveaux domaines ont vu le jour en 2013, après une phase d'examen des candidatures par l'ICANN³²⁰⁴. Au 17 novembre 2013, l'ICANN avait ainsi annoncé à 31 candidats aux nouvelles extensions la délégation de leurs extensions. Parmi ces noms de domaine, on trouve « .technology », « .gallery » ou encore « .bike ».

L'enregistrement d'un nouveau gTLD est incontestablement moins accessible que celui d'un nom de domaine avec un gTLD classique, en raison de son coût élevé, estimé à un montant compris entre 300 000 et 500 000 Euros pour le dossier de candidature³²⁰⁵. Cette différence

s'explique par le fait que « c'est la racine même de l'Internet qui est ouverte »³²⁰⁶.

920 *Internationalized domain names (IDN)* ◇ L'ouverture progressive du système de nommage se traduit également par la création récente de noms de domaine internationaux (IDN), libellés en caractères autres que ceux de l'alphabet dit *Latin 1* (limité aux lettres sans accents, aux chiffres et au tiret)³²⁰⁷, dans un souci de promotion du multilinguisme sur Internet. À partir de 2003, l'ICANN a ouvert cette possibilité aux noms de domaine de second niveau, en permettant à certains gTLD (notamment les <.com>, <.net> ou <.biz>) et ccTLD (tels que <.jp> pour le Japon en 2003, <.ch> pour la Suisse en 2004, <.gr> pour la Grèce en 2005, ou encore <.fr> pour la France depuis le 3 mai 2012), d'accepter des noms de domaine de second niveau en caractères locaux ou accentués. Le ccTLD <.eu>, mis en place dans l'Union européenne par deux règlements de 2002 et 2004³²⁰⁸, accepte également des noms de domaine de second niveau dans les caractères de toute langue officielle de l'Union depuis 2009³²⁰⁹.

Dans un second temps, en 2009, l'ICANN a prévu la possibilité de créer des noms de domaine de premier niveau en caractères non latins. Les premiers *IDN ccTLD* ainsi consacrés en 2010 sont <.pф> pour la Russie, <.ﻻﺑﻴﻪ> pour l'Arabie Saoudite, <.ﻣﺎﺭﺍﺕ> pour les Émirats Arabes Unis, <.ﺟﺮ> pour l'Égypte³²¹⁰, ainsi que <.中国> et <.中國> pour la Chine. À la fin de l'année 2012, 31 *IDN ccTLD* avaient été approuvés par l'ICANN³²¹¹.

Quant aux futurs gTLD, l'ICANN prévoit également qu'ils puissent être déposés en caractères non latins.

921 *Un système international dépendant de l'ICANN* ◇ Né aux États-Unis dans les années 1980³²¹², le nommage a connu un succès évident, comme en témoignent le nombre de 233 millions de noms de domaine recensés dans le monde en 2012³²¹³, et l'ouverture du système à de nouveaux types de noms de domaine.

Ce système, transnational par nature, est organisé selon les règles de l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)³²¹⁴. Personne morale de droit privé californien à but non lucratif, sous tutelle du ministère du Commerce américain, l'ICANN, constituée le 6 novembre 1999, décide de la création de noms de domaine de premier

niveau, génériques et régionaux, et en confie l'exploitation à des tiers. Cette exploitation s'effectue à travers une « cascade de contrats »³²¹⁵ qui font intervenir différents acteurs³²¹⁶, de l'ICANN au titulaire du nom de domaine. Il est à noter que le 14 mars 2014, le gouvernement américain a annoncé son intention de transférer son rôle de supervision de l'adressage sur Internet à une organisation internationale, dont le statut et la localisation restent à déterminer.

922 *Contrats entre l'ICANN et les registres* ◇ L'ICANN confie la gestion des TLD à des organismes appelés « registres », choisis sur la base de leur fiabilité, par le biais de contrats de nature variable, qualifiés de *Memorandum of understanding* ou de *Sponsorship Agreement*. L'exploitation des ccTLD est, dans la plupart des cas, confiée à des organismes publics des États concernés.

C'est ainsi que le registre choisi par l'ICANN pour la gestion du domaine <.fr> (créé en 1986) est l'Association française pour le nommage Internet en coopération (AFNIC)³²¹⁷. Cet organisme, constitué en 1997, a pris le relais de l'Institut national de recherche en informatique et en automatique (INRIA), également appelé *Network Information Center* (NIC) France. L'AFNIC, désigné après consultation publique par arrêté du ministre chargé des communications électroniques, constitue l'office d'enregistrement qui, aux termes de l'actuel article L. 45 du Code des postes et communications électroniques, centralise « l'attribution et la gestion des noms de domaine rattachés à chaque domaine de premier niveau du système d'adressage par domaines de l'Internet correspondant aux codes pays du territoire national ou d'une partie de celui-ci ». Désignée pour la première fois par un arrêté du 19 février 2010³²¹⁸ (annulé, depuis lors, par le Conseil d'État³²¹⁹), l'AFNIC a vu son mandat remis en question par la décision du Conseil constitutionnel du 6 octobre 2010³²²⁰ ayant abrogé l'ancien article L. 45 du Code des postes et communications électroniques au 1^{er} juillet 2011. Toutefois, la nouvelle loi, adoptée le 22 mars 2011³²²¹, a prolongé jusqu'au 30 juin 2012 le mandat de l'AFNIC, et un arrêté du 25 juin 2012³²²² a de nouveau désigné cette entité comme office d'enregistrement gestionnaire du registre des noms de domaine pour les TLD <.fr>, <.gf> (Guyane française), <.gp> (Guadeloupe), <.mq> (Martinique), <.nc> (Nouvelle Calédonie), <.pf> (Polynésie française), <.pm> (Saint-Pierre et Miquelon), <.re> (Île de la

Réunion), <.tf> (Terres australes et antarctiques Françaises), <.wf> (Wallis et Futuna) et <.yt> (Mayotte). L'AFNIC est chargée d'une mission d'intérêt général³²²³ consistant à attribuer, par l'intermédiaire de bureaux d'enregistrement, des noms de domaine de second niveau au sein des domaines de premier niveau se terminant par l'une de ces extensions géographiques, ainsi qu'à assurer la continuité de l'espace territorial français sur Internet et l'accessibilité de ces domaines depuis n'importe quel point d'Internet.

La gestion du TLD <.eu>, quant à elle, a été confiée par l'ICANN au registre EURid (*European Registry of Internet Domain Names*), organisation sans but lucratif formée des registres belge, italien et suédois, désignée par la Commission européenne en 2003, puis signataire d'un contrat avec l'ICANN. L'EURid est, selon les termes du règlement n° 733/2002, « l'entité chargée de l'organisation, de l'administration et de la gestion du TLD <.eu>, y compris la maintenance des bases de données correspondantes et les services de recherche publics qui y sont associés, l'enregistrement des noms de domaine, l'exploitation du registre des noms de domaine, l'exploitation des serveurs de noms du registre du TLD et la diffusion des fichiers de zone du TLD ». Cette mission, qui doit être remplie dans l'intérêt général et selon les principes de qualité, d'efficacité, de fiabilité et d'accessibilité, s'accompagne de celle consistant à mettre en œuvre la politique de règlement extrajudiciaire des différends.

En ce qui concerne les gTLD, l'ICANN a également délégué leur gestion à divers registres³²²⁴. Ainsi, le <.com> et le <.net> sont administrés par la société VeriSign, Inc., le <.biz> par la société NeuStar, Inc., et le <.org> par Public Interest Registry.

923 *Contrats entre registres et registrars* ◇ À leur tour, les registres concluent des contrats avec des *registrars* ou bureaux d'enregistrement, qu'ils accréditent. Ces bureaux, qui jouent le rôle d'intermédiaires entre l'office d'enregistrement et les titulaires de noms de domaine, sont chargés de traiter les demandes d'enregistrement, de renouvellement, de transfert ou de suppression de noms de domaine. Ils proposent souvent, par ailleurs, d'autres prestations telles que l'hébergement de ressources Internet ou encore la création de sites web.

Ainsi, en France, l'article L. 45-5 du Code des postes et communications électroniques prévoit que « l'attribution des noms de

domaine est assurée par les offices d'enregistrement, par l'intermédiaire des bureaux d'enregistrement », lesquels sont « accrédités, selon des règles non discriminatoires et transparentes, par chacun des offices d'enregistrement, pour chaque domaine de premier niveau concerné ». On dénombrait environ 600 bureaux accrédités par l'AFNIC en septembre 2012 ³²²⁵, chacun d'entre eux exerçant son activité sous le contrôle de l'office d'enregistrement. Les prix des prestations proposées, et en particulier de l'enregistrement d'un nom de domaine, peuvent varier selon les bureaux d'enregistrement.

Le règlement n° 733/2002 prévoit un mécanisme similaire : il précise bien, dans ses articles 3 et 4, que le registre TLD <.eu> ne fait pas office de bureau d'enregistrement, mais enregistre les noms de domaine via tout bureau d'enregistrement <.eu> accrédité. La liste de ces bureaux se trouve sur le site web de l'EURid ³²²⁶.

En vertu des contrats qui les lient aux registres, les bureaux d'enregistrement sont tenus de respecter les règles édictées par les registres ainsi que celles émanant de l'ICANN.

924 *Contrats entre registrars et clients* ◇ Enfin, l'enregistrement d'un nom de domaine de second niveau s'effectue par le biais d'un contrat conclu entre le demandeur et l'un des bureaux d'enregistrement désignés par le registre (ou, si cette possibilité est prévue, directement avec le registre). Par ce contrat, le *registrar* s'engage, contre le paiement d'une somme, à faire enregistrer le nom de domaine dans l'extension demandée auprès du registre compétent, sans pouvoir toutefois en garantir l'attribution, la décision relevant du registre ³²²⁷.

Ainsi est composée la chaîne de contrats qui gouverne le système des noms de domaine. La multiplicité des acteurs intervenant dans cette chaîne contractuelle est source de complexité. Elle conduira notamment à s'interroger sur les responsabilités respectives des offices et des bureaux d'enregistrement ³²²⁸. Elle invite également à poser la question de la nature juridique du nom de domaine.

925 *Nature juridique du nom de domaine : signe distinctif, enseigne, marque ?* ◇ La question de la nature juridique des noms de domaine est délicate et débattue. Comment qualifier ce nouveau type de signe ?

L'analogie avec les marques vient facilement à l'esprit ³²²⁹ : comme

celles-ci, les noms de domaine semblent, à première vue, constituer des signes distinctifs ³²³⁰, dont la fonction serait de désigner, indirectement, des produits ou services proposés sur les sites web des entreprises correspondantes. Le nom de domaine a ainsi été successivement qualifié de « signe de ralliement de la clientèle vers le site qu'il identifie » ³²³¹, de « magasin virtuel » ³²³² ou encore d'« équivalent électronique de l'enseigne » ³²³³.

Pourtant, ces comparaisons doivent être nuancées, pour plusieurs raisons :

– D'une part, la qualification même de signe distinctif peut être contestée à propos des noms de domaine. Certes, ce sont des signes ; mais ils ne sont pas nécessairement distinctifs. En effet, nombreux sont les noms de domaine purement descriptifs ou génériques (par exemple, <hotels.fr> ³²³⁴ ou <hotels.com>), dont la validité ne fait plus de doute ³²³⁵, à l'inverse des marques, qui doivent impérativement faire preuve de distinctivité ³²³⁶. Ces noms de domaine ont une fonction différente de celles des marques ou des autres signes distinctifs, en ce qu'ils permettent l'accès à une ressource, « connue ou supposée » ³²³⁷. En d'autres termes, tandis que les marques désignent les produits ou services d'une entreprise déterminée, les noms de domaine non distinctifs fonctionnent, pour le public, comme un outil de recherche de produits ou services sans référence à une entreprise particulière ³²³⁸. En ce sens, les noms de domaine se rapprochent davantage des adresses IP – sur lesquelles n'existe aucun droit de propriété ³²³⁹ – ayant pour fonction d'indiquer au public l'« adresse virtuelle » ³²⁴⁰ des ressources désignées. C'est ainsi, par exemple, que l'annulation de la marque Vente-privee.com pour défaut de distinctivité n'a eu aucun effet sur la validité du nom de domaine homonyme ³²⁴¹.

– D'autre part, même dans l'hypothèse où ils sont distinctifs, les noms de domaine ne peuvent être assimilés aux marques. En effet, au-delà de leur ressemblance, qui tient particulièrement au monopole conféré au titulaire du signe, il existe entre ces deux types de signes des différences fondamentales qui s'opposent à l'application aux noms de domaine des règles propres aux marques ³²⁴². Comme l'a souligné une décision ³²⁴³ très claire à cet égard, « la notion de nom de domaine spécifique au monde de l'Internet, est totalement distincte de celle de marque ». Tandis que la marque est un titre de propriété, à la portée territoriale, délivré par l'autorité publique, la titularité du nom de domaine, signe par essence international, résulte d'un enregistrement contractuel auprès d'une entité

privée. Surtout, « le nom de domaine ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique », contrairement aux marques ³²⁴⁴.

Cette dernière affirmation conduit à la question de savoir si les noms de domaine peuvent être qualifiés de biens objet d'un droit de propriété incorporelle.

926 *Nature juridique du nom de domaine : droit de propriété ?* ◇ Si le Conseil constitutionnel a, dans sa décision de

2010 ³²⁴⁵, éludé la question de l'existence d'un droit de propriété sur le nom de domaine, un certain nombre de décisions ont cependant qualifié les noms de domaine de biens faisant l'objet d'un droit de propriété incorporelle de la part de leurs titulaires ³²⁴⁶. C'est ainsi, notamment, que la cour d'appel de Paris a estimé, dans un arrêt remarqué du 18 octobre 2000, que « le nom de domaine, compte tenu notamment de sa valeur commerciale pour l'entreprise qui en est propriétaire, peut justifier une protection contre les atteintes dont il fait l'objet », à condition que les parties établissent « leurs droits sur la dénomination revendiquée, l'antériorité de son usage par rapport au signe contesté, et le risque de confusion que celui-ci peut entraîner dans l'esprit du public » ³²⁴⁷. Dans une affaire, cette qualification a également permis la revendication, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, d'un nom de domaine ³²⁴⁸.

La qualification d'objet de propriété, approuvée par une partie de la doctrine ³²⁴⁹, s'appuie essentiellement sur le caractère exclusif du droit que confère l'enregistrement d'un nom de domaine à son titulaire. Pourtant, si l'exclusivité est bien de l'essence de la propriété, le caractère exclusif du nom de domaine ne suffit pas à emporter la qualification de propriété ³²⁵⁰. Trois arguments forts permettent en effet de récuser cette qualification :

– En premier lieu, le raisonnement développé par la cour d'appel de Paris dans sa décision du 18 octobre 2000 soumet la qualification de propriété à plusieurs conditions ³²⁵¹, parmi lesquelles l'exigence d'un risque de confusion. Or, « en subordonnant la mise en œuvre de la protection à la démonstration de l'existence d'un risque de confusion, dans l'esprit du public, consécutif à l'utilisation de la même dénomination sous la forme d'un signe distinctif, [la Cour ne s'est] pas vraiment affranchie d'une logique de responsabilité civile » ³²⁵². Il est aisé d'en déduire qu'« il s'agit là du jeu normal des règles de la concurrence déloyale », et qu'il y a lieu à « application des règles de la responsabilité,

et non de celles de la propriété » ³²⁵³. Les tribunaux ont d'ailleurs très largement reconnu que l'action en défense du nom ne pouvait être fondée sur l'article 544, mais bien sur l'article 1382 du Code civil ³²⁵⁴. Ainsi a-t-il été jugé que « le nom de domaine ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique et ne peut bénéficier d'une protection que selon les principes généraux de droit commun » ³²⁵⁵. Il est donc désormais acquis que, selon une formule devenue constante, l'attribution d'un nom de domaine ne confère aucun droit privatif ³²⁵⁶. Comme l'écrit la cour d'appel de Douai dans un arrêt du 5 octobre 2011, « le nom de domaine n'est pas couvert par un droit privatif et ne bénéficie donc pas d'une protection juridique spécifique ; [...] l'usage d'un tel signe est donc soumis à l'action en responsabilité délictuelle de droit commun régie par l'article 1382 du Code civil, qui suppose la démonstration d'une concurrence déloyale par un usage excessif de la liberté du commerce par des procédés qui rompent l'égalité dans les moyens de la concurrence » ³²⁵⁷. Il faut donc déduire de ce qui précède que lorsque les juges se réfèrent à la notion de propriété ³²⁵⁸ (comme l'a fait la cour d'appel de Douai elle-même dans l'arrêt précité ³²⁵⁹), il s'agit d'une forme d'abus de langage, d'une « légèreté de vocabulaire » ³²⁶⁰. Le nom de domaine ne bénéficie en effet « d'aucun statut juridique propre assorti d'une action spécifique et notamment de l'action en contrefaçon » ³²⁶¹.

– En deuxième lieu, au soutien de la réfutation de la qualification de propriété, désormais partagée par une large partie de la doctrine ³²⁶², il faut observer que « l'exclusivité de la jouissance temporaire d'un nom de domaine, due à son enregistrement, n'implique pas l'existence d'un droit de propriété sur le nom de domaine parce qu'il n'y a pas de propriété sans autorisation de la loi » ³²⁶³. En conséquence, « là où le législateur n'a pas expressément consacré une propriété intellectuelle, il ne [peut] en être créé une nouvelle » ³²⁶⁴.

– En troisième lieu, l'idée de propriété sur le nom de domaine est rejetée par l'article L. 45-4 du Code des postes et communications électroniques, qui dispose : « l'attribution des noms de domaine est assurée par les offices d'enregistrement, par l'intermédiaire des bureaux d'enregistrement. L'exercice de leur mission ne confère ni aux offices, ni aux bureaux d'enregistrement de droits de propriété intellectuelle sur les noms de domaine ». Ce principe, réitéré à l'article 2.7 de la charte de nommage de l'AFNIC, fait obstacle à ce qu'un droit de propriété soit reconnu aux titulaires de noms de domaine. En effet, puisque les registres n'ont que la gestion des TLD, en vertu de la règle *nemo plus*

juris, ils ne peuvent transmettre un quelconque droit de propriété aux titulaires de noms de domaine de second niveau ³²⁶⁵.

Pour toutes ces raisons, la qualification d'objet d'un droit de propriété s'avère inadaptée aux noms de domaine.

927 *Qualification de « bien » par la CEDH* ◇ Dans sa décision du 18 septembre 2007 ³²⁶⁶, la Cour européenne des droits de l'Homme a pourtant estimé que le contrat d'enregistrement confère au demandeur « le droit exclusif de jouir et de disposer des noms de domaine enregistrés », et que ce droit a une valeur économique en ce qu'il permet à son titulaire de favoriser l'accès des internautes à des ressources susceptibles d'être monnayées et qu'il peut être vendu. La Cour en a déduit que le droit exclusif sur le nom de domaine est constitutif d'un « bien » au sens de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (avant d'admettre que la suppression d'un nom de domaine est fondée lorsqu'elle est nécessaire à la sauvegarde des droits de propriété intellectuelle des tiers).

Cette qualification ne contredit toutefois pas l'argumentation développée au paragraphe précédent, dans la mesure où le terme « bien » revêt un sens particulier pour la CEDH. En effet, il désigne de façon large toute valeur économique, et n'a pas le sens qu'il a en droit civil français ³²⁶⁷. Comme l'écrit un auteur, ce n'est pas tant le nom de domaine qui est admis parmi les objets de propriété que « le droit exclusif de jouir et disposer des noms de domaines enregistrés, lequel droit procède du contrat conclu entre l'auteur de l'enregistrement et l'instance chargée de le réaliser » ³²⁶⁸.

La conséquence est qu'il faut s'attacher à l'étude du droit d'usage conféré par l'enregistrement d'un nom de domaine, davantage qu'à la nature juridique du nom de domaine en lui-même. Un jugement rendu par le tribunal administratif de Montreuil illustre parfaitement cette démarche : le juge a tiré du constat selon lequel le droit d'usage sur le nom de domaine <ebay.fr> était « constitutif d'une source potentielle de revenus et doté d'une pérennité suffisante pour la personne à qui il est attribué », la conclusion que ce nom de domaine devait être qualifié d'« élément d'immobilisation incorporelle qui devait figurer à l'actif du bilan de la société requérante, sans qu'il soit nécessaire pour le qualifier ainsi de se prononcer sur la cessibilité du nom de domaine qui en est à l'origine » ³²⁶⁹.

928 ***Droit d'usage exclusif*** ◇ Ainsi se révèle la « nature juridique complexe du nom de domaine, qui n'est pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle mais qui, *de facto*, confère néanmoins un monopole à son bénéficiaire » ³²⁷⁰. Ce monopole consiste effectivement en un droit d'usage exclusif, attribué à celui qui dépose le nom de domaine à son nom ³²⁷¹.

L'article 2.7 de la charte de nommage de l'AFNIC indique ainsi que « le titulaire dispose du nom de domaine qu'il a enregistré pendant toute sa durée de validité dans le respect des termes de la charte de nommage ». De même, s'agissant des noms de domaine en <.eu>, le règlement n° 874/2004 prévoit dans son article 2 que les noms de domaine sont attribués « pour usage » à la partie éligible.

Sur la base de ces éléments, on peut conclure que l'enregistrement d'un nom de domaine confère à son titulaire un droit exclusif d'occupation sur un signe dont ni lui-même ni le bureau ou l'office d'enregistrement ne sont propriétaires. À défaut d'une qualification d'élément du domaine public ³²⁷², les noms de domaine tendent vers la catégorie des choses communes, définies comme des choses n'appartenant à personne mais faisant l'objet d'un usage réglementé ³²⁷³.

Le statut ambigu des noms de domaine, illustré par leur difficile qualification juridique, est tout autant révélé par le caractère hétérogène des sources en la matière.

929 ***Sources : approche générale*** ◇ Contrairement aux marques, qui sont des « créations de la loi », les noms de domaine sont d'abord des « créations d'ordre technique » ³²⁷⁴. Ainsi, « par le fait de la construction de l'interconnexion des réseaux et de l'histoire d'Internet, la plupart des normes venues encadrer les noms de domaine sont d'origine contractuelle » ³²⁷⁵ : « les noms de domaine constituent les produits d'un système technique privé, dont l'organisation et le fonctionnement sont le fait de personnes édictant des normes qui en régissent la création ou l'usage » ³²⁷⁶.

Cela explique les particularités des sources du droit des noms de domaine. Les dispositions légales sont très peu nombreuses en la matière, ce qui conduit à se référer aux « chartes » ou documents des organismes de nommage, ainsi qu'aux usages et aux pratiques et à la jurisprudence pour dégager le régime juridique des noms de domaine ³²⁷⁷.

Ces sources sont diverses, parfois floues et souvent changeantes ³²⁷⁸.

La « structure pyramidale d'attribution » ³²⁷⁹ des noms de domaine impose d'envisager les sources du droit des noms de domaine dans l'ordre suivant :

- les normes édictées par l'ICANN ³²⁸⁰, essentiellement d'ordre technique ;

- les contrats conclus entre l'ICANN et les registres : si les contrats déléguant la gestion des ccTLD ne comportent quasiment pas de clauses relatives aux modalités d'enregistrement des noms de domaine, les contrats relatifs à la gestion des gTLD incluent certaines règles de fond, qui s'imposent naturellement aux *registrars*, lesquels incorporent ces règles dans les contrats d'enregistrement ³²⁸¹ ;

- les législations ou réglementations étatiques, lorsqu'elles existent : quelques États ont ainsi choisi d'adopter une réglementation propre aux noms de domaine ³²⁸² ;

- les règles édictées par les registres pour les noms de domaine dont ils ont la gestion : à côté des éventuelles règles imposées par l'ICANN, les registres ont la possibilité de prévoir des règles additionnelles. Ainsi, « les registres de domaines nationaux définissent librement les conditions de création et d'utilisation des noms, sauf dans les hypothèses, en nombre croissant, où l'État représenté par ce domaine a choisi de réglementer les enregistrements » ³²⁸³ ;

- la jurisprudence des tribunaux et celle rendue en application des procédures extrajudiciaires de règlement des conflits.

930 *Sources en droit français* ◇ La France est l'un des quelques États qui disposent d'une législation relative aux noms de domaine. L'adoption de cette législation remonte à une loi du 9 juillet 2004 ³²⁸⁴, qui a créé l'article L. 45 du Code des postes et communications électroniques. Cet article, abrogé en 2011, disposait que l'attribution d'un nom de domaine était assurée par l'organisme désigné à cet effet « dans l'intérêt général, selon des règles non discriminatoires rendues publiques et qui veillent au respect, par le demandeur, des droits de la propriété intellectuelle ». Le contenu de ces règles était, quant à lui, précisé dans la partie réglementaire du Code, aux articles R. 20-44-34 à R. 20-44-51, issus d'un décret du 6 février 2007 ³²⁸⁵.

Mais à l'occasion d'un recours en annulation contre l'arrêté de 2010 qui avait désigné l'AFNIC ³²⁸⁶, le Conseil d'État a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire relative à la

constitutionnalité de l'article L. 45 du Code des postes et communications électroniques ³²⁸⁷. Dans sa décision du 6 octobre 2010 ³²⁸⁸, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition, avec effet au 1^{er} juillet 2011, au motif que le législateur avait délégué au pouvoir réglementaire des compétences qui relevaient du domaine de la loi, et que cette incompétence négative portait atteinte à des libertés garanties par la Constitution, en ce que « l'encadrement, tant pour les particuliers que pour les entreprises, du choix et de l'usage des noms de domaine sur Internet, affecte les droits de la propriété intellectuelle, la liberté de communication et la liberté d'entreprendre ».

Conséquence de cette abrogation, un nouveau régime est entré en vigueur avec l'adoption de la loi du 22 mars 2011 ³²⁸⁹, qui a modifié l'article L. 45 du Code des postes et communications électroniques. Désormais, les conditions d'attribution des noms de domaine en <.fr> sont prévues aux articles L. 45 à L. 45-8 du code. Le dispositif, qui a élargi l'accès aux noms de domaine ³²⁹⁰, a été complété par un décret du 1^{er} août 2011 ³²⁹¹, qui définit des notions importantes telles que celles d'« intérêt légitime » ou de « bonne foi » ³²⁹² et précise les critères d'accréditation des bureaux d'enregistrement. Un décret du 1^{er} août 2012 ³²⁹³ a modifié la numérotation des articles issus du décret de 2011. Désormais, les règles relatives aux noms de domaine se trouvent ainsi aux articles R. 20-44-38 à R. 20-44-47 du Code des postes et communications électroniques.

Il faut également prendre en compte, parmi les sources du droit des noms de domaine français, la charte de nommage de l'AFNIC, entité confortée dans son rôle d'office d'enregistrement par un arrêté du 25 juin 2012 ³²⁹⁴. Cette charte, publiée sur le site web de l'AFNIC ³²⁹⁵, définit les conditions d'attribution et de gestion des noms de domaine dont la centralisation est assurée par l'AFNIC. La Cour de cassation a d'ailleurs implicitement érigé ce document en source de droit des noms de domaine, se référant aux conditions fixées par l'AFNIC dans sa charte dans une décision du 11 juillet 2006 ³²⁹⁶.

931 *Sources en droit de l'Union européenne* ◇ Comme la France, l'Union européenne a adopté une réglementation spécifique, relative aux noms de domaine en <.ue>. Il s'agit des deux règlements suivants :

– le règlement n° 733/2002 du 22 avril 2002 concernant la mise en œuvre du domaine de premier niveau <.eu> ³²⁹⁷, qui pose le cadre général

et prévoit la désignation du registre compétent ;

– le règlement n° 874/2004 du 28 avril 2004 établissant les règles de politique d'intérêt général relatives à la mise en œuvre et aux fonctions du domaine de premier niveau <.eu> et les principes applicables en matière d'enregistrement ³²⁹⁸, qui précise les règles de fond applicables à l'attribution des noms de domaine. C'est d'ailleurs de ce texte que s'inspire la loi française du 22 mars 2011.

L'apport de la Cour de justice de l'Union européenne est pour l'instant moins important en matière de noms de domaine qu'en matière de marques. La Cour a cependant eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur l'interprétation du règlement n° 874/2004 ³²⁹⁹.

- 932** *Plan du chapitre* ◇ L'étude du droit des noms de domaine sera effectuée en deux temps : on s'intéressera d'abord à l'enregistrement des noms de domaine (Section 1), avant d'en étudier la protection (Section 2).

SECTION 1. L'ENREGISTREMENT DES NOMS DE DOMAINE

- 933** *Plan de la Section* ◇ Étant donné qu'« il existe presque autant de conditions d'enregistrement différentes que de domaines de premier niveau » ³³⁰⁰, on se limitera ici, pour l'essentiel, à l'étude des noms de domaine en <.fr> et <.eu>.

L'enregistrement d'un nom de domaine, soumis au respect de conditions de fond (§ 1), intervient à l'issue d'une procédure particulière (§ 2) qui peut susciter un contentieux important (§ 3).

§ 1. Les conditions de fond

- 934** *Conditions techniques* ◇ Il convient de préciser à titre liminaire que l'enregistrement d'un nom de domaine est soumis à des conditions techniques.

Celles-ci concernent d'abord la longueur des domaines de second niveau, qui doit être d'au moins 3 caractères dans la plupart des TLD. Ainsi, l'ICANN prohibe, depuis 2001, les noms de domaine

composés de deux lettres dans la plupart des gTLD, l'objectif étant d'éviter tout risque de confusion entre les domaines de second niveau et les extensions nationales. De même, la charte de l'AFNIC prévoit dans son article 2.2 que ne peuvent être enregistrés les noms de domaines composés d'un caractère alphabétique ou numérique unique ou de deux caractères alphabétiques uniquement. En revanche, selon la section 2 des « modalités et conditions des noms de domaine en <.eu> »³³⁰¹, les noms de deux caractères sont admis. La longueur maximale des noms de domaine, quant à elle, est de 63 caractères³³⁰².

Les conditions techniques tiennent ensuite à des contraintes syntaxiques. Selon l'article 2.2 de la charte de l'AFNIC, « les noms de domaine ASCII sont uniquement composés des caractères alphanumériques constitués de l'alphabet français, des chiffres de 0 à 9 et du tiret « - » (par exemple : <ecole-123.fr>). Les noms de domaine « internationaux » ou « internationalisés » (IDN) sont composés d'autres caractères que les seuls caractères ASCII. Sont admis au titre de noms de domaine les caractères alphanumériques suivants : a, à, á, â, ã, ä, å, æ, b, c, ç, d, e, è, é, ê, ë, f, g, h, i, ì, í, î, ï, j, k, l, m, n, ñ, o, ò, ó, ô, õ, ö, oe, p, q, r, s, t, u, ù, ú, û, ü, v, w, x, y, ý, ÿ, z, ß, 0, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, – (signe moins) ». Ne peuvent être enregistrés les noms de domaine ASCII ou IDN débutant ou se terminant par un tiret. De même l'article 11 du règlement n° 874/2004 exclut-il l'enregistrement de noms de domaine comportant des « caractères spéciaux, des espaces ou des signes de ponctuation » tels que « ~ @ # \$ % ^ & * () + = < > { } [] | \ / : ; ' , . ? ».

935 *Conditions juridiques* ◇ À côté de ces conditions techniques, il existe un certain nombre de conditions juridiques relatives à l'enregistrement des noms de domaine. Ces conditions sont essentiellement issues des règles applicables aux ccTLD, l'ICANN n'imposant que peu de restrictions à la liberté d'enregistrement pour les gTLD³³⁰³.

On peut les classer en deux catégories : les noms de domaine ne doivent pas porter atteinte aux droits des tiers (A), et ils doivent être licites (B). On indiquera dans un troisième temps que la distinctivité, en revanche, n'est pas une condition de validité des noms de domaine (C).

A. L'absence d'atteinte aux droits des tiers

936 *Principe du « premier arrivé, premier servi »* ◇ Le principe de base gouvernant l'attribution des noms de domaine est celui du « premier arrivé, premier (ou seul) servi ». Ce principe, expressément consacré dans le règlement n° 874/2004 ³³⁰⁴ et dans la charte de l'AFNIC ³³⁰⁵, signifie que le traitement des demandes d'enregistrement est assuré par ordre chronologique de réception des demandes. La loi du 22 mars 2011 met également ce principe en œuvre. Ainsi l'article L. 45-1, alinéa 1^{er}, du Code des postes et communications électroniques, dispose-t-il que « sous réserve des dispositions de l'article L. 45-2, le nom de domaine est attribué au demandeur éligible ayant le premier fait régulièrement parvenir sa demande ».

Cette règle signifie également que les bureaux et offices d'enregistrement ne procèdent à aucune recherche quant à la disponibilité des noms de domaine demandés. Seule une impossibilité technique fera obstacle à l'enregistrement d'un nom de domaine déjà attribué. Pour le reste, dès lors qu'un nom n'existe pas déjà à l'identique dans le domaine considéré, il pourra être enregistré.

937 *Limites du principe : protection des droits des tiers* ◇ Ce principe s'est rapidement révélé porteur de conflits et source de malhonnêtetés, d'où l'existence de règles qui nuancent le principe afin de protéger les droits des tiers. Les conflits opposent, pour l'essentiel, les noms de domaine enregistrés à des marques antérieures, identiques ou similaires. Quant aux malhonnêtetés, il s'agit du *cybersquatting*, « pratique consistant à accaparer, en le déposant, un nom de domaine reprenant ou évoquant une marque, un nom commercial, un patronyme ou toute autre dénomination, afin de tirer un profit matériel ou moral de sa notoriété présente ou à venir » ³³⁰⁶. Typiquement, le nom de domaine sera déposé dans le seul but de contraindre le titulaire du droit à racheter ce nom. La pratique voisine du *typosquatting* consiste, quant à elle, à enregistrer des variantes orthographiques des signes antérieurs, avec le même objectif ³³⁰⁷.

Si un grand nombre de chartes d'enregistrement comportent seulement une clause générale indiquant que la réservation du nom de domaine ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers ³³⁰⁸, les règles françaises et européennes sont plus précises quant au contenu de ces droits. Elles organisent en effet, par diverses mesures, la protection des « droits de propriété intellectuelle » (1), des droits de la personnalité (2) ainsi que

des noms d'entités territoriales (3).

1. Protection des « droits de propriété intellectuelle »

938 Noms de domaine en <.eu> : la priorité à l'enregistrement ◇ Le règlement n° 874/2004 assure la protection *a priori* des droits antérieurs par le biais de périodes de priorité à l'enregistrement (*Sunrise Periods*), d'une durée de deux mois chacune, selon l'article 12, § 2. Pendant ces périodes, comme le prévoit l'article 10 du règlement, seuls les titulaires de ces droits « reconnus ou établis par le droit national et/ou communautaire et les organismes publics sont autorisés à demander l'enregistrement de noms de domaine », avant que l'enregistrement ne soit ouvert au public. Il est précisé que les « droits antérieurs » comprennent, « entre autres, les marques nationales et communautaires enregistrées, les indications géographiques ou les appellations d'origine, et dans la mesure où ils sont protégés par le droit national dans l'État membre où ils sont détenus, les noms de marques non enregistrés, les noms commerciaux, les identificateurs d'entreprises, les noms de sociétés, les noms de personnes, et les titres distinctifs des œuvres littéraires et artistiques protégées ». La Cour de justice de l'Union européenne a indiqué, au sujet des marques antérieures, que le droit de priorité bénéficie aux titulaires de ces signes ainsi qu'à leurs licenciés, à condition que ces derniers soient véritablement autorisés à utiliser les marques ; tel n'est pas le cas d'une personne qui n'est autorisée contractuellement qu'à enregistrer, en son nom propre mais pour le compte du titulaire de la marque, un nom de domaine identique ou similaire à ladite marque, sans pour autant que cette personne soit autorisée à utiliser commercialement celle-ci en conformité avec ses fonctions propres ³³⁰⁹.

Ainsi sont protégées de multiples catégories de signes, dont certains, comme les marques, font l'objet d'un droit de propriété, et d'autres, comme les noms commerciaux, ne font l'objet d'aucun droit privatif. Cette disposition vise à lutter contre les tentatives frauduleuses d'enregistrement de noms de domaine.

Elle présente toutefois deux limites. D'une part, à l'issue de la période de priorité, si les titulaires de droits n'ont pas procédé à l'enregistrement de noms de domaine, les tiers peuvent les déposer. D'autre part, même à supposer que les titulaires de droit aient tiré profit de la règle, la priorité

qui leur est accordée ne permet que l'enregistrement du « nom complet sur lequel un droit antérieur est détenu, tel qu'il est mentionné dans la documentation attestant l'existence de ce droit » ³³¹⁰, ce qui laisse subsister la possibilité d'éventuelles usurpations par imitation.

939 *Noms de domaine en <.eu> : la protection a posteriori* ◇ Le règlement n° 874/2004 prévoit, dans son article 21, une protection *a posteriori* contre les « enregistrements spéculatifs et abusifs ». Il indique ainsi que :

« Un nom de domaine est révoqué, dans le cadre d'une procédure extrajudiciaire ou judiciaire appropriée, quand un nom de domaine enregistré est identique ou susceptible d'être confondu avec un nom sur lequel un droit est reconnu ou établi par le droit national et/ou communautaire, tel que les droits mentionnés à l'article 10, paragraphe 1, et que ce nom de domaine :

a) a été enregistré sans que son titulaire ait un droit ou intérêt légitime à faire valoir sur ce nom, ou

b) a été enregistré ou utilisé de mauvaise foi ».

Il s'agit ici d'une protection contre les actes de *cybersquatting* ou de *typosquatting*, constitutifs de fraudes. Il est important de noter qu'elle ne peut s'exercer qu'*a posteriori*, dans le cadre d'une action judiciaire ou extrajudiciaire. En d'autres termes, les bureaux et l'office d'enregistrement ne peuvent, sur le fondement de l'article 21, refuser de procéder à l'enregistrement d'un nom de domaine.

Les conditions de mise en œuvre de la protection ont été reprises en droit français, avec quelques différences.

940 *Droit français : protection des droits de propriété intellectuelle* ◇ L'article L. 45-2 du Code des postes et communications électroniques, qui introduit des limites au principe « premier arrivé, premier servi », dispose dans son 2° que « l'enregistrement ou le renouvellement des noms de domaine peut être refusé ou le nom de domaine supprimé lorsque le nom de domaine est susceptible de porter atteinte à des droits de propriété intellectuelle ou de la personnalité, sauf si le demandeur justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi ». Cette formulation, issue du décret du 6 février 2007, appelle deux remarques.

D'une part, contrairement au règlement n° 874/2004, ce texte ne définit pas quels sont les « droits de la propriété intellectuelle »

concernés. Il s'agit principalement des marques antérieures. Néanmoins, l'expression doit être interprétée au sens large, puisqu'elle inclut non seulement, à côté des marques, des œuvres telles que des titres protégés par le droit d'auteur ³³¹¹ (à condition qu'ils soient originaux) ³³¹², mais également des signes ne faisant pas l'objet d'un droit privatif comme des appellations d'origine ³³¹³, des dénominations sociales ³³¹⁴ ou noms commerciaux ³³¹⁵, ou encore d'autres noms de domaine ³³¹⁶.

D'autre part, s'il est formulé en des termes similaires à ceux de l'article 21 du règlement n° 874/2004, l'article L. 45-2 du Code des postes et communications électroniques a un champ d'application plus large, puisqu'il permet non seulement la suppression d'un nom de domaine qui porterait atteinte à des droits antérieurs, mais également un refus d'enregistrement par l'AFNIC.

Or, c'est précisément là que se situe la difficulté. Plus précisément, la question est la suivante : comment l'AFNIC peut-elle, au stade de l'enregistrement d'un nom de domaine, déterminer s'il existe une atteinte à un droit de propriété intellectuelle ? Deux situations doivent en réalité être distinguées :

- soit c'est l'usage que fait le titulaire de son nom de domaine qui porte atteinte aux droits de propriété intellectuelle ;
- soit la demande d'enregistrement est présentée en fraude aux droits des tiers.

941 ***Première hypothèse : l'atteinte résultant d'un usage du nom de domaine*** ◇ En principe, afin de déterminer si un acte porte atteinte à un droit de propriété intellectuelle, il est nécessaire de se référer aux règles relatives à la protection de ce droit. C'est ainsi que, pour apprécier si un nom de domaine porte atteinte à une marque antérieure, il faut, en toute logique, se demander le premier est utilisé, dans la vie des affaires, en tant que marque, dans les conditions des articles L. 713-2 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle ³³¹⁷.

Pourtant, la lettre de l'article L. 45-2 du Code des postes et communications électroniques invite à avancer l'examen du risque d'atteinte au stade de l'enregistrement du nom de domaine. Cette disposition est source de difficultés : comment, en effet, appréhender l'atteinte à ce stade ? ³³¹⁸ « Par hypothèse, l'enregistrement d'un nom de domaine n'en est pas l'exploitation, et l'on voit mal comment il pourrait alors y avoir atteinte à des droits » ³³¹⁹. La jurisprudence de la Cour de

cassation va d'ailleurs en ce sens : dans son arrêt *Locatour* du 13 décembre 2005 ³³²⁰, la Cour a indiqué clairement qu'« un nom de domaine ne peut contrefaire par reproduction ou par imitation une marque antérieure [...] que si les produits et services offerts sur ce site sont soit identiques, soit similaires à ceux visés dans l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public ».

C'est donc bien l'usage du nom de domaine, et non pas son seul enregistrement, qui peut porter atteinte à une marque ou à un autre droit de propriété intellectuelle ³³²¹. La jurisprudence est désormais constante en ce sens ³³²², et ne sanctionne l'usage d'un nom de domaine reproduisant ou imitant une marque que lorsque les produits désignés par les deux signes sont identiques ou similaires ³³²³. Ce principe emporte plusieurs conséquences.

942 *Rôle limité de l'AFNIC a priori* ◇ L'AFNIC pourra difficilement refuser d'enregistrer un nom de domaine au seul motif qu'il est identique ou similaire à une marque antérieure. En effet, en dépit de la formulation de l'article L. 45-2 du Code des postes et communications électroniques, on voit mal comment elle pourrait, *a priori*, prendre une telle décision.

L'atteinte ne pouvant résulter que de l'usage d'un nom de domaine par son titulaire, elle ne doit pouvoir être sanctionnée qu'*a posteriori*. La solution contraire, mise en œuvre par la cour d'appel de Paris dans un arrêt *Sunshine* du 16 janvier 2008 ³³²⁴ sur la base du décret du 6 février 2007, aboutit à exclure l'application du Code de la propriété intellectuelle dans des cas où, pourtant, c'est sur la base d'une marque antérieure qu'un tiers conteste un nom de domaine. Dans cette affaire, la Cour a ordonné le transfert du nom de domaine <sunshine.fr> au seul motif que le titulaire de ce nom ne justifiait « d'aucun droit ni d'aucun intérêt légitime à choisir ce nom de domaine », qui était la marque de la société Sunshine. Pourtant, en l'espèce, le nom de domaine visait un secteur d'activité totalement différent de celui de la marque, et n'était pas encore exploité sérieusement. Il ne portait donc pas atteinte à la marque antérieure.

943 *Portée limitée de la notion d'« intérêt légitime »* ◇ L'article L. 45-2 du Code des postes et communications électroniques a repris l'hypothèse dans laquelle le demandeur qui

réserverait un nom de domaine portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle « justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi ». On peut s'interroger sur cette exception, qui heurte les principes régissant le droit des marques³³²⁵. Ces critères d'intérêt légitime et de bonne foi, issus des règles applicables au règlement extra-judiciaire des litiges³³²⁶, sont en effet étrangers au droit des marques, dans lequel, en vertu de l'article L. 713-6 du Code de la propriété intellectuelle, seuls l'usage antérieur d'une dénomination sociale, d'un nom commercial ou d'une enseigne identique ou similaire à la marque ou encore l'usage de bonne foi d'un patronyme³³²⁷ sont de nature à faire échec à une action en contrefaçon, à condition toutefois qu'un tel usage ne porte pas atteinte aux droits du titulaire de la marque³³²⁸. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 juin 2011³³²⁹ a ainsi fait bénéficier de l'exception de l'article L. 713-6 du Code de la propriété intellectuelle le titulaire du nom de domaine <champagne-serge-henriot.fr>, qui, utilisant son patronyme de bonne foi, a échappé à une sanction pour contrefaçon de la marque Henriot. En revanche, dans un arrêt du 4 janvier 2012, la cour d'appel de Paris, si elle a admis la poursuite de l'usage, y compris sur Internet, de la dénomination sociale d'une société identique à une marque postérieure, a ordonné le transfert du nom de domaine correspondant, au motif que son choix induisait un risque de confusion avec la marque, faisant ainsi peu de cas de l'intérêt légitime du titulaire du nom de domaine³³³⁰.

L'article 21, § 2, du règlement n° 874/2004, ainsi que l'article R. 20-44-46 du Code des postes et communications électroniques, qui définissent la notion d'« intérêt légitime » en des termes très similaires, ne sont pas d'une grande utilité. Ils indiquent que l'intérêt légitime du titulaire du nom de domaine en cause peut être caractérisé par :

- le fait qu'il utilise ce nom de domaine, ou un nom identique ou apparenté, « dans le cadre d'une offre de biens ou de services », ou peut démontrer qu'il s'y est préparé – ce dans quoi on peine à voir l'intérêt légitime, si ce n'est peut-être que l'utilisation du nom de domaine indique que celui-ci n'a pas été enregistré dans le seul but de priver le titulaire de la marque de la possibilité de le faire ; mais même à supposer que ce soit le cas, on voit mal en quoi l'absence de *cybersquatting* écarterait la qualification d'atteinte à une marque si les produits désignés sont similaires ;

- le fait que le titulaire du nom de domaine est « connu sous un nom identique ou apparenté à ce nom de domaine, même en l'absence de

droits reconnus sur ce nom » – ce qui reprend, en l'étendant, l'exception de l'article L. 713-6 du Code de la propriété intellectuelle ;

– le fait « de faire un usage non commercial du nom de domaine ou d'un nom apparenté sans intention de tromper le consommateur ou de nuire à la réputation d'un nom sur lequel est reconnu ou établi un droit » – ce qui ramène au principe du droit des marques selon lequel les usages de signes en dehors de la vie des affaires ne sont pas susceptibles de constituer des actes de contrefaçon ³³³¹.

Aucune de ces circonstances n'est donc véritablement de nature à permettre de faire exception aux principes régissant le droit des marques.

Quant à la bonne foi, elle renvoie à la notion de fraude qui, elle, peut être constituée par le seul enregistrement d'un nom de domaine ³³³², mais il s'agit précisément d'une exception au principe selon lequel l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle ne peut normalement résulter que de l'usage d'un signe.

944 *Nécessité d'un usage du nom de domaine : exploitation d'un site web* ◇ Il résulte de ce qui précède qu'en dépit des termes de l'article L. 45-2 du Code des postes et communications électroniques, afin qu'un nom de domaine porte atteinte à un droit de propriété intellectuelle, il est nécessaire que ce nom de domaine fasse l'objet d'un usage. Cela a pour conséquence que l'enregistrement d'un nom de domaine qui ne ferait pas l'objet d'une exploitation ne peut, en principe, être qualifié d'atteinte. En effet, si le nom de domaine ne renvoie à aucun site exploité, il n'est susceptible de faire naître aucun risque de confusion dans l'esprit du public ³³³³. Ainsi, dans la lignée de l'arrêt *Locatour*, faut-il admettre qu'un nom de domaine inactif ne peut constituer une contrefaçon. Les juges exigent, de façon constante, que soit rapportée la preuve de l'exploitation des noms de domaine dont l'usage est contesté par les titulaires de droits antérieurs ³³³⁴. C'est en sens que la cour d'appel de Rennes a indiqué, dans un arrêt du 10 octobre 2006 ³³³⁵ qu'un site web inexploité n'offre pas de produits ou de services qui seraient « soit identiques, soit similaires à ceux visés dans l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public », pour en conclure qu'en l'absence de toute « exploitation technique et commerciale » du site, il ne pouvait exister d'atteinte à une marque. En d'autres termes, comme l'affirme la Cour, « le simple

enregistrement d'un nom de domaine même identique à une marque est un acte neutre en soi tant qu'il n'est pas accompagné de manœuvres »³³³⁶ telles une exploitation commerciale du nom.

945 *Sites parking et re-routing* ◇ La condition d'exploitation est-elle remplie dans le cas où la saisie du nom de domaine, au lieu de mener l'internaute sur un site sur lequel sont proposés des produits ou services, le redirige vers une page de liens publicitaires, dite « site parking », gérée par un agrégateur de trafic proposant des liens commerciaux³³³⁷ ? Au sens strict, il ne s'agit pas là d'un « usage » du nom de domaine susceptible de porter atteinte à une marque, dans la mesure où le nom de domaine ne désigne pas des produits ou services concurrents³³³⁸. Certains arrêts, critiquables, ont pourtant condamné pour contrefaçon les titulaires de ces noms de domaine qui les offraient à la vente sur des sites parking³³³⁹. Les responsables de ces sites parking ont pu, dès lors, être sanctionnés, la question étant alors de déterminer s'ils peuvent bénéficier du statut d'hébergeurs³³⁴⁰.

En revanche, d'autres formes de redirection, ou *re-routing*, sont sanctionnées, lorsque la saisie d'un nom de domaine conduit l'internaute non plus vers un site parking, mais directement sur le site web d'un concurrent³³⁴¹. Cette pratique a, dans certains arrêts, été sanctionnée par les juges. Ainsi a-t-il été décidé que l'usage du nom de domaine <www.imaje-ink.com>, dont la saisie renvoyait sur le site <www.wolke-ink.de>, exploité par le concurrent du titulaire de la marque Imaje pour commercialiser des produits identiques, entraînait un risque de confusion pour les consommateurs, et constituait ainsi un acte de contrefaçon³³⁴². De même a été condamné pour contrefaçon de la marque Rue du commerce l'exploitant des noms de domaine <rueducommerc.com> et <rueducommrece.com>, réorientant les internautes vers les sites concurrents Mistergooddeal et Grosbill³³⁴³. Un arrêt³³⁴⁴ a même estimé, de façon discutable, que la contrefaçon était constituée par l'exploitation d'un nom de domaine imitant une marque, non pas pour attirer le public vers des produits concurrents de ceux couverts par les marques légitimes, mais au contraire pour le rediriger vers les produits et services qui sont ceux de l'entreprise titulaire des marques imitées, l'objectif étant simplement l'obtention d'une rémunération publicitaire proportionnelle au nombre d'internautes redirigés. Pourtant, en l'espèce, le titulaire du nom de domaine

n'exploitait pas de site web, mais utilisait l'adresse URL uniquement pour réorienter les internautes vers le propre site de la demanderesse, si bien que l'usage de la dénomination pouvait difficilement être qualifié d'usage à titre de marque ³³⁴⁵.

En sens contraire, deux décisions ont considéré que le nom de domaine ne désignait pas des produits ou services lorsqu'il redirigeait vers un autre site, mais se limitait à donner accès à ce site. Dans une affaire *Free* ³³⁴⁶, le tribunal de grande instance de Paris a ainsi estimé que « la simple utilisation d'un signe dans un nom de domaine ne peut en soi constituer une contrefaçon de marque dès lors que la fonction même de la marque n'est pas remplie ; or, il apparaît qu'en l'espèce le nom de domaine <freewifi.fr> est utilisé en tant que chemin d'accès technique au site de la société Osmozis [l'exploitant] et n'est jamais repris sur le site lui-même, et qu'il ne peut dans ces conditions remplir la fonction de marque » ³³⁴⁷. Dans une affaire *Place des Tendances* ³³⁴⁸, il a été jugé, selon le même raisonnement que l'usage par la société Promod des noms de domaine <place-des-styles.com>, <placedesstyles.com> et <placedesstyles.fr> pour identifier une place virtuelle de présentation de produits vers laquelle était redirigé l'internaute n'était pas de nature à caractériser une exploitation à titre de marque.

946 *Absence d'atteinte du fait de l'usage d'un nom de domaine dans le sens courant des termes* ◇ Conformément au droit des marques ³³⁴⁹, l'usage permet également de déterminer si une marque reprise dans un nom de domaine est utilisée à titre de marque, ou au contraire dans le sens courant des termes. Dans ce second cas, il ne peut y avoir d'atteinte à la marque. Cette règle s'applique à tous les usages de termes dans leur acception courante, y compris aux usages effectués au sein de noms de domaine. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'usage du nom de domaine <strategierelationclient.com>, composé de trois termes génériques, ne portait pas atteinte à la marque *Stratégies* ³³⁵⁰ ; de même pour les noms de domaine <decathlon.pl>, dans lequel le terme « décathlon », constitutif d'une marque, était employé dans son acception usuelle ³³⁵¹, ou encore <argus.fr> ³³⁵² ou <lecadeau.fr> ³³⁵³, noms de domaine composés de termes passés dans le langage courant. Dans le même sens encore, la reproduction du terme « plagne » dans le nom de domaine <plagne.com> n'a-t-elle pas été qualifiée de contrefaçon de la marque « La Plagne, toute la montagne en 10 stations », dès lors que le

terme était utilisé comme nom commun pour désigner une petite plaine en pays de montagne ou comme nom géographique ³³⁵⁴.

Cette règle a été transposée aux appellations d'origine par un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 26 octobre 2012 ³³⁵⁵. Dans cette décision, il a été jugé que l'usage du nom de domaine <www.hoteldechampagne.com> ne pouvait avoir pour effet de détourner ou d'affaiblir la notoriété de l'appellation, dans la mesure où il était fait référence à une région, pratique commune en matière hôtelière.

947 *Absence d'atteinte du fait de l'usage parodique ou critique* ◇ De même, l'atteinte à une marque n'est pas retenue lorsque le nom de domaine qui la reprend est exploité à des fins parodiques ou critiques. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'usage des noms de domaine <toy-watch.fr> et <toywatch.fr> ne contrefaisait pas la marque Toywatch, dans la mesure où il donnait accès à un blog critiquant notamment les montres de marque Toywatch, car il s'agit d'un usage informatif et non pas d'un usage à titre de marque ³³⁵⁶. De même, les usages parodiques se situent, selon la jurisprudence, en dehors de la vie des affaires, et ne portent donc pas atteinte aux marques, hormis en cas d'abus. On renvoie sur ce point aux développements consacrés à la question dans le chapitre précédent ³³⁵⁷.

948 *Rôle du principe de spécialité* ◇ Conformément aux principes essentiels du droit des marques, l'atteinte à une marque suppose l'usage d'un signe concurrent dans le même domaine de spécialité. Il est donc nécessaire de déterminer quels produits ou services sont désignés par le nom de domaine en cause, ce qui, une nouvelle fois, suppose que l'on se réfère à l'usage qui en est fait. Le seul enregistrement d'un nom de domaine, en effet, est totalement neutre à cet égard, aucune désignation de produits ou services n'étant effectuée : il est impossible de déterminer si un nom de domaine porte atteinte à une marque en examinant le seul nom au stade de son enregistrement. Pour cette raison, on peut de nouveau souligner la contrariété de l'article L. 45-2 du Code des postes et communications électroniques aux principes du Code de la propriété intellectuelle.

La jurisprudence, après quelques hésitations exposées dans le Chapitre précédent ³³⁵⁸, a appliqué le principe de spécialité aux noms de domaine, en s'attachant au contenu des sites web en cause. L'arrêt

Locatour de la Cour de cassation ³³⁵⁹ a consacré cette règle. Désormais, un nom de domaine ne peut porter atteinte à une marque antérieure, « peu important que celle-ci soit déposée en classe 38, pour désigner des services télématiques », que si les produits ou services offerts sur le site sont identiques ou similaires à ceux désignés par la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public. La jurisprudence est constante en ce sens ³³⁶⁰, continuant, en dépit de l'affaire *Sunshine*, à comparer les domaines respectifs des signes en conflit. Ainsi a-t-il été jugé que l'usage du nom de domaine <www.entrefleuristes.com> pour un site proposant des services de distribution de fleurs portait atteinte à la marque antérieure Entrefleuristes ³³⁶¹, enregistrée dans le même domaine ; de même pour l'usage du nom de domaine <annonces-bateau.fr>, portant atteinte à la marque Annonces du bateau ³³⁶², pour le nom de domaine <desirs-sexes>, portant atteinte à la marque Désir Sexe exploitée sur Internet ³³⁶³, pour l'usage du nom de domaine <leaderpricemedia.com>, portant atteinte à la marque Leader Price, les deux signes désignant des produits informatiques ³³⁶⁴, ou encore pour l'usage du nom de domaine <blindtest.com>, le site web accessible par ce nom proposant des jeux multimédia, services similaires aux logiciels de jeu visés à l'enregistrement de la marque Blind Test ³³⁶⁵.

949 *Mise à l'écart du principe pour les marques renommées* ◇ Les règles relatives aux noms de domaine ne prévoyant aucune règle pour la protection des marques renommées, il convient de faire application de l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle, qui permet une protection de ces marques en dehors de leur domaine de spécialité ³³⁶⁶.

À la question de savoir si le simple enregistrement d'un nom de domaine reproduisant ou imitant une marque renommée dans les conditions prévues à l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle peut porter atteinte à cette marque, la réponse des juges n'est pas nettement tranchée. Certaines décisions admettent en effet que l'atteinte ne suppose pas que le nom de domaine soit exploité « dans la mesure où l'usage est celui intervenu lors de la demande d'enregistrement du nom de domaine » ³³⁶⁷. Il est vrai que la recherche des produits ou services effectivement désignés par le nom de domaine est moins cruciale qu'en matière de marques ordinaires, puisque les marques renommées sont protégées contre tout usage tirant profit de leur

réputation, quel qu'en soit l'objet. D'autres décisions, en revanche, exigent que le nom de domaine fasse l'objet d'une exploitation, à défaut de quoi elles refusent de considérer qu'il est fait usage du signe ³³⁶⁸. Comme en matière de marques ordinaires, on ne peut que préférer cette seconde analyse, étant donné que l'atteinte à la marque renommée suppose que le signe soit utilisé « pour désigner » des produits ou services différents (ou identiques). Or, comme l'écrit un auteur, « on voit mal comment l'acte de dépôt [du nom de domaine], essentiellement neutre sur le plan juridique, peut être analysé comme un usage pour des produits ou services » ³³⁶⁹. Par ailleurs, si le nom de domaine n'est pas exploité, l'usage du signe peut difficilement faire croire au public qu'il existe un lien entre ce nom et la marque ³³⁷⁰.

A ainsi été sanctionné l'usage des noms de domaine suivants :

- <milka.fr> pour désigner des services de couture, au motif que cet emploi était « de nature à banaliser la marque [Milka] et à affaiblir son pouvoir distinctif » ³³⁷¹ et que l'exploitant du site avait « cherché à tirer indûment profit de la renommée de ces marques en attirant et en cherchant à attirer sur son site, un grand nombre d'internautes dans le but de se faire connaître sur tout le territoire national et dans le même temps de permettre à son fils de présenter ses activités de restauration » ³³⁷² ;

- <bose.fr> pour désigner des activités de promotion immobilière, constituant un usage tirant indûment profit de la renommée de la marque Bose, en « captant l'attention des internautes pour les orienter sur des services qui n'étaient pas l'objet de leur recherche » ³³⁷³ ;

- <sncfusa> pour désigner des services similaires à ceux proposés par la société SNCF, au motif qu'« en en proposant des produits et services de qualité discutable, [l'exploitant du site] préjudiciait à ceux proposés par la SNCF, sans compter le détournement potentiel d'une partie des internautes » ³³⁷⁴ ;

- <hotel-meridiana.com> pour désigner des services hôteliers, dans la mesure où l'exploitation de ce signe permettait un détournement de la clientèle du titulaire de la marque Méridien ³³⁷⁵ ;

- <desperados-game.com> et <desperados-game.net>, au motif que l'usage de ces noms de domaine visait à tirer injustement profit de la réputation de la marque Desperados ³³⁷⁶.

En toute hypothèse, les enregistrements pourront, le cas échéant, être annulés, indépendamment de l'usage des noms de domaine, sur le fondement de la fraude ³³⁷⁷.

Rôle de l'usage des noms de domaine dans la protection des autres droits de « propriété intellectuelle » ◇

Les analyses qui précèdent, effectuées sur la base du droit des marques, peuvent être transposées en ce qui concerne les autres « droits de propriété intellectuelle » visés à l'article L. 45-2 du Code des postes et communications électroniques. En effet, le seul enregistrement d'un nom de domaine identique à une indication géographique, une dénomination sociale ou encore un nom commercial ne constitue pas une atteinte à ces signes. Il faut, pour que l'atteinte soit constatée, que soit fait du nom de domaine un usage contraire aux règles protégeant ces signes.

Ainsi a-t-il été jugé que l'usage des noms de domaine <Champagne.com>³³⁷⁸, <auchampagne.com>³³⁷⁹, <champagne.ch>³³⁸⁰ ou encore <chamalal.com> et <chamalal.net>³³⁸¹, désignant respectivement des sites sur lesquels étaient proposé des eaux de source pour animaux de compagnie, une brasserie, des biscuits et des jus de fruits, portaient atteinte à l'AOC « Champagne », en vertu de l'article L. 643-1, alinéa 2, du Code rural, qui s'oppose à tout affaiblissement ou détournement de la notoriété des appellations³³⁸². En revanche, les juges ont estimé que l'usage du nom de domaine <www.hoteldechampagne.com> ne pouvait avoir pour effet de détourner ou d'affaiblir la notoriété de l'appellation, dans la mesure où la référence à une région est commune en matière hôtelière³³⁸³.

De même, pour qu'il puisse être jugé qu'un nom de domaine porte atteinte à un nom commercial ou à une dénomination sociale, il faut démontrer que l'usage qu'en fait son titulaire entraîne un risque de confusion entre les signes³³⁸⁴, ce qui déclenche la qualification d'acte de concurrence déloyale. L'existence d'un tel risque sera d'autant plus probable que les signes en cause sont similaires³³⁸⁵, d'une part, et que leurs titulaires exercent des activités proches dans le même secteur géographique, d'autre part³³⁸⁶. Si, à l'inverse, l'usage du nom de domaine n'est pas susceptible d'induire le public en erreur, par exemple compte tenu des activités distinctes du titulaire du nom de domaine et de celui de la dénomination sociale antérieure, il n'y a alors pas d'atteinte à ce droit antérieur³³⁸⁷.

Il en va encore de même des conflits entre noms de domaine : ainsi a-t-il été jugé que l'enregistrement du nom de domaine <bdpme.biz> portait atteinte au nom antérieur <bdpme.fr>, les deux sociétés opérant dans le même domaine, de sorte que les activités de la seconde

pouvaient apparaître comme une déclinaison de celles de la première, ce qui générerait un risque de confusion ³³⁸⁸.

951 *Insuffisance de la première hypothèse : risques issus de la seule référence à l'usage* ◇ La référence à l'usage du nom de domaine lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'une atteinte à un droit antérieur, pour satisfaisante qu'elle soit au regard des régimes de ces droits, est toutefois porteuse d'un risque. Ce risque consiste à voir une personne enregistrer un nom de domaine similaire à une marque célèbre en vue d'empêcher le titulaire de cette marque de le faire, mais évitant d'exploiter le site pour échapper à toute condamnation. On reconnaît ici la figure du *cybersquatting*, pratique qui s'est multipliée à la suite de l'arrêt *Locatour* ³³⁸⁹.

Il serait évidemment inéquitable de permettre de tels agissements. Il est donc nécessaire d'envisager l'hypothèse de l'enregistrement frauduleux d'un nom de domaine, qui permet de sanctionner ce type de pratique.

952 *Seconde hypothèse : l'atteinte résultant d'un enregistrement frauduleux* ◇ Par exception au principe selon lequel l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle est normalement constituée par l'usage d'un signe, l'hypothèse de la fraude permet de placer l'atteinte au moment de la réservation du signe. Dans pareil cas, l'enregistrement du nom de domaine doit alors pouvoir être refusé ou invalidé – ce que permet l'article L. 45-2 du Code des postes et communications électroniques.

Comment caractériser la fraude dans l'enregistrement d'un nom de domaine ? ³³⁹⁰ Si l'on se réfère au droit des marques, en vertu du principe *fraus omnia corrumpit*, l'enregistrement d'une marque déposée de mauvaise foi peut être annulé pour fraude ³³⁹¹. La fraude est donc constituée par la mauvaise foi dans le dépôt, elle-même caractérisée par le fait de déposer la marque dans le seul but de nuire à un tiers en l'empêchant de pouvoir continuer à utiliser un signe ³³⁹² ou de pouvoir le déposer lui-même. En matière de noms de domaine, les actes de *cybersquatting* ou de *typosquatting* sont typiquement constitutifs d'enregistrements frauduleux, effectués de mauvaise foi, dans le but non pas d'exploiter les sites web correspondants, mais de profiter de la notoriété de signes antérieurs, essentiellement des marques. C'est

d'ailleurs en ce sens que le règlement n° 874/2004 et le Code des postes et communications électroniques définissent la mauvaise foi.

953 *Notion de « mauvaise foi » en droit français* ◇ Selon l'article R. 20-44-46 du Code des postes et communications électroniques, la mauvaise foi peut être caractérisée par :

- le fait « d'avoir obtenu ou demandé l'enregistrement de ce nom principalement en vue de le vendre, de le louer ou de le transférer de quelque manière que ce soit à un organisme public, à une collectivité locale ou au titulaire d'un nom identique ou apparenté sur lequel un droit est reconnu et non pour l'exploiter effectivement » ;

- le fait « d'avoir obtenu ou demandé l'enregistrement d'un nom de domaine principalement dans le but de nuire à la réputation du titulaire d'un intérêt légitime ou d'un droit reconnu sur ce nom ou sur un nom apparenté, ou à celle d'un produit ou service assimilé à ce nom dans l'esprit du consommateur » ;

- le fait « d'avoir obtenu ou demandé l'enregistrement d'un nom de domaine principalement dans le but de profiter de la renommée du titulaire d'un intérêt légitime ou d'un droit reconnu sur ce nom ou sur un nom apparenté, ou de celle d'un produit ou service assimilé à ce nom, en créant une confusion dans l'esprit du consommateur ».

Il ressort de cette définition que le critère essentiel caractérisant la mauvaise foi réside dans l'intention du demandeur à l'enregistrement d'un nom de domaine – ce qui explique qu'un auteur, considérant la nature contractuelle de l'enregistrement, propose le recours à l'article 1133 et à la notion de cause illicite ou immorale pour sanctionner la mauvaise foi ³³⁹³. Par ailleurs, d'après les termes de l'article R. 20-44-46 du Code des postes et communications électroniques, la mauvaise foi sera d'autant plus aisément retenue que les marques reproduites ou imitées sont renommées.

954 *Notion de « mauvaise foi » en droit de l'Union européenne* ◇ L'article 21, § 3, du règlement n° 874/2004, donne des indications plus précises quant à la définition de la mauvaise foi. Il indique ainsi que celle-ci peut être démontrée quand :

- « a) les circonstances montrent que le nom de domaine a été enregistré ou acquis principalement pour vendre, louer ou transférer d'une autre façon le nom de domaine au titulaire d'un nom sur lequel un droit est reconnu ou établi par le droit national et/ou communautaire, ou à

un organisme public, ou

b) le nom de domaine a été enregistré pour empêcher le titulaire d'un nom sur lequel un droit est reconnu ou établi par le droit national et/ou communautaire, ou un organisme public, de traduire ce nom en un nom de domaine correspondant, pour autant que :

i) ce type de comportement puisse être prouvé dans la personne du demandeur d'enregistrement ;

ii) le nom de domaine n'ait pas été utilisé d'une façon pertinente dans les deux années au moins qui suivent la date d'enregistrement ;

iii) au moment où une procédure de règlement extrajudiciaire d'un litige a été engagée, le titulaire d'un nom de domaine sur lequel un droit est reconnu ou établi par le droit national et/ou communautaire, ou le titulaire d'un nom de domaine d'un organisme public, ait déclaré son intention d'utiliser le nom de domaine d'une façon pertinente mais sans le faire dans les six mois qui suivent l'ouverture de la procédure de règlement extrajudiciaire ;

c) le nom de domaine est enregistré dans le but essentiel de perturber les activités professionnelles d'un concurrent ;

d) le nom de domaine a été utilisé intentionnellement pour attirer, à des fins lucratives, des utilisateurs de l'Internet vers le site Internet ou un autre espace en ligne du titulaire du nom de domaine, en créant une confusion avec un nom sur lequel un droit est reconnu ou établi par le droit national et/ou communautaire ou un nom d'organisme public, cette probabilité de confusion concernant la source, le sponsoring, l'affiliation ou l'approbation du site Internet ou de l'autre espace en ligne du preneur ou d'un produit ou service qui y est proposé, ou

e) le nom de domaine enregistré est un nom de personne pour lequel aucun lien ne peut être démontré entre le titulaire du nom de domaine et le nom de domaine enregistré ».

On retrouve dans ce texte les mêmes éléments qu'en droit français, mais le règlement insiste davantage sur l'appréciation *a posteriori* de la mauvaise foi, sur la base de circonstances postérieures à l'enregistrement.

La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que les cas de mauvaise foi prévus par le règlement n° 874/2004 ne sont pas limitatifs. Il est ainsi possible de considérer qu'un nom de domaine a été enregistré de mauvaise foi lorsqu'il a été réservé sur la base d'une marque obtenue frauduleusement, dans le seul but de bénéficier du droit de priorité de l'article 10. Pour apprécier s'il existe un comportement de mauvaise foi, la juridiction nationale compétente est tenue de prendre en considération « tous les facteurs pertinents propres au cas d'espèce, et notamment les conditions dans lesquelles l'enregistrement de la marque a été obtenu et celles dans lesquelles le nom de domaine de premier niveau.eu a été enregistré » ³³⁹⁴.

955 *Mise en œuvre : fraude aux droits de titulaires de marques* ◇ Même avant l'adoption d'une règle spécifique relative à la

fraude, ce type de comportement a été sanctionné à plusieurs reprises, par l'AFNIC comme par les juges.

L'AFNIC a procédé, en 2004 et 2005, au blocage de noms de domaine manifestement enregistrés de manière frauduleuse ³³⁹⁵. Ces mesures ont été validées en référé par le tribunal de grande instance de Versailles ³³⁹⁶, aux motifs suivants : « ayant constaté qu'une société, immatriculée aux Îles Vierges Britanniques, avait procédé à l'enregistrement de 1296 noms de domaine se terminant en <.fr> dont beaucoup empruntaient la dénomination même de personnes physiques ou morales existantes, technique dite du “cybersquatting”, ou imitaient manifestement des marques ou des noms de domaine dont sont titulaires des tiers, technique dite de “typosquatting” consistant dans la commission volontaire d'erreurs d'orthographe pour approcher la marque ou le nom, ou encore procédaient par détournements de préfixes ou de suffixes, ce en vue de tenter de capter les internautes qui commettent involontairement l'erreur, et saisie depuis le 30 juin 2005 de multiples réclamations de diverses sociétés titulaires de marques ou de signes distinctifs ou de noms de domaine déjà enregistrés, dont les sociétés qui l'ont atraite dans la présente instance, l'AFNIC [...] a décidé le 18 juillet 2005, par délibération de son conseil d'administration, de bloquer pour trois mois l'ensemble des noms de domaine déposés par cette société, et a renouvelé cette décision par la même voie le 21 octobre 2005 en étendant la mesure à tous les noms de domaine qui seront enregistrés jusqu'à sa mainlevée, soit par décision judiciaire, soit en l'absence de réclamation, mise en demeure ou plainte pendant trente jours consécutifs ; [ce faisant], l'AFNIC n'a pas [...] commis une voie de fait mais à l'inverse, exécuté les obligations qu'elle s'impose dans le cadre de la Charte de nommage constituant convention entre les parties » ³³⁹⁷. En conséquence, le juge autorise l'AFNIC à transférer les noms de domaine :

- <primptemps.fr>, <primtemps.fr>, <printemp.fr> et <printempsadeux.fr>, au profit de la société France-Printemps,
- <www.feer.fr>, <www.frre.fr>, <www.frree.fr>, <www.gree.fr> et <www.installfree.fr>, au profit de la société Free,
- <njr.fr>, <nostagie.fr>, <nostalgi.fr>, <nostagia.fr> et <radionostalgie.fr> au profit des sociétés NRJ Group, Radio Nostalgie et

NRJ, chacune pour ce qui la concerne.

Ce transfert du nom de domaine constitue, en quelque sorte, le pendant de la revendication et du transfert de propriété qui en résulte en cas de fraude aux droits du titulaire d'une marque ³³⁹⁸.

Les juges ont également appliqué la théorie de la mauvaise foi aux noms de domaine :

– <francebleue.fr> et <france-bleue.com>, enregistrés par un salarié de la société Radio France, laquelle venait de créer la station France Bleue et d'enregistrer le nom de domaine <francebleu.com>, la volonté du salarié de gêner son employeur lors de l'enregistrement de son nom de domaine <francebleu.com> étant en l'espèce révélée « tant par la reproduction du terme “bleue” au féminin utilisé jusqu'alors par la demanderesse pour désigner la station de radio “Radio Bleue” et qui paraissait devoir être repris dans la nouvelle dénomination [...] que par la précipitation qui fut la sienne pour procéder au dépôt litigieux et son aveu de n'avoir jamais eu l'intention d'exploiter les noms de domaine susvisés » ³³⁹⁹ (radiation et interdiction d'usage) ;

– <paris2016.fr>, <paris2016.com>, <paris2020.com>, <paris2010.fr>, <paris2024.fr> et <paris2028.fr>, enregistrés en fraude aux droits du Comité national olympique et sportif français, titulaire de la marque Paris 2012 ³⁴⁰⁰ (interdiction d'usage) ;

– <airfrnce.fr>, <aiffrance.fr>, <michlin.fr>, <france2.fr>, <francr3.fr>, <lancom.fr> (entre autres), enregistrés en violation des marques Air France, Michelin, France 2, France 3 et Lancôme (transfert) ³⁴⁰¹ ;

– <cherihd.net>, <cheriehd.com>, <cherie-hd.net>, <cheriehd.fr> et <cherie-hd.fr>, enregistrés deux jours après la publication d'un communiqué de presse du Groupe NRJ sur le lancement de la chaîne ChérieHD, en violation de la marque Chérie FM (transfert) ³⁴⁰².

956 *Mise en œuvre : fraude à d'autres droits* ◇ Même s'ils visent principalement les marques connues, le *cybersquatting* et le *typosquatting* peuvent également viser d'autres signes, tels que des noms commerciaux ou des dénominations sociales.

C'est ainsi que la théorie de la fraude a été appliquée aux noms de domaine :

– <patrimoine.fr>, enregistré en fraude aux droits de la société Patrimoine Management et technologies, dont l'enseigne est

« Patrimoine », le déposant n'ayant « d'autre intention que de mettre en place un site inactif » ³⁴⁰³ ;

– <cherihd.net>, <cheriehd.com>, <cherie-hd.net>, <cheriehd.fr> et <cherie-hd.fr>, enregistrés de mauvaise foi, dans le seul but d'en tirer un profit financier, en fraude aux dénomination sociale, nom commercial et enseigne de la société Chérie FM, dont le déposant ne pouvait ignorer les droits ³⁴⁰⁴ ;

– <toulemondebochart.com> et <toulemonde-bochart.com>, enregistrés en vue de profiter de la dénomination sociale de la société Toulemonde Bochart, bénéficiant d'une « notoriété nationale et internationale dans le domaine de l'édition et de la distribution de tapis contemporains », ce qui caractérise une « démarche agressive et non fondée de la part des déposants » ³⁴⁰⁵ ;

– <liposonix.fr>, <liposonix.be>, <liposonix.info>, <liposonix.biz> et <liposonix.eu>, enregistrés en fraude aux droits de la société LipoSonix, dans la mesure où ces réservations avaient été effectuées en vue de priver cette société de noms de domaine exploitables sur les marchés français et européen, qu'elle souhaitait investir, et où ces noms de domaine ne se rattachaient en rien à l'activité réelle du déposant, lequel n'a jamais exploité les noms, ce dont il résultait que leur dépôt n'avait « pour unique fonction que de constituer un moyen de pression » ³⁴⁰⁶ ;

– <paris.org>, enregistré en fraude aux droits de la ville de Paris, étant donné que cette réservation empêchait la collectivité d'obtenir son nom en <.org>, extension réservée aux organisations agissant dans un intérêt public ³⁴⁰⁷ ;

– <carview.com> et <carview.fr>, enregistrés en violation du droit d'auteur protégeant le titre du logiciel Carview ³⁴⁰⁸ .

957 ***Sanctions de la fraude*** ◇ Le recours à la théorie de la fraude – tant, d'ailleurs, par les juges que dans le cadre des procédures extrajudiciaires de règlement des conflits ³⁴⁰⁹ – permet de prononcer de multiples sanctions : le gel ou blocage du nom de domaine enregistré de mauvaise foi, l'interdiction d'utilisation, la radiation ou encore le transfert ³⁴¹⁰ .

958 Outre les droits « de propriété intellectuelle », les droits des tiers protégés contre les noms de domaine comportent également les droits de la personnalité.

2. Protection des droits de la personnalité

959 *Noms de domaine en <.eu> : la priorité à l'enregistrement* ◇ Comme les droits de propriété intellectuelle, les « noms de personnes » font partie des droits qui, selon l'article 10 du règlement n° 874/2004, ont donné lieu à une période d'enregistrement prioritaire des noms de domaine correspondants. Cette période est toutefois intervenue après la période réservée aux titulaires de marques, ce qui semble indiquer une prééminence des marques sur les droits de la personnalité.

Le bénéfice de cette disposition était toutefois soumis à la condition que les « noms » soient « protégés par le droit national dans l'État membre où ils sont détenus » ³⁴¹¹.

960 *Noms de domaine en <.eu> : la protection a posteriori* ◇ La protection *a posteriori* contre les « enregistrements spéculatifs et abusifs » prévue par l'article 21 du règlement n° 874/2004 s'applique également aux noms des personnes. En vertu de ce texte, « un nom de domaine est révoqué, dans le cadre d'une procédure extrajudiciaire ou judiciaire appropriée, quand un nom de domaine enregistré est identique ou susceptible d'être confondu avec un nom sur lequel un droit est reconnu ou établi par le droit national et/ou communautaire, tel que les droits mentionnés à l'article 10, paragraphe 1, et que ce nom de domaine :

a) a été enregistré sans que son titulaire ait un droit ou intérêt légitime à faire valoir sur ce nom, ou

b) a été enregistré ou utilisé de mauvaise foi ».

Les conditions de mise en œuvre de cette protection *a posteriori* sont les mêmes que celles applicables en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

961 *Droit français : protection des droits de la personnalité* ◇ En vertu du droit commun ³⁴¹², « le nom patronymique est un droit de la personnalité qui fait l'objet à ce titre d'une protection permettant à son titulaire de le défendre contre toute appropriation indue de la part d'un tiers lorsque celui-ci, par l'utilisation qu'il en fait, cherche à tirer profit de la confusion qu'il crée dans l'esprit du public » ³⁴¹³. C'est sur ce fondement qu'a été annulé l'enregistrement des noms de domaine

<mauresmo.com> et <ameliemauresmo.com>, le tribunal considérant qu'en se connectant sur l'un de ces sites, tout internaute pouvait légitimement croire se trouver sur un site ouvert, ou au moins contrôlé par la championne, ce qui n'était pas le cas. D'autres personnalités publiques, en particulier politiques ³⁴¹⁴, ont également pu obtenir la radiation ou le transfert de noms de domaine usurpant leur patronyme ³⁴¹⁵.

Il faut ajouter que, dans un arrêt du 17 octobre 2007, la cour d'appel de Paris a qualifié d'acte de concurrence déloyale l'utilisation, par une société, d'un nom de domaine reprenant le patronyme de l'un de ses concurrents, redirigeant les internautes vers son propre site web, au motif que cette pratique générerait nécessairement une confusion dans l'esprit des internautes ³⁴¹⁶.

L'article L. 45-2 du Code des postes et communications électroniques, applicable aux seuls noms de domaine en <.fr>, dispose, quant à lui, que « l'enregistrement ou le renouvellement des noms de domaine peut être refusé ou le nom de domaine supprimé lorsque le nom de domaine est susceptible de porter atteinte à des droits de la personnalité, sauf si le demandeur justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi ».

Ce texte soulève les mêmes questions que celles envisagées plus haut à propos des droits de propriété intellectuelle, à cette différence près que, contrairement aux marques, les patronymes – ou autres attributs de la personnalité ³⁴¹⁷ – ne sont pas soumis au principe de spécialité. À la question de savoir si la seule réservation du nom d'une personne en tant que nom de domaine, sans que ce dernier soit utilisé, est constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité, on peut répondre par l'affirmative, pourvu que le nom en question soit connu : dans ce cas, en effet, il sera aisé de démontrer l'intention frauduleuse du tiers (hormis, éventuellement, en cas d'homonymie). C'est ainsi qu'avant même l'entrée en vigueur des règles spécifiques relatives aux noms de domaine en<.fr>, un *cybersquatteur* s'était vu contraint de transférer aux intéressés les noms de domaine <michel-edouard-leclerc.fr> ³⁴¹⁸, qu'il avait enregistré « en profitant de la récente libéralisation de la charte de nommage de l'Afnic pour se faire attribuer le nom de domaine correspondant à une dénomination sur laquelle il n'avait aucun droit, avec l'intention de le vendre au plus offrant », et <françois-bayrou.fr>, qu'il avait enregistré n'étant « inspiré que par l'intention de tirer profit de la notoriété attachée au nom de ce personnage public » ³⁴¹⁹.

Il convient enfin de tenir compte de l'article L. 226-4-1 du Code

pénal, qui réprime « le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération », y compris lorsque ces actes sont commis sur un réseau de communication en ligne ³⁴²⁰. Ce texte peut, en effet, permettre de caractériser une atteinte aux droits de la personnalité résultant de l'enregistrement du nom d'une personne comme nom de domaine.

3. Protection des noms d'entités territoriales

962 *Noms de domaine en <.ue> : mécanismes de réservation* ◇ Les règlements relatifs aux noms de domaine en <.ue> comportent plusieurs règles préventives visant à assurer la protection des noms d'entités territoriales.

D'une part, en vertu de l'article 5, § 2, du règlement n° 733/2002, pendant un délai de trois mois à compter de l'entrée en vigueur de ce texte, les États membres ont pu communiquer à la Commission et aux autres États membres « une liste limitée de noms largement reconnus concernant les concepts géographiques et/ou géopolitiques qui ont une incidence sur leur organisation politique ou territoriale », ces noms pouvant soit ne pas être enregistrés, soit « n'être enregistrés que dans un domaine de deuxième niveau conformément aux règles de politique d'intérêt général ». Le 10^e considérant de l'exposé des motifs du règlement n° 874/2004 indique ainsi que « plusieurs États membres ont communiqué à la Commission et aux autres États membres une liste limitée de noms » remplissant les conditions précitées. Cela n'a, cependant, pas été le cas de la France ³⁴²¹. Les noms réservés ont ensuite pu être enregistrés par les États membres concernés conformément à l'article 9, § 1, du règlement n° 874/2004.

D'autre part, l'article 8, § 2, du règlement n° 874/2004 permettait également aux États membres, dans un délai de deux mois à compter de l'entrée en vigueur du texte, de « demander que leur dénomination officielle et leur appellation courante dans une ou plusieurs langues officielles [...] ne puissent être enregistrées directement dans le domaine de premier niveau.eu que par leur gouvernement national ». La Commission a ainsi notifié au registre EURid une liste de noms réservés par les États membres ³⁴²². Parmi ces noms figurent 124 noms réservés au

gouvernement français, parmi lesquels les termes « France » et « République française », traduits dans les langues officielles de l'Union, ainsi que les noms des régions, réservés sous différentes variantes orthographiques (par exemple, pour l'Ile-de-France, « ile-de-France », « île-de-France », « iledeFrance » et « îledeFrance »).

Un mécanisme similaire de réservation a été mis en place au profit de la Commission européenne par l'article 9, § 2, du règlement n° 874/2004. Selon ce texte, la Commission a pu demander au registre d'introduire des noms de domaine directement dans le domaine de premier niveau <.eu> à l'usage des institutions, organes et organismes de la Communauté. Ce sont ainsi plus de 5 000 noms qui ont été communiqués à l'EURid par la Commission. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé, à ce sujet, que cette réservation n'était pas susceptible d'un recours en annulation, faute pour les requérants d'être directement et individuellement concernés et de bénéficier de garanties légales leur assurant de pouvoir enregistrer un nom de domaine équivalent ³⁴²³.

Enfin, l'article 8, § 5, du règlement n° 874/2004, exclut l'enregistrement de noms de domaine constitués par « les codes alpha-2 qui représentent des pays ».

963 *Noms de domaine en <.ue> : mécanisme de priorité* ◇ Selon le système déjà exposé à propos des droits de propriété intellectuelle et des noms des personnes, l'article 10, § 3, du règlement n° 874/2004, permet aux « organismes publics qui sont chargés d'administrer un territoire géographique particulier » d'enregistrer par priorité « la dénomination complète et l'appellation courante du territoire dont ils sont responsables ».

964 *Droit français* ◇ Le Code des postes et communications électroniques comporte une disposition relative aux noms des entités territoriales. Dans son article L. 45-2, 3°, il dispose que l'enregistrement ou le renouvellement des noms de domaine peut être refusé ou le nom de domaine supprimé lorsque le nom de domaine est « identique ou apparenté à celui de la République française, d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales ou d'une institution ou service public national ou local, sauf si le demandeur justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi ». Interprété littéralement, ce texte s'oppose seulement à l'enregistrement d'un nom de

domaine identique ou similaire au *nom de domaine* d'une entité territoriale, ce qui n'est que d'un intérêt pratique très limité ³⁴²⁴. Cette règle rompt avec le régime précédent, issu de l'ancien article R. 20-44-43 du Code des postes et communications électroniques, qui prévoyait que « sauf autorisation de l'assemblée délibérante, le nom d'une collectivité territoriale [...], seul ou associé à des mots ou abréviations faisant référence aux institutions locales, peut uniquement être enregistré par cette collectivité ou cet établissement public comme nom de domaine au sein des domaines de premier niveau correspondant au territoire national ».

965 ***Conditions de la protection*** ◇ La portée très restreinte de la nouvelle règle a pour conséquence qu'il n'existe pas de protection spécifique des noms des collectivités territoriales en droit des noms de domaine – contrairement au droit des marques, qui prévoit une protection spéciale à l'article L. 711-4 h) du Code de la propriété intellectuelle ³⁴²⁵. En pratique, les entités territoriales ne pourront obtenir une protection contre des noms de domaine que sur le fondement du droit des marques, si elles ont déposé leur nom en tant que marque ³⁴²⁶, soit, à défaut, sur le terrain de droit commun de l'article 1382 du Code civil. Dans les deux cas – hormis l'hypothèse de la fraude – l'atteinte au nom de l'entité résultera de l'usage que fait de son nom de domaine le titulaire, et de l'existence d'un risque de confusion ou d'un préjudice causé à la renommée de la collectivité. Ainsi, comme dans le cas des autres droits antérieurs étudiés précédemment, c'est l'usage du nom de domaine qu'il faut prendre en compte. Comme l'indiquent les juges, l'atteinte aux droits d'une collectivité territoriale sur son nom n'est constituée « que pour autant que celle-ci établisse que l'usage du signe contesté entraîne un risque de confusion avec ses propres attributions ou est de nature à lui porter préjudice ou à porter préjudice à ses administrés » ³⁴²⁷. La Cour de cassation a souligné le rôle central du risque de confusion dans un arrêt du 10 juillet 2012 ³⁴²⁸. Dans cette décision, elle a censuré un arrêt qui avait refusé d'ordonner en référé l'interdiction pour le titulaire du nom de domaine <marmande.fr> d'exploiter ce nom au motif que lors de l'enregistrement, il n'existait aucune protection du nom des communes et que les dispositions de l'article L. 711-4 h du Code la propriété intellectuelle protègent les collectivités territoriales contre un dépôt de marque et ne concernent pas les noms de domaine. La Cour de cassation

considère, à juste titre, « qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, l'existence d'un trouble manifestement illicite résultant d'un risque de confusion dans l'esprit du public, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

966 *Illustrations : absence de risque de confusion* ◇ Plusieurs décisions illustrent les limites de la protection des noms des entités territoriales ³⁴²⁹. Il a ainsi été jugé que :

– l'utilisation du nom de domaine <www.chez.com/elancourt/index.htm>, désignant un site web relatif à la ville d'Élancourt, n'entraînait aucun risque de confusion dans l'esprit des internautes, dans la mesure où « dès qu'il est connecté, le visiteur voit apparaître sur l'écran un avertissement en rouge précisant que ce site est un “site non officiel”, et “indépendant de la Mairie d'Elancourt” » ³⁴³⁰ – décision qui contraste avec la sévérité des juges qui, dans une affaire antérieure, avaient estimé que l'exploitation par son titulaire du nom de domaine <saint-tropez.com> créait un risque de confusion avec celui de la collectivité en dépit d'un avertissement destiné aux utilisateurs qui précédait l'accès aux informations mises à leur disposition en les avisant qu'ils n'accédaient pas aux renseignements diffusés par la commune de Saint-Tropez ³⁴³¹ ;

– l'utilisation du nom de domaine <plagne.com> ne constituait ni une contrefaçon de la marque « La Plagne, toute la montagne en 10 stations », ni un acte de concurrence déloyale, au motif que le site concerné apparaissait sans équivoque comme un site privé, et que son contenu n'était pas de nature à porter atteinte à l'image de la station ³⁴³² ;

– l'exploitation du nom de domaine <www.levallois.tv> ne portait pas atteinte au nom de la commune de Levallois-Perret, dans la mesure où la présentation du site web n'engendrait aucun risque de confusion ³⁴³³ ;

– l'usage des noms de domaine <Issy.net>, <Issytv.com> et <Issytv.org> ne portait pas atteinte au nom de la ville d'Issy-les-Moulineaux dès lors que leur titulaire faisait clairement mention de son identité et de ses coordonnées sur la page d'accueil des sites web, dont les internautes s'apercevaient immédiatement qu'ils appartenaient à un particulier ³⁴³⁴.

En définitive, comme l'a indiqué la cour d'appel de Versailles, une collectivité territoriale ne peut interdire l'utilisation de son nom par des tiers et doit la tolérer dès lors que celui qui utilise dans le nom de

domaine tout ou partie du nom de la commune « justifie d'un intérêt légitime à se prévaloir de ce nom, notamment pour y mentionner le lieu où il exerce effectivement son activité et qu'il n'existe aucun risque de confusion avec la marque déposée ou le site officiel de la commune » ³⁴³⁵.

967 *Illustrations : risque de confusion* ◇ Le risque de confusion ne pourra être retenu que lorsque le contenu du site désigné par le nom de domaine en cause présente des produits ou des activités que les collectivités territoriales proposent ou sont susceptibles de proposer, et que la présentation du site porte le public à croire que ce contenu émane de la collectivité. Tel a été le cas dans les deux décisions suivantes :

– dans un jugement du 6 juillet 2007, le tribunal de grande instance de Paris a considéré que l'usage des noms de domaine <paris-sansfil.info>, <paris-sansfil.fr>, <paris-sansfil.org> et <paris-sansfil.com> pour désigner un site web d'information destiné à promouvoir les technologies sans fil était susceptible d'entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public entre les services proposés par le titulaire du nom de domaine et ceux mis en place par la Ville de Paris ³⁴³⁶ ;

– dans un jugement du 14 mars 2007, la même juridiction a estimé que l'enregistrement des noms de domaine <paris2016.fr>, <paris2016.com>, <paris2020.com>, <paris2010.fr>, <paris2024.fr> et <paris2028.fr> risquait d'entraîner un risque de confusion dans l'esprit des internautes au motif que leur titulaire avait manifesté le désir d'exploiter sur ses sites des informations liées à la Ville de Paris, ce qui pourrait pousser le public à croire à tort au caractère officiel de ces informations ³⁴³⁷. Dans ce dernier cas, l'atteinte est constituée par le seul enregistrement du nom de domaine, ce qui signifie qu'il s'agit d'une réservation frauduleuse.

968 Subordonné au respect des droits des tiers, l'enregistrement des noms de domaine est également soumis à une autre condition, celle de leur licéité.

B. La licéité des noms de domaine

969 *Noms de domaine en <.eu> : noms réservés* ◇ En vertu de l'article 17 du règlement n° 874/2004, les noms suivants sont réservés au

fonctionnement du registre : <eurid.eu>, <registry.eu>, <nic.eu>, <dns.eu>, <internic.eu>, <whois.eu>, <das.eu>, <coc.eu>, <eurethix.eu>, <eurethics.eu> et <euthics.eu>.

970 *Noms de domaine en <.eu> : appréciation a posteriori* ◇ L'article 18 du règlement n° 874/2004, intitulé « enregistrement de noms illicites », prévoit qu'« un nom de domaine jugé diffamatoire, raciste ou contraire à l'ordre public par une juridiction d'un État membre doit être bloqué par le registre dès le moment où la décision de justice lui est notifiée et doit être révoqué après notification de la décision définitive », et que « le registre empêche tout enregistrement futur des noms qui ont fait l'objet d'une telle décision de justice aussi longtemps que cette décision reste applicable ».

Le contrôle de la licéité des noms de domaine est ainsi effectué *a posteriori*, par les juges. Ce système présente l'avantage d'éviter que l'appréciation ne soit « livrée à une autorité privée »³⁴³⁸, ce qui soulèverait le risque d'une « censure *a priori* »³⁴³⁹.

971 *Droit français : soumission de l'enregistrement à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ◇ Selon l'article L. 45-2, 2°, du Code des postes et communications électroniques, « l'enregistrement ou le renouvellement des noms de domaine peut être refusé ou le nom de domaine supprimé lorsque le nom de domaine est susceptible de porter atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

En dépit de cette règle qui rend possible un examen *a priori* de la licéité des noms de domaine, l'examen de la pratique et de la jurisprudence révèle un seuil de tolérance très élevé, et une application « modérée, sinon inexistante, de la rigoureuse notion d'ordre public »³⁴⁴⁰ aux noms de domaine. En effet, aucune décision n'a prononcé l'annulation d'un nom de domaine pour cause de contrariété à l'ordre public : au contraire, il existe d'innombrables noms de domaine aux noms crus³⁴⁴¹. Dans un arrêt du 29 mars 2011, si la Cour de cassation a prononcé l'annulation de la marque Puta madre³⁴⁴², cela n'a en revanche pas eu d'impact sur le nom de domaine <putamadre.fr>, qui a continué à être exploité.

Ce libéralisme n'empêche toutefois pas le juge d'ordonner, par la voie d'une ordonnance de référé le cas échéant, le blocage des noms de domaine qui seraient diffamatoires, tels que <groupama.escroc.free.fr>.

<groupama.pas.fiable.free.fr> et <groupama.vous.ruine.free.fr> ³⁴⁴³.

972 *Charte de l'AFNIC : termes soumis à un examen préalable* ◇

L'article 2.4 de la charte de l'AFNIC prévoit un « examen préalable » lorsque le nom de domaine dont l'enregistrement est demandé contient un terme figurant dans une liste, évolutive, publiée sur le site web de l'AFNIC ³⁴⁴⁴. Cette liste comporte 13 rubriques hétérogènes, intitulées « Crimes » ³⁴⁴⁵, « Infractions » ³⁴⁴⁶, « Libertés » ³⁴⁴⁷, « Organismes internationaux » ³⁴⁴⁸, « Organismes Internet » ³⁴⁴⁹, « Pays », « Professions réglementées » ³⁴⁵⁰, « Protocoles Internet » ³⁴⁵¹, « Santé » ³⁴⁵², « Structures » ³⁴⁵³, « Valeurs » ³⁴⁵⁴, « gTLD » et « État » ³⁴⁵⁵.

Pour ce type de noms de domaine, le bureau d'enregistrement adresse à l'AFNIC, au préalable, les justificatifs nécessaires permettant de s'assurer que le demandeur peut prétendre à l'enregistrement du nom de domaine envisagé au regard des dispositions du Code des postes et des communications électroniques. L'enregistrement du nom de domaine est ensuite soumis à l'examen de l'AFNIC.

S'agissant des professions réglementées, la validité des noms de domaine en la matière est soumise au respect des conditions spécifiques relatives à chaque profession ³⁴⁵⁶. C'est ainsi, par exemple, qu'il a été jugé que le nom de domaine <avocat-toulouse.com> n'était pas conforme au règlement intérieur du barreau de Toulouse, selon lequel « l'avocat qui veut créer un site Internet doit le faire à son nom ou au travers de sa structure professionnelle » ³⁴⁵⁷. De même, la Cour de cassation a estimé que l'exploitation du nom de domaine <avocat-divorce.com>, sans qu'apparaisse l'identité du cabinet concerné, constituait « une infraction aux règles sur la publicité individuelle, ainsi qu'un acte de concurrence déloyale et, partant, un manquement aux principes essentiels de loyauté, de modération et de discrétion auxquels sont tenus les avocats », et que le nom de domaine <avocats-paris.org>, qui faisait faussement croire au public que son titulaire était inscrit au barreau de Paris, contrevenait à l'article 10-1 du règlement intérieur national ³⁴⁵⁸.

973 Ainsi l'enregistrement d'un nom de domaine suppose-t-il que celui-ci ne porte pas atteinte aux droits des tiers, et soit licite. À la question qui s'est posée de savoir s'il était nécessaire que les noms de domaine soient distinctifs, la jurisprudence a répondu par la négative.

C. Caractère indifférent de la distinctivité

974 *Évolution de la pratique du registre français* ◇ Sans doute dans un premier temps influencée par l'exigence de distinctivité en droit des marques, la charte de l'AFNIC excluait jusqu'en 2000 l'enregistrement de noms de domaine descriptifs ou génériques. Ainsi l'AFNIC avait-elle refusé l'enregistrement du nom de domaine <concurrence.fr>, « ce nom faisant référence à un ensemble d'activités exercées par toute une catégorie d'opérateurs qui auraient pu se trouver lésés par une telle appropriation » ³⁴⁵⁹.

Mais cette restriction a été abandonnée, et désormais la distinctivité n'est plus une condition de validité des noms de domaine, ni en droit de l'Union européenne, ni en droit français.

975 *Validité des noms de domaine descriptifs ou génériques* ◇ Contrairement aux marques, les noms de domaine descriptifs ou génériques sont donc valables ³⁴⁶⁰. Comme l'ont clairement affirmé les juges, « à la différence du droit de marque qui pour être valable nécessite que l'expression choisie soit distinctive par rapport aux produits ou aux services visés, le droit sur le nom de domaine est un droit d'occupation régi par la règle “premier arrivé premier servi” » ³⁴⁶¹. Aucune disposition ne s'oppose ainsi à l'enregistrement d'un nom de domaine descriptif ou générique, et aucun nom de domaine n'a été annulé pour défaut de distinctivité.

De fait, on trouve d'innombrables noms de domaine descriptifs ou génériques, souvent d'ailleurs parmi ceux dont la valeur économique est la plus forte ³⁴⁶² : par exemple, <hotels.fr> ³⁴⁶³, <annonces-vacances.com> ³⁴⁶⁴, <tarif-douanier.com> ³⁴⁶⁵, <armoire-lit.com> ³⁴⁶⁶, <hotellerie.fr> ³⁴⁶⁷, <servicesfuneraires.fr> ³⁴⁶⁸ ou encore <bois-tropicaux.com> ³⁴⁶⁹. Comme l'indique la cour d'appel de Douai dans l'arrêt *Bois tropicaux* ³⁴⁷⁰, « les noms de domaine peuvent avoir ou non une fonction distinctive ; en l'espèce le nom de domaine choisi évoque l'objet même du site ; il est donc directement descriptif et s'apparente à un mot-clé comme ceux utilisés pour effectuer une requête auprès d'un moteur de recherche, pour naviguer sur Internet ».

Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 avril 2008 illustre bien la différence de régime entre les marques et les noms de domaine : tandis que la marque Gay, désignant des services de communication et

d'information à destination de la communauté homosexuelle, a été annulée pour descriptivité, la validité du nom de domaine <gay.fr> n'a pas été affectée par sa descriptivité ³⁴⁷¹.

976 *Absence de protection des noms de domaine descriptifs ou génériques* ◇ L'absence de distinctivité d'un nom de domaine, si elle n'est pas de nature à en affecter la validité, a cependant pour conséquence que ce nom de domaine se voit exclu de la protection. Cette solution, qui est exposée en détail ci-après ³⁴⁷², est logique, dans la mesure où le titulaire d'un signe non distinctif ne peut prétendre empêcher les tiers concurrents de faire usage d'éléments qui peuvent aussi leur être nécessaires dans l'usage de leur activité ³⁴⁷³.

977 L'enregistrement d'un nom de domaine, soumis au respect des conditions que l'on a exposées, intervient à l'issue d'une procédure sur laquelle il convient d'apporter quelques précisions.

§ 2. La procédure d'enregistrement

978 *Diversité des procédures* ◇ De manière générale, la demande d'enregistrement d'un nom de domaine s'effectue auprès d'un bureau d'enregistrement accrédité par le registre compétent, contre le paiement d'une somme.

On l'a exposé, il existe pratiquement autant de procédures d'enregistrement que de domaines de premier niveau, chaque registre pouvant édicter ses propres règles en la matière. On se limitera ici à indiquer quelques règles de base applicables aux noms de domaine en <.ue> et en <.fr>.

979 *Accès à l'enregistrement d'un nom de domaine* ◇ Les conditions d'accès à l'enregistrement varient selon les domaines de premier niveau concernés. Les noms de domaine en <.com> et <.de> sont les plus ouverts : le premier ne pose aucune restriction d'accès, et le second se situe au premier rang des *ccTLD* (et au second rang des *TLD*, après le <.com>), car il n'impose aucune condition de résidence au titulaire ³⁴⁷⁴.

Pour les noms de domaine en <.ue>, l'article 4, § 2, du règlement n° 733/2002 prévoit que l'enregistrement peut être demandé par :

« – toute entreprise ayant son siège statutaire, son administration centrale ou son lieu d'établissement principal dans la Communauté, ou
– toute organisation établie dans la Communauté, sans préjudice du droit national applicable, ou
– toute personne physique résidant dans la Communauté ».

L'enregistrement d'un nom de domaine en <.ue> est ainsi relativement ouvert, puisqu'il n'est soumis à aucune condition de nationalité.

L'enregistrement d'un nom de domaine en <.fr>, initialement réservé aux personnes morales, a été ouvert en 2006 aux personnes physiques de nationalité française ³⁴⁷⁵ ou ayant une adresse en France. Ces deux conditions ont été levées en 2011. Désormais, selon l'article L. 45-3 du Code des postes et communications électroniques, peuvent demander l'enregistrement d'un nom de domaine en <.fr> :

« – les personnes physiques résidant sur le territoire de l'Union européenne ;

– les personnes morales ayant leur siège social ou leur établissement principal sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne ».

980 *Pièces à fournir* ◇ Le demandeur à l'enregistrement doit fournir un certain nombre de documents administratifs dont la nature est précisée par les règles applicables à chaque extension.

Pour le <.ue>, l'article 3 du règlement n° 874/2004 indique que la demande doit comporter :

– le nom et l'adresse de la partie qui introduit la demande ;
– une déclaration, sous forme électronique, par laquelle la partie qui introduit la demande confirme qu'elle satisfait aux critères d'éligibilité généraux ;

– une déclaration, sous forme électronique, par laquelle la partie qui introduit la demande affirme qu'à sa connaissance la demande d'enregistrement du nom de domaine est faite de bonne foi et n'empiète pas sur des droits détenus par des tiers ;

– une déclaration, sous forme électronique, par laquelle la partie qui introduit la demande s'engage à respecter toutes les conditions relatives à l'enregistrement, y compris celles relatives à la procédure de règlement extrajudiciaire des litiges.

Ni le Code des postes et communications électroniques ni la charte de l'AFNIC ne précisent, en revanche, quels documents doivent être fournis

lors de la demande d'enregistrement, hormis la désignation de différents « contacts », l'article 2.4 de la charte de nommage de l'AFNIC indiquant seulement que « l'AFNIC se réserve la possibilité de demander tous justificatifs ou documents qu'elle estimera nécessaires ».

981 *Désignation de « contacts »* ◇ L'enregistrement d'un nom de domaine suppose que le demandeur désigne trois « contacts », aux rôles différents ³⁴⁷⁶ :

– un « contact administratif » qui, selon l'article 5.2 de la charte de nommage de l'AFNIC, peut être le titulaire lui-même ou selon son choix, une tierce personne physique ou morale ; les juges ont estimé qu'en l'absence de précision contraire ³⁴⁷⁷, « celui qui a déposé à son nom les demandes d'enregistrements a la qualité du titulaire du nom de domaine dont il doit répondre de l'utilisation et de l'exploitation » ³⁴⁷⁸ ;

– un « contact technique », qui peut être le bureau d'enregistrement choisi par le titulaire pour procéder à l'enregistrement du nom de domaine ;

– un « contact de facturation », qui acquitte le prix dû en vertu du contrat d'enregistrement.

Les informations relatives à ces différents contacts sont répertoriées dans la base de données mondiale Whois ³⁴⁷⁹. Les données figurant dans cette base sont la « carte d'identité » ³⁴⁸⁰ du nom de domaine : par conséquent, le titulaire du nom de domaine est présumé être celui identifié sur l'extrait Whois ³⁴⁸¹.

982 *Absence quasi-totale d'examen par les bureaux et offices d'enregistrement* ◇ Hormis l'hypothèse de l'examen préalable des noms de domaine composés de certains termes, les bureaux et offices d'enregistrement ne procèdent, en pratique, à aucun examen des noms de domaine demandés. Le principe « premier arrivé, premier servi » s'applique, et les noms de domaine sont enregistrés en dépit de l'existence de droits antérieurs – excepté dans le cas où un nom de domaine antérieur strictement identique est déjà enregistré, ce qui le rend techniquement indisponible.

On pressent déjà que cette absence d'examen emportera des conséquences quant à la responsabilité des bureaux et offices ³⁴⁸². De fait, l'article L. 45-1 du Code des postes et communications électroniques dispose, *in fine*, que « l'enregistrement des noms de domaine s'effectue

sur la base des déclarations faites par le demandeur et sous sa responsabilité », et que « le bureau d'enregistrement n'est ni soumis à une obligation de conseil ni soumis à une obligation de recherche d'antériorités ». Quant à elle, la charte de nommage de l'AFNIC indique dans son article 3.3 que « l'enregistrement d'un nom de domaine s'effectue sous la responsabilité du demandeur ; aussi l'AFNIC ne saurait voir sa responsabilité engagée du fait de l'enregistrement et/ou de l'utilisation d'un nom de domaine, ni de leurs conséquences dommageables directes ou indirectes ». L'AFNIC ne saurait, davantage, être tenue responsable d'informations erronées, fausses, mensongères ou de toute omission au sein de la base de données Whois. Tout comme les bureaux d'enregistrement, l'AFNIC n'est, selon l'article 3.3 de sa charte, tenue par aucune obligation de conseil ni à l'égard des demandeurs, ni à celle des Bureaux d'enregistrement ni à celle des tiers.

- 983** *Durée de l'enregistrement* ◇ Comme l'indique l'article L. 45-1, alinéa 2, du Code des postes et communications électroniques, « les noms de domaines sont attribués pour une durée limitée et renouvelable ». Selon l'article 2.8 de la charte de nommage de l'AFNIC, un nom de domaine a une durée de validité de 12 mois à compter de la dernière opération facturée au bureau d'enregistrement par l'AFNIC. Le renouvellement est tacite, sauf demande de suppression adressée par le bureau d'enregistrement.

De même, la section 6 des « modalités et conditions des noms de domaine en.eu » ³⁴⁸³ prévoit une durée de validité d'un an renouvelable tacitement, contre rémunération.

- 984** L'absence de contrôle lors de l'enregistrement des noms de domaine conduit inévitablement à la survenance de litiges, dont il faut étudier les modalités de résolution.

§ 3. La résolution des litiges

- 985** *Dualité des modes de résolution* ◇ Les litiges relatifs à l'enregistrement et à l'usage de noms de domaine peuvent être résolus par la voie judiciaire classique (A), ou bien par des procédures extrajudiciaires spécifiques (B).

A. La procédure judiciaire

986 *Énoncé des difficultés* ◇ Le règlement judiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine soulève plusieurs difficultés. Il est, d'abord, nécessaire de résoudre la question de la juridiction territorialement compétente pour connaître de ces signes qui sont, par nature, transnationaux (1). Il convient, ensuite, d'examiner les différentes sanctions qui peuvent être prononcées par les tribunaux (2) avant, enfin, de se pencher sur la responsabilité des intermédiaires d'enregistrement (3).

1. La compétence territoriale des juridictions

987 *Difficulté* ◇ Le caractère par essence transnational des noms de domaine pose la question de la détermination du tribunal territorialement compétent pour connaître des atteintes causées par l'enregistrement ou l'usage de ces signes. Étant donné que les sites qu'identifient les noms de domaine sont accessibles du monde entier, faut-il considérer que les juridictions françaises sont compétentes pour connaître de tous les conflits opposant le titulaire d'un nom de domaine au titulaire d'un autre signe, quelles que soient l'extension du nom de domaine et la langue du site associé ?

988 *Critère de la focalisation ou destination du site* ◇ Comme on l'a exposé à propos du droit d'auteur ³⁴⁸⁴ et du droit de marque ³⁴⁸⁵, la jurisprudence française a abandonné la théorie, un temps retenue, de l'accessibilité, en vertu de laquelle le juge français était compétent dès lors que le site web en cause était accessible de France ³⁴⁸⁶ – ce qui équivalait à une compétence universelle peu opportune au regard du principe de territorialité qui régit les droits de propriété intellectuelle, en particulier les marques qui servent souvent de fondement à des actions dirigées contre des noms de domaine ³⁴⁸⁷ – pour adopter la théorie dite de la focalisation ³⁴⁸⁸, selon laquelle le juge français est compétent dès lors que le site en question est « destiné au public de France » ³⁴⁸⁹, et non pas simplement accessible depuis le territoire français.

L'application de ce critère en matière de droits de propriété intellectuelle a été réaffirmée par de nombreux arrêts de la Cour de cassation ³⁴⁹⁰, qui impose aux juges de procéder à une appréciation

d'ensemble de la destination du site. Cette solution s'applique de la même façon aux litiges dans lesquels des noms de domaine sont mis en cause : les arrêts, désormais anciens, dans lesquels les juges appliquaient le critère de l'accessibilité des sites ³⁴⁹¹, ont cédé la place aux décisions recherchant la destination de ces sites.

989 *Faisceau d'indices* ◇ Afin de déterminer si le site identifié par le nom de domaine en cause est destiné au public français, les juges s'appuient sur un faisceau d'indices tels que le suffixe du site, la langue utilisée ou encore la possibilité de se faire livrer en France. Aucun des indices, pris isolément, ne suffit à démontrer l'usage ou, au contraire l'absence d'usage sur le territoire français : ainsi, selon la Cour, le simple fait qu'un site soit en anglais n'est pas suffisant pour démontrer l'absence d'exploitation sur le territoire français ³⁴⁹², pas davantage qu'un suffixe étranger tel que dans le nom de domaine <ebay.uk> ³⁴⁹³. À l'inverse, une rédaction en français n'indique pas nécessairement que le site vise le public de France (il peut notamment être destiné au Québec ³⁴⁹⁴). Quant au critère tiré des zones géographiques vers lesquelles le vendeur est prêt à envoyer le produit, il n'est pas déterminant : ainsi la cour d'appel de Paris a-t-elle déclaré le juge français incompétent pour connaître de l'usage d'une marque sur le site <ebay.com>, au motif qu'il ne saurait être tiré argument de la possibilité d'une livraison en France pour considérer que le site est destiné au public de France, alors que les annonces sont rédigées en anglais, que les mesures des articles sont exprimées en pouces et le prix exprimé en dollars américains ³⁴⁹⁵. Par ailleurs, un arrêt a estimé que le site <nutrition.be> ne visait pas le public français au motif que sur la page d'accueil figurait la mention suivante : « L'information sur ce site web est exclusivement destinée aux visiteurs belges » ³⁴⁹⁶.

Ces critères correspondent à la démarche adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *eBay* ³⁴⁹⁷, prônant une appréciation au cas par cas des indices pertinents permettant ou non de conclure qu'un site web est destiné à des consommateurs situés sur le territoire d'un État membre.

On observe que la détermination de la destination d'un site impose que l'on se réfère à l'usage qu'effectue le titulaire du nom de domaine. Comme on l'a indiqué à propos des atteintes aux droits des tiers, c'est véritablement « dans l'usage effectif du nom [de domaine] que son

régime juridique doit se dessiner »³⁴⁹⁸.

990 *Mise en œuvre* ◇ En pratique, les litiges opposant le titulaire d'une marque (ou tout autre droit) à celui d'un nom de domaine seront donc soumis à la compétence du juge français dès lors que le site vise le public français. Tel sera le cas lorsque le nom de domaine en cause est en <.fr>, car le contenu du site sera alors rédigé en français, et son activité logiquement tournée vers la France³⁴⁹⁹.

Lorsque le nom de domaine en cause a été enregistré dans une autre extension, la compétence du juge français sera moins évidente. Elle ne pourra être retenue que si le faisceau d'indices démontre que le site associé est destiné au public de France. Une telle preuve pourra être administrée sans difficultés excessives s'agissant des *gTLD*, qui sont territorialement neutres. Les tribunaux français se sont ainsi estimés compétents pour connaître d'actions mettant en cause les noms de domaine <senkys.com>³⁵⁰⁰, <denver-electronics.com>³⁵⁰¹ ou encore <pneonline.com>, <pneusonline.com> et <pneu-online.com>³⁵⁰². En revanche, le juge s'est déclaré incompétent pour connaître d'une action dirigée contre le nom de domaine <domina.net>³⁵⁰³, au motif que les pages du site correspondant étaient rédigées en allemand.

La preuve que le site est destiné au public français sera plus complexe s'agissant des *ccTLD* étrangers, dont le choix peut laisser présumer que le site n'est pas destiné au public de France, et pour lesquels il sera nécessaire d'apporter des éléments probants en sens contraire. Tel a été le cas dans des affaires mettant en cause les noms de domaines <sexyavenue.ch>³⁵⁰⁴, <allomusic.eu>, <allomusic.de>, <allomusic.it> et <allomusic.in>³⁵⁰⁵, ou encore <adeccosynergie.qc.ca>³⁵⁰⁶, dans lesquelles les tribunaux français se sont estimés compétents. Inversement, les juges français ne se sont pas déclarés compétents pour connaître de la demande dirigée par le nom de domaine <carbone.nl>, au motif que le site correspondant n'était pas rédigé en langue française et ne proposait pas de ventes sur le territoire français³⁵⁰⁷.

2. Les sanctions

991 *Énumération des sanctions applicables aux titulaires de noms de domaine* ◇ De façon générale, lorsqu'un nom de domaine porte atteinte à des droits, son titulaire peut se voir imposer l'une ou

plusieurs des sanctions suivantes :

- le blocage temporaire du nom de domaine par le registre, sur injonction judiciaire, prévu à l'article 6.2 de la charte de nommage de l'AFNIC et à l'article 18 du règlement n° 874/2004 ;
- l'interdiction d'utiliser le nom de domaine ;
- l'annulation de l'enregistrement du nom de domaine ;
- le transfert de ce nom de domaine au profit du titulaire du droit violé : cette possibilité est souvent préférée à l'annulation, car cette dernière rend le nom de domaine à nouveau disponible et enregistrable par tout tiers. Il est à noter qu'en droit français, la suppression ou le transfert d'un nom de domaine peut être demandé directement à l'AFNIC, en vertu de l'article L. 45-6 du Code des postes et communications électroniques, par toute personne démontrant un intérêt à agir ³⁵⁰⁸ ; mais dans la plupart des cas, c'est le juge qui ordonne le transfert ;
- l'octroi de dommages-intérêts, parfois conséquents : ainsi la SNCF s'est-elle vue attribuer 25 000 euros en réparation du préjudice subi en raison de l'enregistrement des noms de domaine <sncfusa.com> et <eurotgv.org> ³⁵⁰⁹.

Naturellement, lorsque le demandeur agit sur la base d'un droit de marque, le titulaire du nom de domaine, s'il est reconnu contrefacteur, encourt en outre les sanctions spécifiques, civiles et pénales, applicables à la contrefaçon de marque ³⁵¹⁰.

Ces différentes mesures soulèvent deux questions principales, tenant, d'une part, aux pouvoirs du juge des référés, et, d'autre part, à l'étendue des sanctions pouvant être prononcées au fond.

992 *Pouvoir du juge des référés* ◇ Les litiges relatifs aux noms de domaine sont fréquemment portés devant le juge des référés, en raison de la rapidité de la procédure. Il peut s'agir du référé contrefaçon prévu à l'article L. 716-6 du Code de la propriété intellectuelle si le demandeur invoque un droit de marque, ou du référé de droit commun si le nom de domaine porte atteinte à un autre droit, tel qu'un nom commercial, une dénomination sociale ou un autre nom de domaine.

La question s'est posée de savoir si le juge saisi en référé peut ordonner l'annulation de l'enregistrement du nom de domaine ou son transfert ³⁵¹¹. Dans l'important arrêt *Sunshine* ³⁵¹², la Cour de cassation a cassé la décision d'une cour d'appel ³⁵¹³ qui, se fondant sur le caractère

manifestement illicite du trouble, avait validé le transfert, ordonné en référé, du nom de domaine <sunshine.fr> à la société titulaire de la marque éponyme. Pour la haute juridiction, en ordonnant le transfert, « alors que le transfert de l'enregistrement du nom de domaine au bénéfice de la société Sunshine ne constituait ni une mesure conservatoire, ni une mesure de remise en état, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs ».

Il résulte de cet arrêt que le pouvoir du juge des référés est fortement réduit. Le transfert, ainsi que l'annulation de l'enregistrement d'un nom de domaine, ne peuvent donc être obtenus dans le cadre d'une procédure de référé. Seuls le blocage et l'interdiction d'usage temporaires peuvent être ordonnés par cette voie ³⁵¹⁴. Pour obtenir d'autres mesures, le demandeur devra agir au fond.

Cette décision, à la portée pratique importante, fait ressortir les avantages des procédures extra-judiciaires, qui permettent d'obtenir un transfert rapide.

993 *Étendue matérielle des sanctions prononcées au fond* ◇ Saisie au fond, une juridiction peut, en revanche, prononcer la radiation ou le transfert d'un nom de domaine. La difficulté est alors de savoir quels critères permettent de déterminer si le juge doit ordonner l'une de ces mesures, ou bien s'il doit, au contraire, se limiter à prononcer une interdiction d'usage. En d'autres termes, y a-t-il lieu de priver le titulaire du nom de domaine de toute capacité à utiliser le signe, ou bien seulement de lui interdire un certain usage ³⁵¹⁵ ?

La lecture de la jurisprudence relative aux noms de domaine peut sembler à première vue révéler un certain flou : tantôt les noms de domaine portant atteinte à des droits antérieurs sont annulés ³⁵¹⁶ ou transférés ³⁵¹⁷, tantôt leurs titulaires se voient seulement interdire leur usage ³⁵¹⁸.

En réalité, le choix de la sanction est déterminé par le motif de la condamnation. Il y a lieu de distinguer ici selon que la condamnation sanctionne l'usage du nom de domaine ou son enregistrement. Si c'est l'usage du nom de domaine qui porte atteinte à un droit antérieur, il est logique que le juge se limite à prononcer l'interdiction de cet usage, sans priver le titulaire du nom de domaine de sa capacité à effectuer d'autres usages du signe, dans la mesure où ces derniers sont licites. Par exemple, si l'usage d'un nom de domaine désignant certains produits

contrefait une marque déposée pour des produits similaires, le juge ne doit pas pour autant pouvoir interdire au titulaire du nom de domaine d'utiliser son signe en relation avec d'autres produits. *A fortiori*, il ne devrait pas prononcer l'annulation de l'enregistrement du nom de domaine ou son transfert. En ce sens, la sanction devrait être à la mesure de la portée de l'usage ³⁵¹⁹, en application du principe de spécialité. Il est donc logique de la cantonner à l'interdiction de l'usage illicite ³⁵²⁰. C'est d'ailleurs précisément ce qu'a indiqué la Cour de cassation dans un arrêt *Ebel* du 7 juin 2006 ³⁵²¹, par lequel elle a censuré les juges du fond qui avaient interdit tout usage des noms de domaine <ebelinternational.com> et <ebelparis.com> et ordonné la radiation de ces signes qui portaient atteinte à la marque Ebel international. Selon la Cour de cassation, en ordonnant ces mesures, alors qu'« il n'existait de risque de confusion que pour les produits cosmétiques et de parfumerie, et sans préciser les nécessités d'une telle interdiction générale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Cela signifie bien que la contrefaçon d'une marque par un nom de domaine « n'autorise pas *ipso facto* la suppression du nom » ³⁵²². Dans le même sens, la Cour de cassation ³⁵²³ a approuvé une cour d'appel ³⁵²⁴ qui, ayant constaté que l'usage des noms de domaine <pneuonline.com>, <pneusonline.com> et <pneu-online.com> pour désigner des pneumatiques commercialisés sur Internet portait atteinte à la dénomination sociale « Pneus Online » d'une autre société opérant dans le même domaine, a prononcé l'interdiction, sous astreinte, de faire un usage quelconque des noms de domaine en question « en relation directe ou indirecte avec une activité de vente de pneus », mais a rejeté la demande de transfert de ces noms de domaine ³⁵²⁵.

Ajoutons que cette solution incite par ailleurs à diriger la sanction non pas contre le titulaire du nom de domaine, mais contre son exploitant, lorsqu'il y a une dissociation entre les deux ³⁵²⁶. En effet, l'usage illicite est le fait de l'exploitant, et non pas du titulaire : dès lors, ce dernier ne devrait pas voir son nom de domaine radié ou transféré en raison d'un usage dont il n'est pas l'auteur ³⁵²⁷.

Il résulte de cette analyse que « le transfert d'un nom de domaine ne devrait jamais pouvoir être prononcé, sauf exception » ³⁵²⁸, c'est-à-dire lorsque ce n'est pas l'usage du nom de domaine qu'il s'agit de sanctionner, mais son enregistrement même. Il s'agit de l'hypothèse de l'enregistrement frauduleux, dans laquelle l'atteinte aux droits des tiers est indépendante de tout usage. Dans ces cas de *cybersquatting*, il est

logique que l'usurpateur se voie condamné au transfert du nom de domaine si la victime le demande, ou à défaut à la radiation du nom. Tel a ainsi été le cas des noms de domaine <francebleue.fr> et <francebleue.com>³⁵²⁹, radiés, ou encore des noms de domaine <cherihd.net>, <cheriehd.com>, <cherie-hd.net>, <cheriehd.fr> et <cherie-hd.fr>, transférés au titulaire de la marque Chérie FM³⁵³⁰.

- 994** *Étendue géographique des sanctions* ◇ Pour les mêmes raisons, la portée géographique des sanctions ordonnées par le juge, et en particulier de l'interdiction d'usage, doit être à la mesure de la portée de l'utilisation illicite. Il est donc peu cohérent que soit ordonnée une interdiction « pour le monde entier », comme l'a fait le tribunal de grande instance de Bordeaux dans le jugement *Atlantel*³⁵³¹, première décision rendue en 1996 à propos des noms de domaine. Désormais, les juridictions cantonnent plutôt les mesures d'interdiction au territoire sur lequel l'usage en cause porte atteinte à un droit³⁵³². C'est ainsi que, par exemple, les juges du fond ont prononcé des interdictions d'usage de noms de domaine <thetriplets.com>³⁵³³ et <leadinghotels.com>³⁵³⁴, qui portaient atteinte aux marques Les triplés et The leading hotels of the world, sur le territoire français, mais ont refusé de faire droit aux demandes de radiation ou de transfert des noms de domaine du réseau Internet, qui avaient une portée internationale.

3. La responsabilité des intermédiaires d'enregistrement

- 995** *Problématique* ◇ La question ici posée est de savoir si les différents intermédiaires (bureaux et offices d'enregistrement) peuvent être tenus pour responsables dans les cas où des noms de domaine ont été enregistrés en violation de la loi ou de droits antérieurs, ou dans le cas où l'usage d'un nom de domaine par son titulaire porte atteinte aux droits de tiers.

Il convient d'étudier la responsabilité des bureaux d'enregistrement et celle des offices, avant d'envisager celle des plate-formes de vente de noms de domaine.

- 996** *Responsabilité des bureaux d'enregistrement* ◇ Les bureaux d'enregistrement ne procèdent, en pratique, à aucun examen des noms de domaine demandés. L'article L. 45-1 du Code des postes et

communications électroniques précise, *in fine*, que « l'enregistrement des noms de domaine s'effectue sur la base des déclarations faites par le demandeur et sous sa responsabilité », et que « le bureau d'enregistrement n'est ni soumis à une obligation de conseil ni soumis à une obligation de recherche d'antériorités ».

Cette absence de contrôle a pour conséquence une responsabilité très limitée des bureaux d'enregistrement. Ces derniers ne jouent, en effet, qu'un rôle purement technique lors de l'enregistrement des noms de domaine ³⁵³⁵. Les tribunaux en ont déduit que la loi ne met à la charge des bureaux d'enregistrement aucune obligation de contrôle *a priori* qui consisterait à s'assurer que le nom de domaine choisi par le réservataire ne porte pas atteinte à des droits antérieurs. Une telle obligation de filtrage mettrait à la charge des bureaux d'enregistrement la mise en place de moyens disproportionnés au regard du but poursuivi. Par ailleurs, elle contraindrait les bureaux à porter une appréciation sur l'existence d'une atteinte, ce qui ne relève pas de leurs compétences ³⁵³⁶. Tout au plus les bureaux d'enregistrement doivent-ils mettre en place des précautions raisonnables lors de la procédure d'enregistrement, notamment en informant les demandeurs des règles relatives à la protection des droits des tiers.

Les bureaux ne peuvent davantage être considérés comme contrefacteurs en raison de l'existence de noms de domaine portant atteinte à des marques. En effet, ils ne participent pas activement au choix de ces noms de domaine et ne les exploitent pas commercialement, pas plus qu'ils ne tirent indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée des marques ³⁵³⁷.

En revanche, postérieurement à l'enregistrement d'un nom de domaine, les *registrars* étaient, selon la jurisprudence, tenus d'une obligation de résultat en application du décret du 6 février 2007 (désormais abrogé). En effet, dès lors que leur était notifiée l'existence ou l'usage d'un nom de domaine portant atteinte à des droits antérieurs, les bureaux devaient promptement procéder au gel des noms de domaine en cause, afin d'éviter que leur usage se poursuive ou qu'ils puissent être cédés ³⁵³⁸ (le cessionnaire n'étant, en revanche, pas responsable dès lors qu'il ignore l'atteinte ³⁵³⁹). Un tel régime n'est pas sans rappeler les règles applicables aux hébergeurs en vertu de la loi du 21 juin 2004, même si, dans un arrêt du 19 octobre 2012, la cour d'appel de Paris a rejeté cette qualification pour les *registrars*, au motif qu'ils « n'exercent pas une activité revêtant un caractère purement technique, automatique et passif

qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées » ³⁵⁴⁰.

On peut toutefois douter sérieusement du maintien de cette obligation au regard des évolutions introduites dans le régime applicable aux offices d'enregistrement par la loi du 22 mars 2011.

997 ***Responsabilité des offices d'enregistrement*** ◇ Hormis l'hypothèse des noms de domaine soumis à un examen préalable, les offices d'enregistrement ne contrôlent pas non plus le choix des noms de domaine. La charte de nommage de l'AFNIC indique ainsi dans son article 3.3 que « l'enregistrement d'un nom de domaine s'effectue sous la responsabilité du demandeur ; aussi l'AFNIC ne saurait voir sa responsabilité engagée du fait de l'enregistrement et/ou de l'utilisation d'un nom de domaine, ni de leurs conséquences dommageables directes ou indirectes ». L'AFNIC ne saurait, d'ailleurs, être tenue responsable d'informations erronées, fausses, mensongères ou de toute omission au sein de la base de données Whois. Tout comme les bureaux d'enregistrement, l'AFNIC n'est, selon l'article 3.3 de sa charte, tenue par aucune obligation de conseil ni à l'égard des demandeurs, ni à celle des Bureaux d'enregistrement ni à celle des tiers.

Corrélativement, la responsabilité de l'AFNIC ne pourra donc être engagée en raison de l'enregistrement d'un nom de domaine portant atteinte à des droits antérieurs ³⁵⁴¹, dès lors que les titulaires de ces droits ne lui ont pas notifié les noms de domaine en cause.

Qu'en est-il de la responsabilité de l'AFNIC lorsque des tiers lui notifient qu'un nom de domaine porte atteinte à leurs droits ? Dans un premier temps, les juges ont estimé que l'AFNIC devait bloquer les noms de domaine ³⁵⁴², en application de l'ancien article R. 20-44-49 du Code des postes et communications électroniques (issu du décret du 6 février 2007). Mais cette jurisprudence a été infirmée en appel, dans une décision indiquant que le blocage constitue une simple faculté pour l'office ³⁵⁴³. La solution s'impose à plus forte raison encore en application du régime issu de la loi du 22 mars 2011, selon lequel rien n'impose à l'AFNIC de bloquer les noms de domaine litigieux, excepté en cas d'ouverture d'une procédure contradictoire de vérification, d'une procédure Syreli ³⁵⁴⁴ ou, naturellement, sur demande de justice. L'article 6.1 de la charte de nommage de l'AFNIC précise bien

qu'aucune demande de gel ne pourra être traitée en dehors de ces cas. La responsabilité de l'AFNIC ne pourra donc plus être engagée à la suite d'une simple mise en demeure de blocage demeurée sans effet. La cour d'appel de Paris s'est prononcée en ce sens dans son arrêt du 19 octobre 2012 ³⁵⁴⁵, par lequel elle a confirmé un jugement ³⁵⁴⁶ qui avait considéré que l'AFNIC n'avait commis aucune faute en ne mettant en place aucune mesure de blocage ou de gel de noms de domaine litigieux dont l'existence lui avait été signalée par les titulaires de marques antérieures. Ces décisions ont certes été rendues en application du droit antérieur à la loi du 22 mars 2011, mais la solution s'applique à plus forte raison au regard du nouveau régime des noms de domaine, puisque le Code des postes et communications électroniques n'oblige en rien l'AFNIC à « procéder, sur demande de tiers, à des opérations de gel ou de blocage de noms de domaine et, d'une manière générale, à prendre des mesures conservatoires en situation précontentieuse ou contentieuse » ³⁵⁴⁷. Il en résulte que l'office d'enregistrement peut ignorer les demandes de gel ou de blocage émanant des tiers. Cette solution doit, en toute logique, être étendue aux bureaux d'enregistrement, pour les mêmes raisons : ni les bureaux ni les offices n'ont en effet les compétences pour juger eux-mêmes de la réalité des atteintes alléguées à des droits de propriété intellectuelle ³⁵⁴⁸.

Il en va de même, *a fortiori*, de l'annulation ou du transfert des noms de domaine, qui ne pourront avoir lieu que dans le cadre de décisions judiciaires ou de procédures spécifiques, en application de l'article L. 45-6 du Code des postes et communications électroniques et de l'article 6.4. de la charte de nommage de l'AFNIC.

998 Responsabilité des plate-formes de vente de noms de domaine ◇ La question s'est également posée de la responsabilité des plate-formes de vente de noms de domaine, dans le cas où les noms de domaine vendus portent atteinte aux droits de tiers. L'hypothèse visée est celle, décrite plus haut ³⁵⁴⁹, du *parking* des noms de domaine. Quel régime appliquer aux intermédiaires fournissant un service de *parking* et d'intermédiation entre vendeurs et acquéreurs de noms de domaine ³⁵⁵⁰ ?

La question est débattue en doctrine ³⁵⁵¹. Les juges, quant à eux, ont exclu que ces prestataires – plus exactement, la société Sedo, seul intermédiaire de ce type pour l'instant assigné en France – puissent bénéficier du régime de responsabilité limitée accordé par la loi du

21 juin 2004 aux hébergeurs, au motif que les plate-formes d'intermédiation proposant à des utilisateurs de se rencontrer pour vendre et acheter des noms de domaine ne se limitent pas à héberger des liens hypertexte, mais déploient également des activités d'intermédiation et de conseil ³⁵⁵² qui excèdent celles des prestataires d'hébergement. En d'autres termes, les plate-formes de vente aux enchères de noms de domaine jouent, selon les juges, un rôle actif sur les contenus qu'elles mettent en ligne, en exerçant une « action déterminante sur le contenu des pages parking constituées de mots clés appelés à produire des liens commerciaux » ³⁵⁵³. La société Sedo a ainsi été condamnée sur le terrain du droit commun, au motif qu'elle « se charge d'insérer les liens publicitaires ciblés sur les pages des noms de domaine qu'elle parque, qu'elle recherche, en coopération avec Google, des partenaires publicitaires, et qu'elle exploite commercialement les sites <sedoparking> et <sedo> » ³⁵⁵⁴, ou encore qu'elle propose « un service dit "d'expertise" pour aider à la fixation de la valeur d'un nom de domaine » ³⁵⁵⁵.

Cette jurisprudence fait écho à la qualification jurisprudentielle récente des plate-formes de vente aux enchères de produits telles qu'eBay ³⁵⁵⁶.

- 999** À côté des procédures judiciaires qu'on a exposées, il existe différentes procédures extra-judiciaires spécifiques au règlement des litiges en matière de noms de domaine.

B. Les procédures extra-judiciaires

- 1000** *Modes alternatifs de règlement des conflits* ◇ Il existe un certain nombre de mécanismes alternatifs permettant le règlement des litiges en matière de noms de domaine. Ils présentent l'avantage d'être transnationaux (ce qui permet d'éviter le débat sur la compétence territoriale), rapides (ce qui est d'autant plus intéressant que, depuis l'arrêt *Sunshine*, le transfert ne peut plus être ordonné en référé), peu coûteux, et de pouvoir se dérouler entièrement en ligne. On évoquera ici trois mécanismes : la procédure UDRP, relative à certains noms de domaine génériques, la procédure ADR relative aux noms de domaine en <.eu> et la procédure Syreli relative aux noms de domaine en <.fr>.

1001 ***Procédure UDRP*** ◇ La procédure UDRP (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*) ³⁵⁵⁷, élaborée par l'ICANN et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999 ³⁵⁵⁸, est un mode de résolution extra-judiciaire des litiges applicable aux noms de domaine en <.com>, <.org>, <.net>, <.biz>, <.info> et <.mobi>. Elle est obligatoire en ce que le contrat d'enregistrement d'un nom de domaine dans les extensions précitées comporte une clause stipulant que le recours à la procédure ne peut être refusé par le défendeur si le demandeur le requiert ³⁵⁵⁹.

Selon les principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine ³⁵⁶⁰, complétés par des règles d'application ³⁵⁶¹, les procédures peuvent être portées devant quatre organismes habilités par l'ICANN :

- l'*Asian Domain Name Dispute Resolution Center* ;
- le *National Arbitration Forum* ;
- le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, principal acteur des procédures UDRP ;
- le *Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes*.

1002 ***Conditions de fond*** ◇ En principe, la procédure UDRP est réservée aux conflits opposant les titulaires de noms de domaine aux titulaires de marques antérieures. Le point 4 des principes directeurs exige la réunion de trois conditions de la part de ces derniers. Un requérant doit ainsi montrer :

- que le nom de domaine est identique ou semblable au point de prêter à confusion avec une marque de produits ou services sur laquelle il a des droits ;
- que le titulaire du nom de domaine n'avait aucun droit sur ce nom ni aucun intérêt légitime qui s'y attache ;
- que le nom a été enregistré et utilisé de mauvaise foi.

Ces trois conditions, qui s'appliquent cumulativement, appellent plusieurs remarques.

1003 ***Première condition : « identique ou semblable au point de prêter à confusion »*** ◇ En premier lieu, le champ d'application de la procédure UDRP, limité selon les principes directeurs aux marques antérieures, a été élargi par la jurisprudence de l'OMPI. Ont ainsi été admises les actions de titulaires de patronymes ³⁵⁶² ou de noms commerciaux ³⁵⁶³ qui avaient été enregistrés comme noms de domaine

par des cybersquatteurs ; de même, des noms de villes se sont vu protéger ³⁵⁶⁴. Tous ces signes ont été qualifiés de « marques d'usage », ce qui a permis leur protection. En revanche, une décision a refusé de protéger l'appellation d'origine « Champagne » contre le nom de domaine <champagne.co>, au motif que le premier signe ne constituait pas une marque ³⁵⁶⁵.

En deuxième lieu, les droits du demandeur sur sa marque sont établis par la production de justificatifs. En aucun cas les instances UDRP n'ont compétence pour se prononcer sur la validité des marques. Seuls les juges nationaux peuvent, en effet, procéder à une telle appréciation. Pourtant, dans une décision *Pages jaunes*, la plainte de la société France Télécom contre le titulaire des noms de domaine <pagesjaunes.com> et <pagesjaunes.net> a été rejetée, le panel ayant indirectement pris en compte le caractère descriptif de la marque ³⁵⁶⁶.

En troisième lieu, la première condition permet de sanctionner non seulement la reproduction servile de marque, mais également les cas de *typosquatting* ³⁵⁶⁷.

1004 *Deuxième condition : absence de droit ou d'intérêt légitime attaché au nom de domaine* ◇ S'agissant des deuxième et troisième conditions, les principes directeurs UDRP fournissent des précisions quant à la définition des notions de « mauvaise foi » et d'« intérêt légitime ». L'intérêt légitime – et *a contrario*, son absence ³⁵⁶⁸ – peut notamment, selon le point 4, c), des principes directeurs, se déduire des circonstances suivantes :

- avant d'avoir eu connaissance du litige, le titulaire a utilisé son nom de domaine ou un nom correspondant en relation avec une offre de bonne foi de produits ou de services, ou fait des préparatifs sérieux à cet effet ;

- il est connu sous le nom de domaine considéré, même sans avoir acquis de droits sur une marque de produits ou de services ; ou

- il fait un usage non commercial légitime ou un usage loyal du nom de domaine sans intention de détourner à des fins lucratives les consommateurs en créant une confusion ni de ternir la marque de produits ou de services en cause.

1005 *Troisième condition : mauvaise foi* ◇ Quant à la mauvaise foi, elle peut se déduire, selon le point 4, b), des faits suivants :

– le titulaire du nom de domaine a enregistré ou acquis le nom de domaine essentiellement aux fins de vendre, de louer ou de céder d'une autre manière l'enregistrement de ce nom de domaine au requérant qui est le propriétaire de la marque de produits ou de services, ou à un concurrent de celui-ci, à titre onéreux et pour un prix excédant le montant des frais déboursés en rapport direct avec ce nom de domaine ;

– le titulaire a enregistré le nom de domaine en vue d'empêcher le propriétaire de la marque de produits ou de services de reprendre sa marque sous forme de nom de domaine, et il est coutumier d'une telle pratique ³⁵⁶⁹ ;

– le titulaire a enregistré le nom de domaine essentiellement en vue de perturber les opérations commerciales d'un concurrent ou ;

– en utilisant son nom de domaine, le titulaire a sciemment tenté d'attirer, à des fins lucratives, les utilisateurs d'Internet sur un site web ou autre espace en ligne lui appartenant, en créant une probabilité de confusion avec la marque du requérant en ce qui concerne la source, le commanditaire, l'affiliation ou l'approbation de son site ou espace web ou d'un produit ou service qui y est proposé.

Ces indices, repris dans le décret du 1^{er} août 2011 en droit français, ont pour point commun de tenir compte de l'intention du titulaire du nom de domaine. On observe que, contrairement au droit des marques, la notoriété de la marque opposée au nom de domaine n'entre pas en ligne de compte. C'est ainsi que les sociétés Nike ³⁵⁷⁰ et Google ³⁵⁷¹ ont toutes deux perdu face à des cybersquatteurs, faute d'avoir rapporté la mauvaise foi dans l'enregistrement *et* dans l'usage des noms de domaine (les exigences étant cumulatives).

1006 ***Sanctions*** ◇ Au terme de la procédure URDP, qui n'excède pas deux mois, le titulaire de la marque antérieure peut obtenir, si les conditions sont remplies, soit la radiation, soit le transfert du nom de domaine en cause. Contrairement aux procédures judiciaires, elle ne permet pas d'obtenir des dommages-intérêts ³⁵⁷², comme le précise le point 4, i), des principes directeurs UDRP.

1007 ***Procédure UDRP et procédures judiciaires*** ◇ Rien n'empêche les parties à une procédure UDRP de saisir un tribunal étatique de leur litige, soit pendant que la procédure est en cours, soit une fois qu'elle est terminée ³⁵⁷³. Le point 4, k), des principes directeurs UDRP le prévoit

expressément. L'expert UDRP peut même, aux termes des règles d'application, suspendre ou clôturer la procédure URDP lorsque le nom de domaine en cause fait également l'objet d'une procédure judiciaire.

La question essentielle est celle de l'effet des décisions UDRP. Elles produisent leurs effets par le biais des *registrars*, auxquelles elles s'imposent : en application du point 4, k), des principes directeurs, le *registrar* concerné doit ainsi exécuter la décision dans un délai de dix jours à compter de sa notification, sauf si un tribunal compétent a été saisi de l'affaire.

Pour autant, les procédures extra-judiciaires n'empêchent pas les parties de saisir les tribunaux si elles ne sont pas satisfaites des décisions UDRP rendues les concernant. Toutefois, il s'agit alors de procédures distinctes, et non pas d'appel ou de recours contre les décisions UDRP. En effet, il a été jugé que la procédure UDRP n'étant pas une procédure d'arbitrage international, les décisions UDRP ne sont pas susceptibles d'un recours en annulation sur le fondement des dispositions du Code de procédure civile relatives à l'appel des sentences arbitrales ³⁵⁷⁴. Dans un arrêt *Miss France* du 17 juin 2004 ³⁵⁷⁵, la cour d'appel de Paris a affirmé que la procédure UDRP présente, il est vrai, « certaines caractéristiques que l'on retrouve dans les procédures arbitrales, et qui sont exposées en particulier aux articles 7, 10 et 15 des règles d'application, exigence d'indépendance et d'impartialité des experts membres de la commission administrative, traitement équitable des parties, libre appréciation des preuves, mais qui s'appliquent toutefois également aux modes conventionnels de règlement des litiges, et notamment, à l'expertise juridique, au titre de laquelle le tiers est simplement investi de la mission de rendre un avis » ; qu'une décision UDRP est « exécutée par l'unité d'enregistrement [...] pour laquelle elle a donc valeur obligatoire, et non par les parties à l'égard desquelles elle n'a pas autorité de chose jugée », si bien que « le mécanisme administratif proposé par l'ICANN dans l'intérêt de la gestion du système des noms de domaine en vue de demander à des experts, tout en protégeant d'un recours les responsables du système d'adressage, de se prononcer, sous réserve de la vérification des tribunaux, sur certains aspects spécifiques du contentieux découlant pour le titulaire d'un droit de marque, de l'enregistrement ou de l'usage abusif d'un nom de domaine, ne constitue pas un arbitrage ».

Il en résulte que les décisions UDRP ne peuvent être annulées par les tribunaux. En revanche, ces derniers peuvent connaître des mêmes

affaires, puisque « la décision rendue par le centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI est sans influence sur la recevabilité des demandes »³⁵⁷⁶. Si la décision UDRP a ordonné le transfert du nom de domaine, le tribunal devra toutefois prendre en compte cet élément factuel.

L'inconvénient de cette indépendance des procédures est que les décisions risquent de mener à des résultats différents, comme dans l'affaire *pneonline*, dans laquelle l'OMPI avait rejeté la demande de transfert des noms de domaine <pneonline.com>, <pneusonline.com> et <pneu-online.com>, au motif de la non-distinctivité de la marque antérieure Pneu-Online, et les tribunaux français ont au contraire jugé la marque distinctive et ont prononcé une interdiction d'utilisation des noms de domaine en cause dans le domaine des pneumatiques³⁵⁷⁷. Les divergences sont d'autant plus envisageables que les règles appliquées dans le cadre des procédures UDRP diffèrent du droit national.

1008 *Procédure ADR pour les noms de domaine en <.eu>* ◇ Le règlement n° 874/2004 a mis en place, dans ses articles 22 et 23, une procédure similaire à la procédure UDRP pour les noms de domaine en <.ue>. Il s'agit de la procédure dite ADR (*Alternative Dispute Resolution*), elle aussi obligatoire pour tout titulaire d'un nom de domaine en <.eu>, mais également pour le registre. Là réside l'une des différences avec la procédure UDRP : le système ADR peut être utilisé à l'encontre du registre EURid, par exemple à l'encontre d'une décision de refus d'enregistrement de noms de domaine³⁵⁷⁸.

La procédure ADR est gérée par la Cour arbitrale tchèque. Elle présente plusieurs particularités par rapport à la procédure UDRP.

D'une part, en vertu de l'article 21, § 1, du règlement n° 874/2004, elle peut être engagée, en cas d'« enregistrement abusif ou spéculatif », par toute personne qui considère qu'un nom de domaine enregistré est identique ou susceptible d'être confondu avec un nom sur lequel un droit est reconnu ou établi par le droit national et/ou communautaire. Les actions ne sont donc pas réservées aux titulaires de marques antérieures, mais peuvent également être fondées sur d'autres droits tels qu'un patronyme, une dénomination sociale, un nom commercial ou encore le nom d'une collectivité territoriale³⁵⁷⁹.

D'autre part, les conditions de révocation ou transfert d'un nom de domaine (subordonné à la condition que le plaignant satisfait aux

critères d'éligibilité), prévues à l'article 21, § 1, du règlement n° 874/2004, sont les suivantes :

- le nom de domaine enregistré est identique ou susceptible d'être confondu avec un nom sur lequel un droit est reconnu ; et ce nom de domaine

- a été enregistré sans que son titulaire ait un droit ou intérêt légitime à faire valoir sur ce nom, ou

- a été enregistré ou utilisé de mauvaise foi.

Si ces conditions sont les mêmes que dans la procédure UDRP, la différence est que les deux dernières ne sont pas cumulatives, mais alternatives ³⁵⁸⁰, ce qui s'avère plus favorable aux titulaires de droits antérieurs.

En application de l'article 22, § 6, du règlement n° 874/2004, dès qu'une demande de règlement extrajudiciaire a été dûment déposée et que la taxe s'y rapportant a été payée, le prestataire informe le registre de l'identité du plaignant et du nom de domaine concerné. Le registre suspend toute possibilité d'annulation ou de transfert du nom de domaine en cause jusqu'à ce que la procédure de règlement du litige, ou la procédure judiciaire engagée par la suite, ait abouti et que la décision lui ait été notifiée.

L'EURid, auquel sont transmises les décisions, doit les exécuter dans un délai d'un mois à compter de leur notification aux parties, à moins que celles-ci n'engagent une procédure judiciaire. Comme les décisions UDRP, les décisions ADR n'affectent en effet pas le droit qu'ont les parties de porter le litige devant le juge compétent.

1009 *Procédure Syreli pour les noms de domaine en <.fr>* ◇ La procédure dite Syreli (Système de résolution des litiges) a été définie par l'AFNIC, et approuvée par un arrêté du ministre chargé des communications électroniques en date du 21 octobre 2011 ³⁵⁸¹, comme le prévoit l'article L. 45-6 du Code des postes et communications électroniques, issu de la loi du 22 mars 2011.

Cette procédure remplace le système antérieur qui reposait sur deux types de procédures : les PARL (Procédures alternatives de règlement des litiges) ³⁵⁸², procédures adaptées de la procédure UDRP, et la PREDEC (procédure de résolution des cas de violations manifestes des dispositions du décret du 6 février 2007) ³⁵⁸³, cette dernière procédure étant exclusivement interne à l'AFNIC.

La nouvelle procédure Syreli ³⁵⁸⁴ est obligatoire, tout titulaire d'un nom de domaine en <.fr> s'engageant sans réserve à s'y soumettre, en vertu de l'article 7.2 de la charte de nommage de l'AFNIC. Elle présente la particularité d'être interne à l'AFNIC, comme l'était la PREDEC : c'est un collège de l'AFNIC qui rend les décisions au vu des preuves apportées par les parties. L'AFNIC a donc exclu l'intervention de tiers, comme c'était le cas auparavant avec les PARL.

Dès l'ouverture de la procédure, l'AFNIC gèle les noms de domaine. Les conditions de mise en œuvre de la procédure Syreli, quant à elles, sont définies dans le règlement intérieur de l'AFNIC ³⁵⁸⁵. Il en ressort que conformément à l'article L 45-6 du Code des postes et communications électroniques, toute personne démontrant un intérêt à agir peut demander à l'AFNIC la suppression ou le transfert à son profit d'un nom de domaine lorsque le nom de domaine entre dans les cas prévus à l'article L. 45-2. Comme la procédure ADR, la procédure Syreli est donc ouverte de manière plus large que l'UDRP ³⁵⁸⁶. Selon l'article I du règlement de l'AFNIC, l'office statue sur cette demande dans un délai de deux mois suivant sa réception, selon une procédure contradictoire qui peut prévoir l'intervention d'un tiers choisi dans des conditions transparentes, non discriminatoires et rendues publiques. Les règles de fond mises en œuvre par l'AFNIC sont celles, analysées plus haut, posées aux articles L. 45-2 et R. 20-44-46 du Code des postes et communications électroniques : le requérant doit avoir un intérêt à agir ³⁵⁸⁷, et le nom de domaine doit être :

- susceptible de porter atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou à des droits garantis par la Constitution ou par la loi ; ou
- susceptible de porter atteinte à des droits de propriété intellectuelle ou de la personnalité, sauf si le demandeur justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi ; ou
- identique ou apparenté à celui de la République française, d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales ou d'une institution ou service public national ou local, sauf si le demandeur justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi.

Les notions d'« intérêt légitime » ³⁵⁸⁸ et de « bonne foi » jouent donc, là encore, un rôle essentiel.

La décision du Collège n'est exécutée qu'une fois écoulé un délai de quinze jours calendaires à compter du jour de la notification de la décision aux parties. L'exécution de la décision est toutefois suspendue si, dans le délai d'exécution, un tribunal a été saisi d'une procédure sur le

nom de domaine objet du litige. Comme dans le cadre des procédures UDRP et ADR, l'AFNIC ne peut prononcer que la suppression ou le transfert des noms de domaine, la condamnation au versement de dommages-intérêts relevant de la seule compétence du juge.

- 1010** *Synthèse de la Section 1* ◇ De toutes les analyses qui précèdent se dégage une opposition, voire une contradiction, entre les principes – de plus en plus transnationaux – applicables aux noms de domaine, fondés sur les notions d'intérêt légitime et de fraude, et les règles relatives aux droits de propriété intellectuelle, en particulier les marques, qui imposent de prendre en considération le domaine de spécialité et l'usage des signes.
- 1011** La question de la protection des noms de domaine, en revanche, est plus aisée à traiter. En effet, en l'absence totale de règles légales en la matière, ce sont les seuls principes du droit commun qui s'appliquent.

SECTION 2. LA PROTECTION DES NOMS DE DOMAINE

- 1012** *Conditions de protection* ◇ Afin de pouvoir être protégé, un nom de domaine doit impérativement être utilisé par son titulaire. En effet, contrairement au droit des marques, dans lequel l'enregistrement est constitutif de droits, le droit des noms de domaine n'attache aucune conséquence juridique à l'enregistrement (§ 1). C'est bien l'usage du nom de domaine, et lui seul, qui déclenche, et détermine l'étendue de la protection (§ 2).

§ 1. La neutralité juridique de l'enregistrement

- 1013** *Absence de droit privatif* ◇ Comme cela a été souligné plus haut ³⁵⁸⁹, les noms de domaine ne font pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle à proprement parler, mais relèvent d'une logique de responsabilité civile fondée sur la sanction de la concurrence déloyale.
- Il est donc logique que l'enregistrement d'un nom de domaine, formalité issue de la seule nécessité d'une réservation technique du nom, constitue une formalité juridiquement neutre. La jurisprudence l'a

expressément reconnu, qualifiant l'enregistrement d'un nom de domaine d'opération en elle-même totalement neutre ³⁵⁹⁰. Il est d'ailleurs opportun de rappeler, à ce propos, que l'enregistrement ne suppose aucune désignation de produits ou services, contrairement au droit des marques.

1014 *Absence de protection à défaut d'usage* ◇ La conséquence de ce principe est que le seul enregistrement d'un nom de domaine ne confère à son titulaire aucune protection. Le signe ne devient protégeable que s'il fait l'objet d'une exploitation effective ³⁵⁹¹. Cette exigence, identique à celle applicable à la protection des noms commerciaux, dénominations sociales ou enseignes, a été posée très tôt par la jurisprudence ³⁵⁹².

C'est ainsi que les juges refusent d'accorder une quelconque protection à des noms de domaine certes régulièrement enregistrés, mais qui ne font l'objet d'aucun usage. Par exemple, le nom de domaine <mr-good-deal.fr>, enregistré en 1999, n'a pas pu être invoqué et protégé face à la marque Mister Good Deal, au motif que son titulaire ne justifiait pas de « l'exploitation effective de ce nom de domaine » antérieurement au dépôt de la marque ³⁵⁹³. Pour la même raison, la protection a pu être refusée à des noms de domaine enregistrés antérieurement à d'autres noms de domaine, mais ne faisant pas l'objet d'une exploitation par leur titulaire ³⁵⁹⁴. Ainsi le tribunal de grande instance a-t-il jugé que « le nom de domaine ne faisant l'objet d'aucune réglementation spécifique et ne pouvant bénéficier d'une protection en tant que signe distinctif que sur le terrain de l'article 1382 du Code civil, il appartient à son titulaire de justifier de son exploitation effective et partant, de caractériser le comportement déloyal et fautif du tiers » ; en l'espèce, le titulaire du nom de domaine <blind-test.com> ne justifie pas d'une exploitation du site accessible à cette adresse, son action dirigée contre le titulaire du nom de domaine <blindtest.com> n'a pu prospérer ³⁵⁹⁵.

C'est donc l'usage qui déclenche le principe de la protection des noms de domaine. Plus encore, l'usage des noms de domaine détermine également l'étendue de cette protection.

§ 2. Usage et étendue de la protection

1015 *Nécessité d'un usage effectif des noms de domaine* ◇ On l'a

déjà mentionné, « c'est dans l'usage effectif du nom [de domaine] que son régime juridique doit se dessiner » ³⁵⁹⁶. Le caractère effectif de l'usage a été défini par les juges de manière négative, par opposition, en quelque sorte, à un usage « symbolique ». Ainsi a-t-il été jugé que l'exploitation effective d'un nom de domaine ne saurait résulter de « la seule mise en ligne de l'indication du domaine assortie des références de son propriétaire » ³⁵⁹⁷. En d'autres termes, un nom de domaine, pour être effectivement exploité, doit conduire à un site web actif, présentant des produits ou services, et non pas à une simple page en construction.

C'est en effet l'usage effectif qui permet de définir les contours, aussi bien temporels, géographiques que matériels, de la protection des noms de domaine.

1016 *Étendue temporelle de la protection* ◇ De manière logique, le point de départ de la protection d'un nom de domaine n'est pas la date de son enregistrement, mais la date du début de son utilisation. Cela a pour conséquence, comme on l'a évoqué à propos de l'affaire *Mister Good Deal* ³⁵⁹⁸, que le titulaire d'un nom de domaine enregistré avant une marque concurrente peut se voir privé de protection s'il n'exploite pas son signe avant le dépôt de la marque. De même, en cas de conflit entre deux noms de domaine, l'antériorité peut revenir au titulaire du nom enregistré en second, s'il est le premier à en faire usage ³⁵⁹⁹.

1017 *Étendue géographique de la protection* ◇ De la même façon, la protection d'un nom de domaine suppose que ce nom soit exploité sur le territoire sur lequel la protection est demandée, ce qui s'apprécie par rapport à la destination du site correspondant ³⁶⁰⁰. C'est ainsi que la cour d'appel de Paris a refusé de faire droit à l'action en concurrence déloyale intentée par le titulaire des noms de domaine <800flowers.com> et <1800flowers.com> contre le titulaire des noms <800flowers.fr> et <1800flowers.fr>, au motif que le premier ne justifiait pas d'un usage antérieur en France ³⁶⁰¹. De même a-t-il été jugé que le titulaire des noms de domaine <village-cosmetics.com> et <village-cosmetics.de> « ne saurait obtenir en France une protection pour ses noms de domaine qui ne sont pas destinés au public français » ³⁶⁰², ou encore que le titulaire du nom de domaine <ecobank.com> ne rapportait pas « la preuve que ses activités sur ce site, fût-il accessible en France et objet de consultation aux dates indiquées, aient visé la clientèle française entendue comme le

grand public compte tenu de la nature des services en cause » ³⁶⁰³.

1018 *Étendue matérielle de la protection* ◇ Quant à l'étendue matérielle de la protection des noms de domaine, le recours à l'usage est tout aussi indispensable puisqu'il permet de déterminer le domaine dans lequel le nom de domaine est exploité, conformément au principe de spécialité dont on a montré qu'il s'applique aux noms de domaine ³⁶⁰⁴.

L'usage effectué par le titulaire du nom de domaine conditionne ainsi l'étendue de sa protection. Cette dernière peut être accordée *a priori*, le nom de domaine pouvant constituer une antériorité de nature à faire obstacle à l'enregistrement valable d'une marque (A), et *a posteriori*, la reprise du nom de domaine étant alors sanctionnée sur le fondement de la concurrence déloyale (B).

A. La protection *a priori* : l'antériorité à l'enregistrement d'une marque

1019 Comme on l'a indiqué dans le Chapitre précédent ³⁶⁰⁵, la liste des droits antérieurs de nature à faire obstacle à l'enregistrement valable d'une marque, prévue à l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle, n'est pas exhaustive. Les noms de domaine ont été ajoutés par les juges aux droits antérieurs énumérés dans ce texte.

C'est un jugement du 29 juin 1999 qui, pour la première fois, a annulé « pour indisponibilité du signe » l'enregistrement d'une marque (Oce@net) sur le fondement d'un nom de domaine antérieur (<oceanet.fr>) ³⁶⁰⁶, au motif que le dépôt de la marque avait été effectué « en contravention avec les dispositions de l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle ». En l'espèce, les deux signes désignaient des services similaires. Cette solution a été réitérée à plusieurs reprises, les juges acceptant de faire prévaloir des noms de domaine sur des marques concurrentes déposées postérieurement ³⁶⁰⁷. Un nom de domaine Internet peut donc « constituer une antériorité au sens de l'article L 711-4 du Code de la propriété intellectuelle, sa protection résultant de l'usage qui en est fait, soit en pratique, de son exploitation effective » ³⁶⁰⁸.

Conformément aux principes combinés régissant le droit des marques et des noms de domaine, l'annulation d'une marque pour indisponibilité du signe suppose la réunion de six conditions. Il est nécessaire :

- que le nom de domaine soit distinctif, faute de quoi il n'est pas

protégé ³⁶⁰⁹ ;

- que les signes soient identiques ou similaires ;
- que les produits ou services qu'ils désignent soient identiques ou similaires ;
- que l'enregistrement de la marque soit de nature à créer un risque de confusion avec le nom de domaine antérieur ;
- que le nom de domaine soit effectivement exploité dans le domaine de spécialité en cause, par le biais d'un site web actif ³⁶¹⁰ visant le public de France ³⁶¹¹ ;
- et que cette exploitation effective soit antérieure au dépôt de la marque ³⁶¹².

En somme, pour reprendre la formulation de la cour d'appel de Paris dans l'arrêt relatif au nom de domaine <vie.com> ³⁶¹³, « si le nom de domaine, compte tenu notamment de sa valeur commerciale pour l'entreprise qui en est propriétaire, peut justifier une protection contre les atteintes dont il fait l'objet, encore faut-il que les parties à l'instance établissent leurs droits sur la dénomination revendiquée, l'antériorité de son usage par rapport au signe contesté et le risque de confusion que la diffusion de celui-ci peut entraîner dans l'esprit du public ».

Conformément à l'article L. 712-4 du Code de la propriété intellectuelle, les titulaires de noms de domaine ne bénéficient pas du droit de faire opposition à l'enregistrement d'une marque. Ils peuvent seulement formuler des observations auprès du directeur de l'INPI. En revanche, ils peuvent agir en nullité si une marque portant atteinte à leurs droits vient à être enregistrée. En matière de marques communautaires, à l'inverse, les titulaires de noms de domaine peuvent formuler une opposition à l'enregistrement, puisque l'article 8 du règlement n° 207/2009 ouvre cette possibilité aux titulaires d'autres « signes antérieurs utilisés dans la vie des affaires dont la portée n'est pas seulement locale ». Encore faut-il, évidemment, que les noms de domaine antérieurs remplissent cette dernière condition. Il est donc nécessaire, en particulier, que ces noms de domaines soient effectivement utilisés pour désigner des sites actifs ; ni le simple enregistrement d'un nom de domaine, ni la redirection vers un autre site, ne sauraient caractériser un usage dans la vie des affaires ³⁶¹⁴.

B. La protection *a posteriori* : l'application des règles de concurrence déloyale

1020 *Conditions de mise en œuvre* ◇ Indépendamment des règles du droit des marques, les noms de domaine exploités sont protégés, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, par l'application des règles de concurrence déloyale de droit commun ³⁶¹⁵. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle pour concurrence déloyale sont l'existence d'une faute commise par le tiers et d'un préjudice en résultant pour le titulaire du nom de domaine.

1021 *Nature de la faute : création d'un risque de confusion* ◇ En quoi consiste la faute ? Contrairement au droit des marques, elle ne peut résulter du seul fait de réserver ou d'utiliser un signe identique ou similaire, fût-ce dans le même domaine d'activité (par exemple, le fait d'enregistrer en <.com> un nom de domaine déjà réservé en <.net> ou <.fr>). En effet, ce raisonnement « repose sur une logique réelle d'empiétement et non sur une logique personnelle de démonstration d'une faute préjudiciable » ³⁶¹⁶ ; or, c'est bien la seconde qui s'impose en matière de noms de domaine.

En réalité, la faute réside dans la création d'un risque de confusion dans l'esprit du public ³⁶¹⁷, conformément aux règles de base régissant la concurrence déloyale ³⁶¹⁸. Le risque de confusion peut par ailleurs également caractériser une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L. 121-1 du Code de la consommation ³⁶¹⁹.

1022 *Appréciation du risque de confusion* ◇ Dans leur appréciation de l'existence d'un risque de confusion pour le public, les juges prennent en compte non seulement la similitude des signes en conflit ³⁶²⁰, mais également la similitude des domaines d'activité concernés ³⁶²¹ par ces signes, ainsi que la portée géographique respective de l'usage de chacun. Ainsi, l'imitation d'un nom de domaine par un autre nom de domaine « est constitutive d'un acte de concurrence déloyale en raison de l'identité de secteur d'activité et de secteur géographique qui engendre un fort risque de confusion pour la clientèle » ³⁶²². Les juges ont, par exemple, retenu l'existence d'un tel risque dans une affaire opposant le titulaire du nom de domaine <azurvilla.com> à l'utilisateur du nom postérieur <azurvilla.net>, dans la mesure où les deux signes étaient quasi identiques, et où leurs titulaires exerçaient dans le même secteur d'activité (agences immobilières), et à quelques kilomètres de distance l'un de l'autre ³⁶²³.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris ³⁶²⁴ a même sanctionné, sur ce fondement, des actes de « *position squatting* » consistant à réserver comme mot-clé auprès d'un prestataire de référencement les termes constitutifs du nom de domaine d'un tiers afin de faire apparaître les références d'un site web concurrent. Logiquement, le risque de confusion a été apprécié comme en matière de réservation de mots-clés constitués de marques ³⁶²⁵ : il a été constaté, en l'espèce, que l'usage du nom de domaine créait un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle dans la mesure où le lien vers le site concurrent, qui proposait des services identiques, apparaissait dans les résultats naturels, faisant ainsi croire aux internautes que les deux sites partageaient une même origine commerciale. En revanche, dès lors que « tout internaute comprend qu'un nom de domaine ouvre l'accès au site Internet sur lequel sont offerts à la vente les produits ou services promus par l'annonceur » ³⁶²⁶, l'usage du nom de domaine d'un tiers dans un outil d'indexation ne constitue pas un acte de concurrence déloyale ³⁶²⁷.

Il est donc nécessaire, une fois encore, de se référer à l'usage qui est fait des noms de domaine concernés. Lui seul permet en effet de comparer les spécialités en question et les territoires d'exploitation des signes, le risque de confusion ne pouvant résulter de la seule comparaison des noms de domaine. Ainsi la coexistence de noms de domaine proches, voire quasi identiques, tels que <www.ville-levallois.fr> et <levallois.tv> ³⁶²⁸, <www.la-plagne.com> et <plagne.com> ³⁶²⁹, ou encore <Issy.net> et <Issy.com>, a-t-elle été validée par les juges au motif que les diverses présentations des sites en conflit n'engendraient aucun risque de confusion. En d'autres termes, des chartes graphiques différentes peuvent conduire à écarter tout risque de confusion entre des sites web aux noms de domaine similaires ³⁶³⁰.

1023 ***Cas des noms de domaine non distinctifs : caractère***

inopportun de la protection ◇ Les noms de domaine non distinctifs, c'est-à-dire descriptifs ou génériques, peuvent-ils être protégés selon les mêmes règles ? La question s'est posée très tôt en doctrine et en jurisprudence. Elle est rendue possible par le principe de la validité de ces noms de domaine, que l'on a exposé plus haut ³⁶³¹.

De manière générale, la doctrine est d'avis que les noms de domaine descriptifs ou génériques ne doivent pas être protégés car ils ne remplissent aucune fonction distinctive ³⁶³². « Signes atrophiés » ³⁶³³, ils se

limitent à indiquer le contenu du site, et fonctionnent en ce sens comme de simples mots-clés. Or, la protection d'un signe descriptif ou générique aurait pour conséquence d'en interdire l'usage à tous les concurrents de son titulaire, alors que cet usage leur est pourtant nécessaire dans le cadre de leur activité. Pour la même raison que nul ne peut, par le biais de l'enregistrement d'une marque, se réserver un monopole sur un terme nécessaire, l'enregistrement d'un nom de domaine descriptif ou générique ne doit pas permettre à son titulaire d'interdire l'usage du terme à ses concurrents. En somme, la liberté du commerce et de l'industrie s'oppose à la protection de signes non distinctifs, la seule différence étant qu'en matière de marques, ce principe constitue un obstacle à l'enregistrement même, tandis qu'en matière de noms de domaine, il ne s'oppose pas à la validité, mais à la protection du signe. Là réside d'ailleurs le paradoxe des noms de domaine non distinctifs : signes à la valeur économique extrêmement forte, ils ne jouissent en revanche que d'une protection juridique très faible.

- 1024** *Cas des noms de domaine non distinctifs : mise en œuvre par les tribunaux* ◇ Dans un premier temps, les juges ont été tentés de faire bénéficier les noms de domaine non distinctifs d'une protection contre les signes voisins. Ainsi le juge des référés a-t-il sanctionné l'utilisation du nom de domaine <bois-tropicaux.com> au motif que le nom <boistropicaux.com> était déjà utilisé par un tiers ³⁶³⁴. Selon ce juge, « c'est vainement que les défendeurs font valoir que la réservation d'un nom de domaine ne serait génératrice d'aucun “droit privatif” et permettrait seulement de revendiquer une “antériorité”, alors qu'en réservant le nom de domaine <boistropicaux.com>, [son titulaire] s'est vu reconnaître un droit d'occupation sur ce terme, en vertu duquel [il] est en droit de s'opposer à toute réservation d'un nom de domaine quasi identique destinée à profiter indûment de sa notoriété et à générer une confusion. Pas davantage, les défendeurs ne sauraient valablement prétendre qu'aucune faute n'a été commise au motif que l'expression <boistropicaux> est insusceptible d'appropriation car il s'agirait d'une expression générique totalement dépourvue de distinctivité par rapport aux services proposés par l'association. En effet, à la différence d'un droit de marque qui, pour être valable, suppose que l'expression choisie soit distinctive par rapport aux produits et services visés, le droit sur le nom de domaine est un droit d'occupation, régi par la règle du “Premier

arrivé, premier servi”, sauf en cas de faute. En l'espèce, l'association Le Commerce du Bois est fondée à revendiquer un droit d'occupation sur cette expression, qui identifie parfaitement l'activité très spécialisée qu'elle entend exercer sur Internet et qu'elle a réservée depuis le 15 novembre 1999. La réservation par les défendeurs d'un nom de domaine quasi identique pour exploiter un site au contenu et aux objectifs similaires, a eu pour effet de brouiller volontairement l'adresse virtuelle que confère le nom de domaine pour que les internautes, ainsi trompés, arrivent non sur le site du titulaire légitime mais sur un site pirate ».

Mais cette décision a été infirmée en appel ³⁶³⁵ : la Cour a considéré que « la protection d'un terme descriptif, générique et nécessaire priverait, ce qui s'avère difficilement concevable, les tiers de son usage au moins sur Internet ; dans ces conditions il apparaît sérieusement contestable que le fait pour le déposant second de <bois-tropicaux.com> d'avoir réservé un nom de domaine quasiment identique à la formule première réservée, serait-ce pour un site au contenu et aux objectifs similaires, soit constitutif d'une faute pouvant fonder une action en concurrence déloyale qui ne peut protéger contre le risque de confusion qu'en cas de signe présentant un caractère d'originalité suffisant ». Ce raisonnement a été repris dans de multiples décisions ³⁶³⁶. Ainsi les tribunaux ont-ils refusé de protéger des noms de domaine descriptifs ou génériques tels qu'<hotels.fr> ³⁶³⁷, <armoirelit.com> ³⁶³⁸, <cmoinscher.fr> ³⁶³⁹, <servicesfuneraires.com> ³⁶⁴⁰, <argusauto.com> ³⁶⁴¹, <gay.fr> ³⁶⁴², <chambres-et-literie.fr> ³⁶⁴³, <hotelsdecharmetoulouse.com> ³⁶⁴⁴, <selection-biere.com> ³⁶⁴⁵, <mariagesencorse.com> ³⁶⁴⁶ ou encore <e-obseques.fr> ³⁶⁴⁷ contre des noms de domaine similaires, en l'occurrence <hotel.fr>, <armoirelit.com>, <cmoischer.fr>, <services-funeraires.com>, <argus.fr>, <gay.com> et <gay.net>, <chambreset-literie.com>, <hoteldecharmetoulouse.com> et <hotelsdecharmetoulouse.net>, <selection-biere.com>, <mariageencorse.com> ou encore <i-obseques-paris.fr>. Selon les juges, en choisissant des termes intégralement descriptifs, les titulaires de ces noms de domaines s'exposaient à retrouver les mêmes termes sur des sites concurrents.

En application du même raisonnement, la cour d'appel de Lyon ³⁶⁴⁸, approuvée par la Cour de cassation ³⁶⁴⁹, a, pour accorder une protection au nom de domaine <pneus-online.com>, rejeté l'argument selon lequel ce signe ne serait pas distinctif, et considéré que « le rapprochement des

noms “pneus” et “online” ne constituait pas un nom de domaine descriptif », de sorte que l'imitation de ce nom de domaine pour désigner une activité identique constituait bien un acte de concurrence déloyale.

1025 *Opportunité du refus de protection des noms de domaine non distinctifs* ◇ Ces décisions doivent être approuvées, en ce qu'elles

permettent de laisser des termes descriptifs et génériques à la disposition de tous les opérateurs : comme l'a indiqué la Cour de cassation à propos du nom de domaine <gay.fr>, « le terme banal et commun Gay peut être utilisé par un tiers au sein d'un nom de domaine dans le but d'identifier la clientèle à laquelle s'adresse le site correspondant » ³⁶⁵⁰.

Pour la même raison, on peut critiquer les quelques décisions, plus anciennes, qui avaient accordé une protection à des noms de domaine non distinctifs tels que <alsaceimmo.com> ³⁶⁵¹, <annonces-vacances.com> ³⁶⁵², <hotellerie.fr> ³⁶⁵³ ou encore <tarifdouanier.com> ³⁶⁵⁴, argument pris de l'existence d'un risque de confusion entre les signes. En effet, une telle solution méconnaît le fait que ces noms de domaine ne fonctionnent pas comme des signes distinctifs, mais comme de simples mots-clés. Comme l'a indiqué très clairement la cour d'appel de Paris dans l'affaire <servicesfuneraires.com> ³⁶⁵⁵, les noms de domaine descriptifs ou génériques « ne permettent pas l'identification d'une entreprise particulière ». Il en résulte que leur reprise ne peut, en soi, provoquer un risque de confusion dans l'esprit du public, pas davantage que ne le fait l'usage du terme « boulangerie » sur les devantures de tous les commerces de pain ³⁶⁵⁶. Protéger les noms de domaine non distinctifs est, en ce sens, contraire non seulement au principe de libre concurrence, mais également à l'esprit même du fonctionnement de ce type de signes.

1026 *Tempérament au principe : manœuvres déloyales* ◇ Si

l'utilisation d'un nom de domaine générique est en principe libre pour les concurrents désireux de promouvoir leur propre activité commerciale, il convient d'introduire un tempérament à cette règle dans l'hypothèse où à cet usage s'ajoutent des manœuvres particulières caractérisant la déloyauté du concurrent. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'imitation d'un nom de domaine s'accompagne d'une reprise du contenu du site correspondant, ou encore d'une mention de nature à créer un risque de confusion dans l'esprit des internautes. Ainsi les juges ont-ils sanctionné l'usage du nom de domaine <annonces-bateau.fr> dans la mesure où le

site associé entretenait volontairement le risque de confusion avec le nom de domaine antérieur <annoncesbateau.fr> par la mention « n° 1 des petites annonces de bateau sur Internet », quand le site antérieur faisait figurer, quant à lui, la mention « n° 1 depuis 24 ans » ³⁶⁵⁷.

Tel est également le cas lorsque le concurrent multiplie les réservations de noms imitant un nom de domaine descriptif afin de « détourner artificiellement à son profit le flux économique généré par la valeur propre » du nom de domaine imité ³⁶⁵⁸. Ainsi a-t-il été jugé que l'exploitation des noms de domaine <2xmoinscher.fr>, <2moinscher.fr> et <2xmoinscheres.com> constituait un acte de concurrence déloyale à l'égard du titulaire du nom de domaine <2xmoinscher.com>, dans la mesure où ces noms de domaine ne servaient qu'à renvoyer vers le site du titulaire du nom de domaine imité, par le biais d'un site publicitaire et d'un service d'affiliation ³⁶⁵⁹. La faute réside ici dans la captation parasitaire du trafic publicitaire attaché au nom de domaine antérieur.

De même, un arrêt rendu le 5 octobre 2011 par la cour d'appel de Douai ³⁶⁶⁰ illustre parfaitement les règles applicables à la protection d'un nom de domaine descriptif. Dans cette affaire, la Cour a indiqué que le titulaire du nom de domaine <selection-biere.com> ne pouvait prétendre voir interdire à un concurrent d'utiliser le nom <selectionbiere.com>, au motif que ni les termes « sélection » et « bière », ni leur association, ne présentaient de caractère distinctif par rapport à l'objet des sites désignés, si bien qu'il ne pouvait être fait grief aux intimés d'en avoir fait usage. En revanche, elle a jugé qu'en multipliant la réservation de noms de domaine « satellites », tels que <misterbiere.com>, <in2beers.com>, <mister-biere.com>, <esprit-biere.com>, <couleur-biere.com>, <couleursbieres.com> ou encore <monsieurbiere.com>, renvoyant tous à l'aide d'une simple page web contenant des liens hypertextes vers le site principal <saveur-biere.com>, qui se trouvait de ce fait placé en tête des moteurs de recherche, les défendeurs avaient « commis des actes de concurrence déloyale en privant le site appartenant [au titulaire du nom de domaine <selectionbiere>], qui exerce dans le même secteur d'activité, d'être normalement visité ». Ainsi la concurrence déloyale n'est-elle pas constituée par la simple reprise d'un nom de domaine descriptif, mais par des éléments annexes qui témoignent d'une faute de la part de leur auteur.

TROISIÈME PARTIE

LE CONTENTIEUX

TITRE 1 **LA PROTECTION DES LIBERTÉS**

TITRE 2 **LES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ**

TITRE 3 **LITIGES ET DIFFÉRENDS DANS L'ESPACE
INTERNATIONAL**

TITRE 1

LA PROTECTION DES LIBERTÉS

CHAPITRE 1 LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES ET DE LA VIE PRIVÉE

CHAPITRE 2 LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET SES LIMITES

CHAPITRE 3 L'USAGE DES NOUVELLES TECHNOLOGIES SUR LE LIEU DU TRAVAIL

1027 Le développement des nouvelles technologies offre de formidables opportunités à nos sociétés modernes, en ce qu'il facilite la communication à l'échelle mondiale et l'accès à l'information. Son essor est cependant source d'importants contentieux. Cette libéralisation des échanges s'avère en effet potentiellement attentatoire aux données personnelles et à la vie privée (Chapitre 1). Si la liberté d'expression semble par ailleurs sans limite sur Internet, il ne faut pas se laisser tromper par cette impression première, aucun droit n'étant absolu. Le cyberspace ne doit être considéré comme une zone de non-droit et la liberté d'expression doit dès lors s'exercer dans le respect de ses limites (Chapitre 2). L'usage des nouvelles technologies sur le lieu du travail est enfin vecteur d'atteintes aux droits fondamentaux des salariés impliquant une évolution des conflits avec l'employeur (Chapitre 3).

CHAPITRE 1

LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES ET DE LA VIE PRIVÉE

Section 1. TECHNIQUES DES ACTIVITÉS NUMÉRIQUES ET DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

§ 1. **Les risques liés aux procédés utilisés**

- A. L'utilisation des cookies
- B. L'utilisation des spams
- C. La commercialisation des données

§ 2. **Les risques liés à l'usage des données de connexion et aux adresses IP**

- A. Les données de connexion ou données de communication
- B. L'adresse IP

Section 2. LE DROIT SPÉCIAL DE LA PROTECTION DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

§ 1. **Le dispositif de protection**

- A. Le dispositif national
- B. Les dispositifs européens et internationaux

§ 2. **Les droits de la personne dont les données sont collectées**

- A. Un nécessaire consentement préalable
- B. Les droits de la personne dont les données sont collectées :
de l'accès à l'oubli

§ 3. **Les obligations du responsable du traitement**

- A. Le respect des formalités préalables
- B. Les obligations relatives à la collecte et aux traitements
des données

Section 3. LE DROIT COMMUN DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

- A. Le droit au respect de la vie privée
- B. Le droit à l'image

1028 *Introduction* ◇ De manière plus ou moins consciente, l'internaute est aujourd'hui amené à divulguer un nombre important de données personnelles et ainsi dévoiler sa vie privée. Ce phénomène s'est accru avec la seconde vague du succès d'Internet, dite le web social ou le web 2.0. Internet n'est plus un espace passif dans lequel le consommateur ou l'administré vient seulement consulter une information. La toile est devenue interactive, l'internaute participant aujourd'hui à l'enrichissement du contenu. Par le biais des réseaux sociaux, il est également en mesure d'échanger avec le monde entier.

Les informations fournies, par exemple lors de la création d'un profil, s'avèrent de plus en plus variées et intimes. On est loin de la simple divulgation des coordonnées de la personne. Celui qui surfe sur le Net communique aujourd'hui des données sur ses comportements sociaux, ses préférences politiques ou sexuelles ou encore sur sa santé. De nombreuses informations communiquées font par ailleurs l'objet d'un fichage. Les données divulguées échappent ainsi souvent à leur propriétaire pour être ensuite retraitées à des fins commerciales.

L'usage d'Internet est donc l'occasion d'une incroyable et dangereuse collecte d'informations sur la personne de l'internaute. Le *Big Data*, terme utilisé pour caractériser ce nouveau phénomène, désigne à la fois l'abondance des données numériques à disposition des opérateurs ainsi que les techniques développées pour les traiter ³⁶⁶¹. Le Groupe de travail de l'article 29 ³⁶⁶², constitué des différentes commissions nationales informatique et libertés, a adopté le 2 avril 2013 un avis sur ce phénomène ³⁶⁶³. Le terme de *Big data*, fréquemment utilisé mais peut-être pas toujours maîtrisé ³⁶⁶⁴, serait apparu en 2008 sous la plume des analystes du cabinet d'études américain Gartner. Chaque minute seraient produits dans le monde 200 millions de mails, 15 millions de SMS et 350 000 tweets ³⁶⁶⁵. Ces données sont caractérisées par leur volume, leur variété et leur vélocité, ces qualités étant désignées par la règle des 3 V.

Le *Big data* est favorisé par le nouveau phénomène d'*Open data* qui consiste en un mouvement d'ouverture et de libre accès des données numériques publiques ou privées ³⁶⁶⁶. Ces données sont produites par une collectivité ou un service public et mises à disposition de la société civile afin que celle-ci s'en saisisse, les enrichisse, les modifie ou les

interprète en vue de coproduire des informations d'intérêt général. Les données à caractère personnel (données fiscales ou patrimoniales, etc.) et celles dont la publication contrevient à la loi (secret médical, secret de la défense nationale, secret statistique, secret des affaires, etc.) ne sont évidemment pas acceptées sur cette plateforme. Les données de santé sont potentiellement concernées par ce phénomène, leur mise à disposition étant susceptible de permettre de belles avancées dans le domaine notamment de l'épidémiologie ³⁶⁶⁷ ou d'améliorer le pilotage de notre système de santé. Cependant les dangers d'un libre accès à ces données particulièrement sensibles incitent pour l'heure l'actuelle ministre de la Santé à s'y opposer.

Si les Français ont quelque peu tardé à prendre conscience de ce phénomène de diffusion et de récupération des données à caractère personnel, ils en ont aujourd'hui pleinement pris la mesure, à tel point que 75 % craignent aujourd'hui que leurs informations laissées sur Internet fassent l'objet d'un usage ultérieur ³⁶⁶⁸.

Face à cette réalité deux courants de pensée s'opposent. Certains, dévots de la toile qui communient dans le culte d'un monde où le Net resterait une zone de non-droit, considèrent qu'il s'agit là du prix à payer pour que s'exerce le sacro-saint principe de la libre circulation de l'information. D'autres, défenseurs d'une liberté de surfer respectueuse des règles de Droit, estiment au contraire qu'il s'avère impératif de protéger l'individu contre l'usage de ses données personnelles. Les législations qui réglementent le Net doivent donc s'efforcer de concilier ces deux conceptions.

Une autre opposition d'idée est relative à la problématique de l'anonymat sur la toile. Un premier impératif implique qu'Internet reste un espace de liberté où quiconque doit être en mesure de surfer ou de bloquer sans avoir à dévoiler son identité. À l'inverse, existe un impérieux besoin d'identification des internautes afin de pouvoir réprimer les auteurs de propos répréhensibles. Là encore un équilibre doit être trouvé...

Un dernier paradoxe existe, cette fois relatif au phénomène d'exposition, voire d'exhibition, de la vie privée sur Internet. Autre fois les jeunes filles en fleurs écrivaient dans un journal intime qu'elles conservaient précieusement sous clef. Aujourd'hui, elles continuent d'écrire mais sous forme de blog et ainsi leurs pensées sont rendues publiques et largement diffusées. D'autres font le choix de filmer des scènes de leur vie quotidienne et mettent ces images à disposition de qui

veut bien les regarder. Certains, abusant de la webcam, étalent même leur intimité aux voyeuristes en se filmant 24 heures/24. Faisant état de ce nouveau phénomène de surexposition de la vie privée, un auteur propose un néologisme : « l'extimité » ³⁶⁶⁹.

Il n'est évidemment pas ici question de la violation des droits de ces internautes, ceux-ci étant eux-mêmes à l'origine de la diffusion de leur vie privée. Le propos consiste seulement à souligner le caractère paradoxal de ces comportements à une époque où le dispositif de protection de la personne n'a jamais été aussi complet. Ce phénomène doit attirer notre attention sur le fait qu'il s'avère peut-être présomptueux de chercher à trop réglementer Internet qui doit aussi rester un espace de liberté. Mais il montre également l'importance de la mise en place de campagnes pédagogiques spécialement à destination des adolescents. La Commission nationale informatique et libertés (Cnil) œuvre d'ailleurs dans ce sens en tendant de faire reconnaître l'éducation numérique comme grande cause nationale en 2014.

Le dispositif de protection des données personnelles et de la vie privée doit donc s'attacher à concilier les différents impératifs et constats contradictoires susmentionnés.

1029 *Subdivisions* ◇ Si les données personnelles font partie intégrante de la vie privée, leur régime de protection relève cependant d'un dispositif législatif (Section 2) autonome et distinct de celui de la vie privée (Section 3).

Avant de présenter ces deux systèmes, il s'avère utile de mesurer les risques que font courir les nouvelles technologies de l'information et de la communication à la vie privée et aux données à caractère personnel (Section 1).

SECTION 1. TECHNIQUES DES ACTIVITÉS NUMÉRIQUES ET DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

1030 *Subdivisions* ◇ Ces risques ont plusieurs sources. Ils peuvent tout d'abord provenir des procédés utilisés par les différents opérateurs ou prestataires de services sur Internet (§ 1). Le danger peut également résulter des données elles-mêmes, de part les « traces » que laissent

toutes connexions (§ 2).

§ 1. Les risques liés aux procédés utilisés

- 1031** *Présentation* ◇ Les données personnelles et la vie privée sont susceptibles d'être mises en danger par l'utilisation des cookies (A) et des spams (B), de même que par le procédé de commercialisation des données (C).

A. L'utilisation des cookies

- 1032** *Subdivision* ◇ Il convient de présenter les cookies (1) afin de déterminer la réglementation qui leur est applicable (2).

1. Les cookies

- 1033** *Fonction des cookies* ◇ Les cookies sont des témoins de connexion. Il s'agit de fichiers installés sur le disque dur de l'ordinateur de l'utilisateur. Ils sont très utiles, voire indispensables à la navigation, en ce qu'ils permettent au serveur web de reconnaître l'internaute lorsque celui-ci accède à un site ou passe d'une page web à l'autre. Ce moyen d'identification évite à l'utilisateur de devoir ressaisir ses données ou d'exprimer à nouveau ses choix et préférences communiqués lors de sa première visite. Ils permettent ainsi d'accéder à une page personnelle, aux commandes ou panier d'achats. Il est ici plus spécialement question de la catégorie des « cookies de navigation ». D'autres, plus gênants, appelés « cookies comportementaux » visent à récupérer les habitudes de navigation des internautes afin de leur proposer des publicités conformes à leurs préférences. Ces témoins de connexion, permettant l'élaboration de publicités ciblées, peuvent rendre la navigation pénible et surtout être perçus comme une violation de l'intimité. Ils constituent en effet des espaces de stockage des informations personnelles communiquées par l'utilisateur, le risque résultant alors de l'utilisation, plus au moins correcte, que peut en faire ensuite le site. Les cookies sont donc de véritables mouchards de connexion dont la présence peut devenir gênante, voire attentatoire à la vie privée.

1034 *Usage par les opérateurs* ◇ La difficulté résulte également dans le fait que les cookies sont souvent envoyés à des internautes qui n'en comprennent pas vraiment le fonctionnement, les acceptent sans en avoir véritablement conscience et sans connaître leur devenir. L'expédition peut également se faire de manière insidieuse aux moyens de logiciels espions, appelés web *bugs*, qui entrent dans le terminal de l'utilisateur à son insu afin de collecter et stocker des informations le concernant.

Le nombre de cookies envoyés par un serveur est heureusement réglementé, de même que leur taille qui conditionne leur capacité de stockage.

La quasi-totalité des navigateurs (Internet explorer, Google chrome, Firefox) offre la possibilité de limiter ces cookies. Des logiciels permettent également d'empêcher l'installation des cookies publicitaires. Un certain niveau de maîtrise de l'outil informatique est cependant requis pour comprendre le langage technique utilisé lors de l'explication des manœuvres à effectuer.

Si les cookies ne sont donc pas dangereux en eux-mêmes, ils peuvent cependant le devenir selon l'usage qui en est fait, l'internaute devant veiller à ne pas multiplier la délivrance d'informations personnelles.

2. Réglementation

1035 *Directive et transposition* ◇ La matière est spécialement régie par une directive du 12 juillet 2002 ³⁶⁷⁰ ayant fait l'objet d'une importante modification par une autre directive du 25 novembre 2009 ³⁶⁷¹. La transposition de ce dernier texte européen a été réalisée en France par une ordonnance du 24 août 2011 ³⁶⁷².

Ce dispositif détaille la légalité du procédé, l'information devant être transmise à l'internaute de même que les exigences relatives au consentement de ce dernier.

1036 *Légalité des cookies* ◇ Le considérant 24 de la directive de 2002 dispose que « l'équipement terminal de l'utilisateur d'un réseau de communications électroniques ainsi que toute information stockée sur cet équipement relèvent de la vie privée de l'utilisateur, qui doit être protégée au titre de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or, les logiciels espions, les

pixels invisibles (web *bugs*), les identificateurs cachés et les autres dispositifs analogues peuvent pénétrer dans le terminal de l'utilisateur à son insu afin de pouvoir accéder à des informations, stocker des informations cachées ou suivre les activités de l'utilisateur, et peuvent porter gravement atteinte à la vie privée de ce dernier. L'utilisation de tels dispositifs ne devrait être autorisée **qu'à des fins légitimes**, et en étant portée à la connaissance de l'utilisateur concerné ».

La technique des cookies est donc légale uniquement si elle est réalisée à des « fins légitimes ». Reste alors à définir ce qu'il faut entendre par ces termes.

Le considérant 25 de cette même directive indique que pourront être considérés comme tels « les cookies permettant d'évaluer l'efficacité de la conception d'un site et de la publicité faite pour ce site ». De tels outils sont en effet indispensables au *webmaster* pour faire évoluer son outil de communication. Sont également concernés ceux qui permettent « l'identité des utilisateurs effectuant des transactions en ligne »³⁶⁷³. La directive donne enfin comme exemple de cookies utiles et légitimes ceux destinés à « faciliter la fourniture de services de la société de l'information ». Le texte vise alors les cookies aidant à la navigation de l'internaute par mémorisation de certaines de ses informations personnelles.

1037 *Information de l'internaute* ◇ Le considérant 25 de la directive précitée conditionne encore la validité du recours aux cookies au fait que « les utilisateurs se voient donner des informations claires et précises, conformément à la directive 95/46/CE, sur la finalité des témoins de connexion ou des dispositifs analogues de manière à être au courant des informations placées sur l'équipement terminal qu'ils utilisent ». « Les utilisateurs devraient en outre avoir la possibilité de refuser qu'un témoin de connexion ou un dispositif similaire soit placé sur leur équipement terminal ».

L'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 prévoit déjà dans le même sens que doit être donnée une « information claire et complète » sur la finalité « de toute action tendant à accéder, par voie de transmission électronique, à des informations stockées dans le terminal de connexion ». L'information doit également porter sur les moyens dont la personne « dispose pour s'y opposer ».

Ces dispositions tant européennes que nationales sont louables, en ce

qu'elles visent à garantir une bonne information de l'internaute et permettent l'expression d'un droit d'opposition. Les modalités de la délivrance de cette information risquent cependant de poser difficultés. En effet, de nombreux internautes méconnaissent encore l'existence des cookies, de même que leur utilité ou l'usage abusif qui peut en être fait. Dès lors, le message informatif délivré par le *webmaster* leur semblera abscons et ils seront susceptibles d'accepter l'installation de cookies sans véritablement en comprendre les incidences. On déplore aussi le fait que l'information soit fréquemment délivrée en anglais. La pratique montre aussi qu'une réponse négative à la sollicitation du *webmaster* conduit parfois à un refus d'accès au site. Enfin, les internautes désireux de désactiver les cookies en place sont bien souvent confrontés à un défaut de connaissance sur les modalités techniques de cette manœuvre, les responsables de site se contentant d'indiquer que cette démarche doit être opérée par le biais d'un paramétrage du navigateur utilisé.

1038 *Consentement de l'internaute* ◇ Cette directive de 2002 traite également du consentement de l'internaute relativement à l'installation des cookies. Sur ce point la réglementation a considérablement évolué.

Le considérant 25 indiquait initialement que « les utilisateurs devraient avoir la possibilité de refuser qu'un témoin de connexion ou un dispositif similaire soit placé sur leur équipement ». Le régime juridique des cookies fonctionnait dès lors sur la logique de *l'opt-out*. Dans un tel système le consentement de l'internaute est présumé, celui-ci n'ayant que la possibilité d'exprimer son refus à l'envoi des cookies. Cette disposition manquait cependant d'effectivité, l'internaute ne saisissant pas toujours l'opportunité qui lui est offerte, faute de compréhension. Ce d'autant plus que l'information relative à ce droit d'opposition est fréquemment noyée dans les conditions générales d'utilisation du site, celles-ci ne faisant en outre que très rarement l'objet d'une lecture attentive mais plutôt d'une expéditive acceptation par le biais d'un simple « clic ».

Par le biais de la directive 2009/136 de novembre 2009, les instances européennes ont largement réformé le régime juridique des cookies ³⁶⁷⁴. L'ancien article 5 de la directive de 2002 a été remplacé par les termes suivants : « Les états membres garantissent que le stockage d'informations, ou l'obtention de l'accès à des informations déjà stockées, dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur

n'est permis qu'à condition que l'abonné ou l'utilisateur ait donné son accord, après avoir reçu, dans le respect de la directive 95/46/CE, une information claire et complète, entre autres sur les finalités du traitement » ³⁶⁷⁵. Si les exigences en termes d'information n'ont pas évolué, tel n'est pas le cas de celles relatives au consentement. Ce nouveau dispositif a en effet inversé la logique du régime juridique des cookies, abandonnant l'ancienne technique de *l'opt-out* pour adopter celle de *l'opt-in*.

Ce nouveau système impose à l'expéditeur de cookies de recueillir le consentement préalable de l'internaute avant de pouvoir implanter des témoins de connexion dans son ordinateur. Concrètement, il ne s'agit plus ici d'exprimer son refus à l'envoi d'un cookie déjà présent mais d'être préalablement sollicité pour en autoriser l'installation.

La directive de 2009 a prévu que ces dispositions devaient être transposées au plus tard le 25 mai 2011. Si la France tarda un peu, ce fut chose faite par l'ordonnance du 24 août 2011 ³⁶⁷⁶, ratifiée par le Parlement ³⁶⁷⁷. Ce texte a ajouté un paragraphe à l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978. Il est dorénavant spécifié que « ces accès (à des informations déjà stockées dans l'équipement terminal de communications électroniques) ou inscriptions (d'informations dans cet équipement) ne peuvent avoir lieu qu'à condition que l'abonné ou la personne utilisatrice ait exprimé, après avoir reçu l'information, son accord... ».

1039 « *Opt-in* » ◇ Cette réforme a indiscutablement accru le niveau de protection de l'internaute vis-à-vis des cookies, même si l'efficacité du dispositif reste conditionnée à la bonne compréhension de celui qui accepte de nouveaux témoins de connexion. Ce d'autant plus que la directive autorise que l'information sur les cookies et leurs modalités de refus soit délivrée en une seule fois et qu'elle vaille pour toutes les connexions ultérieures. Il est vrai qu'une sollicitation trop fréquente de l'internaute nuirait à la fluidité de la navigation mais cette solution suppose de bien prendre la mesure de l'accord initial donné.

Il faut noter que ce nouveau régime ne concerne pas tous les cookies, certains restant régis par la logique de *l'opt-out*. Deux exceptions, déjà prévues par l'article 32 II de la loi du 6 janvier 1978, ont en effet été maintenues. Le système de *l'opt-in* ne s'applique donc pas à deux catégories de cookies. Il s'agit de ceux dont « la finalité exclusive est de

permettre ou de faciliter la communication électronique » et ceux qui sont « strictement nécessaires à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur ». Si c'est deux catégories peuvent sembler quelque peu floues, les termes utilisés (« strictement nécessaire » et « finalité exclusive ») indiquent cependant que ces exceptions doivent être restrictivement appréciées. Sont ici visés les cookies considérés comme indispensables au fonctionnement du site, ce qui est, on le rappelle, leur finalité première. Ainsi par exemple, le consentement préalable ne sera pas requis pour les cookies nécessaires à la création de paniers d'achats, ni pour les cookies uniquement destinés à la sécurité d'un service demandé par l'utilisateur, ni encore pour ceux permettant d'enregistrer les préférences pour la fourniture d'un service (par exemple la langue utilisée.) La question s'est posée pour les témoins de connexion qui ont pour objet de réaliser des mesures d'audience. Ces outils permettent aux *webmasters* de surveiller la fréquentation de leur site et de l'améliorer en mettant en avant les contenus les plus demandés par les internautes. Considérant que ces cookies étaient susceptibles d'améliorer le service rendu et n'étaient pas de nature à porter atteinte à la vie privée, la Commission Nationale Informatique et Libertés (Cnil) a considéré qu'ils pouvaient entrer dans le régime des exceptions susvisées ³⁶⁷⁸. Il importe de préciser que l'expéditeur de ces cookies, restés soumis au régime de l'*opt-out*, est néanmoins tenu de respecter l'obligation d'information relative à l'installation de témoins de connexion.

1040 *Mise en œuvre de l'« Opt-in »* ◇ La mise en œuvre de ce nouveau régime de l'*opt-in*, applicable aux cookies non concernés par les deux exceptions susmentionnées, pose d'importantes interrogations pratiques chez les opérateurs. Est tout particulièrement mise en avant la problématique de la fluidité de la navigation qui risque d'être compromise par la nouvelle exigence du consentement préalable. Se pose également la question des modalités d'expression du consentement, celles-ci n'ayant été explicitées par aucun texte. En outre, le fonctionnement des navigateurs ne permet pas toujours le respect de la législation, un certain nombre d'entre eux permettant aux opérateurs d'Internet la mise en place de cookies par défaut. Enfin, le refus d'installation des cookies peut poser difficultés lorsque la fonctionnalité du site en est compromise.

L'expérience de tout utilisateur novice suffit par ailleurs à démontrer l'imperfection du système, la navigation semblant bien continuer de se réaliser, et ce même depuis août 2011, sans qu'aucune demande explicite et préalable d'installation de cookies ne soit faite. À moins que des accords soient donnés sans aucune conscience de le faire, ce qui s'avère tout aussi problématique.

Si le système a été, en théorie, incontestablement amélioré, des ajustements semblent encore nécessaires pour que l'internaute moyen, et non le spécialiste en informatique, en ressente les effets pratiques. Cette adaptation doit se faire sans attendre, aucune phase de transition n'ayant été prévue pour l'entrée en vigueur du nouveau dispositif. Il importe donc que les opérateurs prennent rapidement les mesures utiles car rappelons que tout manquement à la loi du 6 janvier 1978 est susceptible de tomber sous le coup des articles 226-16 et suivants du Code pénal prévoyant des sanctions pouvant aller jusqu'à 5 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende.

La pratique des *webmasters* anglais pourrait ici utilement nous inspirer. Outre-manche, de nombreux sites affichent en effet un large bandeau sur leur page d'accueil interrogeant explicitement l'internaute sur leur accord à être ou non suivis par les publicitaires lors de leur navigation.

Viennent ici d'être exposés les risques que les cookies sont susceptibles de faire courir à la vie privée, de même que les différents moyens pour protéger l'internaute. Voyons à présent le dispositif mis en place contre un autre procédé : les spams.

B. L'utilisation des spams

1041 *Subdivision* ◇ Il convient tout d'abord de présenter le spam (1), pour déterminer ensuite la réglementation qui lui est applicable (2).

1. Le spam

1042 *Notion* ◇ Le spam est une communication électronique, souvent anonyme, non sollicitée, envoyée via la messagerie Internet et susceptible de polluer les réseaux de communications électroniques. Les études sur le nombre de spams varient, mais un chiffre semble s'imposer : plus de 90 % des messages échangés sur le Net seraient des

spams.

Faisant usage « d'aspirateur de mails » ou de « robot-mails » réalisant des opérations de captage automatiques et irrégulières sur les différents services Internet (web, forum ou chat.), les opérateurs commerciaux constituent à moindre coût des fichiers d'adresses électroniques et donc de prospects qu'ils exploitent ensuite par le biais d'opération de spamming.

Cette technique est actuellement en passe de contaminer les téléphones mobiles par le biais des « *blue spams* ». Il s'agit de messages électroniques envoyés, au moyen du réseau Bluetooth, sur les téléphones portables passant à proximité d'un émetteur. Cette pratique, dont aucun texte ou code de déontologie ne s'est pour l'heure saisi, deviendra problématique dans un contexte de développement des panneaux électroniques de publicité urbaine équipés d'un dispositif d'envoi Bluetooth ³⁶⁷⁹.

1043 *Origine du terme* ◇ Avant de présenter la réglementation relative à la technique du spamming, ou poly-postage en français, une précision sur l'origine du mot *spam* peut être amusante à donner. Ce terme est inspiré d'un sketch des Monty Python, groupe d'humoristes britanniques ayant sévi dans les années 70. Dans l'une de leurs scénettes, ils parodiaient une publicité pour un pâté en boîte épicé dénommé « Spiced Ham » et désigné par son acronyme Spam. La publicité de ce produit était très répétitive, voire lassante, le nom de la marque étant répété à de nombreuses reprises. S'inspirant de ce spot publicitaire, ils ont construit un sketch dans lequel une serveuse présente un menu en répétant le mot « spam » un nombre impressionnant de fois, tout le repas étant finalement réalisé à partir de ce jambon épicé. Les internautes se sont dès lors emparés de ce terme pour caractériser les nombreux messages publicitaires, répétitifs et lassants, que chacun reçoit sur sa messagerie électronique.

Plus récemment, et reprenant cette idée de pollution, sont apparus les termes de « pourriel », proposant une contraction des mots « poubelle » et « courriel », et de « pollurriel » visant à la fois les mots « pollution » et « courriel ».

Le spam constitue donc un fléau d'Internet et spécialement des messageries électroniques. La réglementation tant française qu'européenne a tenté de normaliser cette pratique en mettant en place

un régime rigoureux et répressif qui s'avère malheureusement assez largement inefficace.

2. Réglementation ³⁶⁸⁰

1044 *Spamming et vie privée* ◇ L'analyse du spamming est bien en relation avec la protection de la vie privée et des données personnelles. La technique du spamming suppose en effet, en préalable à l'envoi du courriel indésirable, une collecte d'adresses mails. Or, comme cela a été reconnu par la Cnil dès 1999 dans l'un de ses rapports consacré au publipostage électronique ³⁶⁸¹, celles-ci doivent s'analyser en des données à caractère personnel.

1045 *Régime juridique* ◇ Le régime juridique des spams est lui aussi défini par la directive du 12 juillet 2002 ³⁶⁸². Ce texte a été transposé en droit français par la loi pour la confiance dans l'économie numérique (loi LCEN) du 21 juin 2004 ³⁶⁸³. L'article 13.1 ³⁶⁸⁴ de cette directive a inspiré l'article L. 34-5 ³⁶⁸⁵ du Code des postes et des communications électroniques modifié par cette loi de transposition. Cet article a été intégré dans une section relative à la « protection de la vie privée des utilisateurs de réseaux et services de communications électroniques ». Il interdit « la prospection directe au moyen de systèmes automatisés d'appel ou de communication, d'un télécopieur ou de courriers électroniques utilisant les coordonnées d'une personne physique, abonné ou utilisateur, qui n'a pas exprimé préalablement son consentement à recevoir des prospections directes par ce moyen ». Il est donc ici fait usage de la logique de l'*opt-in* qui suppose de recueillir le consentement préalable du destinataire avant tout envoi de message électronique. Au regard des pratiques actuelles cette solution à de quoi surprendre mais le principe posé est bien celui-là : aucun courriel indésirable ne devrait parvenir à l'utilisateur d'une messagerie Internet s'il ne l'a pas autorisé !

On précise que ce texte ne vise que les personnes physiques ³⁶⁸⁶, les personnes morales bénéficiant seulement du régime de l'*opt-out*. Ces dernières sont donc susceptibles d'être librement démarchées dès lors que la possibilité leur est donnée d'exprimer leur opposition. Afin d'accroître leur protection, les États membres doivent s'organiser pour que ces personnes morales puissent s'enregistrer dans des registres leur permettant de s'opposer de manière générale à la réception de toutes

communications commerciales non autorisées, les prospecteurs étant alors tenus de consulter ces registres et de respecter le refus exprimé.

La situation des internautes vis-à-vis des spams, est évidemment différente s'ils ont accepté d'intégrer un fichier clients, de recevoir les publicités d'un opérateur ou s'ils sont entrés dans une relation contractuelle et ont communiqué à cette occasion leur adresse électronique³⁶⁸⁷. L'expéditeur de la publicité est alors exclusivement tenu par la logique de l'*opt-out*, qui l'oblige seulement à prévenir le récepteur de la possibilité d'exprimer son souhait de ne plus recevoir de messages.

1046 *Spam et publicité autorisée* ◇ Il s'avère essentiel de ne pas confondre les spams, que sont les messages publicitaires non autorisés, avec les nombreuses publicités reçues sur les boîtes mails et expédiées dans le cadre d'un accord préalable, plus ou moins conscient, donné par l'internaute. Lors de l'adhésion à une carte de fidélité, le consommateur doit par exemple être vigilant et cocher la case indiquant qu'il ne souhaite pas recevoir les offres commerciales de son contractant ou celles de ses partenaires. Le spam ne doit pas non plus être confondu avec une opération de prospection électronique régulière. En l'état actuel du Droit et au regard de la loi du 6 janvier 1978, une telle opération est légale si elle satisfait aux exigences applicables en la matière : loyauté de la collecte de l'adresse mail, déclaration du fichier servant de base à l'opération et possibilité pour la personne démarchée d'exercer son droit d'opposition³⁶⁸⁸.

Pour tout envoi de message publicitaire à des personnes physiques, l'article L 34-5 alinéa 5 du Code des postes et des communications électroniques prévoit que l'expéditeur doit « indiquer des coordonnées valables auxquelles le destinataire peut utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent ». Le texte mentionne également l'interdiction « de dissimuler l'identité de la personne pour le compte de laquelle la communication est émise et de mentionner un objet sans rapport avec la prestation ou le service proposé »³⁶⁸⁹. Seront donc considérées comme un spam toutes expéditions de messages réalisées en violation de ces règles. Doivent évidemment être également sanctionnées les nouvelles pratiques qui consistent à usurper l'identité de contacts de l'agenda de la messagerie de l'internaute afin d'inciter ce dernier à ouvrir le mail.

1047 Répression du spamming ◇ Afin de lutter contre la pratique du spamming, plusieurs dispositifs peuvent être mis en œuvre. La répression repose essentiellement sur l'article 226-18 du Code pénal qui dispose, dans une section relative aux atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques, que « le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende ». L'expéditeur de spams tombe aisément sous le coup de cette incrimination, un tel envoi supposant un captage préalable et irrégulier d'adresses électroniques qui, on le rappelle, doivent être considérées comme des données à caractère personnel. Le fraudeur est également passible de l'amende mentionnée à l'article R-10-1 du Code des postes et communications électroniques qui sanctionne le non-respect du principe de l'*opt-in* posé à l'article L. 34-5 précité. Il encourt alors la peine prévue pour les contraventions de la quatrième classe, soit un maximum de 750 euros. Cette amende tombe pour chaque communication illégale et sans préjudice de l'application du premier alinéa de l'article 226-18 précité. Lorsque l'ampleur de l'envoi est de nature à provoquer un blocage des serveurs ou de la bande passante, l'opération, appelée *mailbombing*, est susceptible de caractériser le délit d'entrave au fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données. Cette infraction, prévue à l'article 323-2 du Code pénal, est passible de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ³⁶⁹⁰. Le captage d'adresses mails peut encore être sanctionné sur le fondement de l'utilisation, à l'insu des personnes, de leur matériel informatique. Cette infraction détaillée à l'article 323-1 du Code pénal permet le prononcé d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. L'opération de spamming est enfin susceptible de caractériser le délit d'escroquerie de l'article 313-1 du Code pénal puni de 5 ans d'emprisonnement et 375 000 d'amende. Tel est le cas de la technique, dite de « l'escroquerie à la nigérienne », qui consiste à extorquer de l'argent à des personnes sollicitées par mail. En vertu de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978, la Cnil est également en mesure d'appliquer des sanctions administratives pécuniaires pouvant s'élever jusqu'à 300 000 euros. Si, comme on le verra ³⁶⁹¹, la Commission est réticente à faire usage de ce pouvoir, quelques sanctions sont néanmoins prononcées ³⁶⁹².

1048 *Procédés de lutte* ◇ Du fait du caractère massif de l'envoi des spams et de la possibilité de cumul de certaines peines, ces dispositions devraient conduire à de très lourdes condamnations. Pourtant, leur application reste marginale et l'on peut dès lors regretter le peu d'effectivité de ce dispositif. Diverses actions sont engagées afin que les choses changent. La Brigade d'Enquête sur les Fraudes aux Technologies de l'Information (BEFTI) constitue notamment un intéressant outil de répression, peut-être encore sous-exploité ³⁶⁹³. Au niveau européen, la Commission a créé le Contact Network of Spam enforcement Authorities (CNSA) constitué d'un réseau de contacts d'autorités anti-spams afin de traiter les plaintes transfrontalières ³⁶⁹⁴.

Des initiatives favorisent par ailleurs le signalement des opérations de spamming. En 2002, la Cnil a ainsi mis en place une adresse mail intitulée *spam@cnil* afin que les internautes réceptionnaires de spams les transfèrent dans ce qui constituait une sorte de boîte à spams. Cette initiative a permis à la Cnil de faire usage de ses pouvoirs dans les cas d'abus les plus flagrants, en effectuant des contrôles, en adressant des avertissements aux opérateurs et en dénonçant au parquet les comportements les plus frauduleux ³⁶⁹⁵. Cette opération a depuis pris fin. Elle a été modestement remplacée par une sorte d'outil pédagogique anti-spams, proposé sur le site de la Cnil, et intitulé « halte au spam ». Les enseignements de l'opération « boîte à spams » ont par ailleurs été formalisés dans un rapport consultable sur le site de la Cnil ³⁶⁹⁶. Une association de professionnels a, dans le même esprit, constitué depuis 2007 une plate-forme de signalement ³⁶⁹⁷. « Signal Spam est une association à but non lucratif qui développe un réseau de confiance pour agir contre le Spam en proposant à l'internaute de signaler tout message qu'il considère être un spam. L'association regroupe des représentants de toutes les professions de l'e-mailing et participe activement aux groupes de travail et de réflexion pour lutter contre les abus sur les systèmes de messagerie et de communication dans le monde » ³⁶⁹⁸. Cette association travaille en partenariat étroit avec la Cnil. Plus de 35 000 internautes se sont inscrits sur le site depuis sa mise en place et ont signalé 7 millions de spams ³⁶⁹⁹.

Ces différentes initiatives devraient être de nature à faire évoluer les mentalités françaises qui sont pour l'heure un peu rétives à dénoncer les comportements délictueux liés à l'envoi de spams. L'internaute français considère probablement que, malgré le caractère répétitif de la

manœuvre, il s'avère plus aisé de supprimer les courriels indésirables que d'engager une procédure répressive. Il se contente donc souvent d'utiliser les logiciels anti-spams proposés par les fournisseurs de messageries gratuites ³⁷⁰⁰. Les Américains hésitent, quant à eux, beaucoup moins à dénoncer les envois abusifs, ce qui permet de sanctionner les fautifs ³⁷⁰¹. Depuis décembre 2003 une loi fédérale a instauré le *Can-Spam Act*, sorte de législation anti-spam qui a permis le prononcé de condamnations exceptionnellement lourdes ³⁷⁰².

1049 *Autorégulation* ◇ Une amélioration de la situation nationale est susceptible de provenir des professionnels du marketing eux-mêmes. Comme aux États-Unis où plusieurs associations professionnelles ont élaboré la charte de *l'emailing marketing* ³⁷⁰³, certains codes de déontologie ont vu le jour en France. Ils fixent notamment des règles de conduite sur l'utilisation des coordonnées électriques à des fins de prospection directe ³⁷⁰⁴.

On peut également se féliciter de la réaction de certains fournisseurs d'accès à Internet qui suspendent ou résilient les connexions d'abonnés spammeurs. Il est vrai que ces actions de spamming s'avèrent particulièrement préjudiciables aux opérateurs en ce qu'elles engorgent le réseau. À l'occasion de procès dans lesquels les abonnés contestaient ces décisions, les juges ont donné raison aux fournisseurs d'accès, condamnant parfois même les demandeurs pour procédure abusive ³⁷⁰⁵.

Dans ce paragraphe relatif aux risques que font courir à la vie privée et aux données personnelles les différents procédés utilisés par les opérateurs d'Internet, on peut enfin évoquer la très problématique activité de commerce des données recueillies.

C. La commercialisation des données

1050 « *Vente de listes* » ◇ Dans le cadre de cette pratique, les opérateurs revendent à des annonceurs publicitaires les informations personnelles qu'ils récoltent sur les internautes qui fréquentent leur site. L'intérêt d'un tel rachat consiste en l'élaboration de bases de données commerciales permettant de mieux cerner les besoins et les profils des prospects afin de leur adresser de la publicité ciblée ³⁷⁰⁶. En 2009, la Cnil s'est saisie de la question par l'élaboration d'un rapport ³⁷⁰⁷. Il en a été de même du Groupe de travail de l'article 29 de la directive de 1995, celui-ci ayant

rendu un avis sur la publicité comportementale ³⁷⁰⁸.

Ce procédé est très courant chez les gestionnaires de réseaux sociaux, leur utilisation étant l'occasion d'une impressionnante récolte de données à caractère personnel. Pour s'inscrire sur le site l'abonné doit en effet remplir un profil dans lequel il est susceptible de dévoiler des informations sur son identité, ses goûts, ses hobbies et donc sa personnalité. Ces données seront ensuite revendues par l'opérateur et représentent une manne providentielle pour les annonceurs ³⁷⁰⁹.

Cette pratique semble assez largement tolérée par les utilisateurs de réseaux sociaux, ces derniers considérant qu'il s'agit de la contrepartie pour bénéficier gratuitement d'un réseau d'échanges international. Mais peut-être n'ont-ils pas véritablement compris, comme cela a été résumé par un auteur, que « si vous ne payez pas un service sur le Net, c'est que vous n'êtes pas consommateur, vous êtes le produit vendu » ³⁷¹⁰. Facebook tirerait ainsi de ces opérations marketing un bénéfice de 5 dollars par profil ³⁷¹¹.

Les réseaux sociaux ne sont pas les seuls à pratiquer la commercialisation des données de l'internaute. Par son puissant outil de recherche, qui représente plus de 80 % de l'activité du marché européen des moteurs de recherche, Google parvient à récupérer insidieusement de nombreuses informations personnelles qu'il est ensuite susceptible d'utiliser à des fins commerciales. En mars 2012, Google a mis au point de nouvelles règles de confidentialité qui inquiètent particulièrement les Cnil européennes. Elles permettent en effet un croisement des données récoltées dans le cadre des différents services proposés par l'opérateur. En outre, ces nouvelles règles ne semblent pas respectueuses des principes du consentement préalable et de l'information due aux personnes auprès desquelles les données sont récupérées. Ce nouveau mode de fonctionnement fait donc l'objet d'une surveillance étroite de la part des instances européennes ³⁷¹².

Nos données personnelles constituent dès lors la matière première à partir de laquelle les géants du Net, les « big four » ou « GAFA » (pour Google, Apple, Facebook, Amazon) fondent leur richesse, le commerce de ces informations représentant plus de 800 milliards de dollars ³⁷¹³. Les opérateurs utilisent des *data-centers*, sorte de gigantesques réservoirs de données dans lesquels ils conservent cette précieuse manne issue de la collecte des données des utilisateurs. En 2011, Facebook aurait dépensé plus d'un milliard de dollars dans ce genre d'infrastructure ³⁷¹⁴.

1051 *Tentatives d'encadrement* ◇ La difficulté de l'encadrement de ces pratiques est double. Les opérateurs en cause contestent d'une part l'applicabilité de la loi de 1978 en invoquant l'anonymisation des données revendues, cette législation n'étant relative qu'aux informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable. Dans son rapport précité, la Cnil conteste cette analyse considérant que la précision des données récoltées est parfois susceptible de conduire à une identification indirecte de la personne. D'autre part, les publicitaires revendiquent l'absence de caractère déloyal de la collecte réalisée, l'internaute ayant lui-même délivré les informations exploitées. Il est vrai que l'utilisateur de réseaux sociaux a bien souvent autorisé, avec plus ou moins de conscience, la commercialisation de celles-ci. Lors d'une inscription au site Facebook par exemple, l'accord d'utilisation des données communiquées constitue en effet un prérequis et est souvent donné par un simple clic validant des conditions générales rarement lues.

La Cour de cassation a récemment trouvé un moyen d'encadrer partiellement la commercialisation de ces données. Dans un important arrêt du 25 juin 2013 ³⁷¹⁵, la chambre commerciale a en effet considéré qu'un fichier non déclaré à la Cnil devait être considéré comme une chose hors du commerce. Elle a de ce fait estimé, sur le double fondement des articles 128 du Code civil et 22 de la loi du 6 janvier 1978, que la nullité de la vente devait être prononcée pour illicéité de son objet. Une telle décision constitue une appréciable avancée dans l'encadrement de cette pratique de commercialisation des données. Elle implique en effet que toute cession de données personnelles compilées sous forme de fichiers se fasse dans le respect des dispositions de la loi informatique et libertés, ce qui permettrait à la Cnil de vérifier que la collecte des informations revendues a été réalisée en toute loyauté.

L'initiative de la Cour de cassation ne répond cependant que partiellement aux difficultés posées par ces techniques de revente de fichiers de données et il devient dès lors urgent d'engager une réflexion visant à instaurer un régime juridique encadrant ces procédés de commercialisation.

Au regard des importants profits réalisés, les économistes s'intéressent également à ces pratiques litigieuses, différents États envisageant de taxer la récolte des données personnelles. Dans ce sens le rapport de Pierre Collin et Nicolas Colin, consacré à la fiscalité de l'économie

numérique, préconise d'instituer en France « une fiscalité spécifique du type de la taxe générale sur les activités polluantes ou de la “taxe carbone” »³⁷¹⁶. La taxation ne s'appliquerait qu'aux acteurs qui collectent les données « auprès d'un grand nombre d'utilisateurs localisés en France » et qu'au-delà d'un seuil « exprimé en nombre d'utilisateurs, identifiés ou anonymes ». Sont ainsi évidemment visés les géants de l'Internet mais également des entreprises plus traditionnelles telles les banques en ligne ou certains sites de e-commerce. L'imposition ne s'opèrerait que sur les « données dont la collecte traduit un “travail gratuit” de l'utilisateur s'insérant de manière dynamique dans la chaîne de valeur de l'entreprise ». Elle fonctionnerait sous la forme d'un tarif unitaire par utilisateur suivi. Fleur Pellerin, ministre déléguée à l'Économie numérique, envisageait de faire introduire de telles mesures dans la loi de finance pour 2014 mais cela n'a finalement pas été fait. Lors du prochain G20, la France compte par ailleurs alerter ses partenaires afin que soient lancées des négociations internationales pour la mise en œuvre d'une meilleure taxation des géants du web.

La protection essentielle consiste dans la mise en œuvre des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 mais les grands opérateurs feignent d'ignorer ces dispositions.

§ 2. Les risques liés à l'usage des données de connexion et aux adresses IP

- 1052** *Subdivision* ◇ Deux catégories de données sont susceptibles de poser difficultés au regard de la protection de la vie privée et des données personnelles. Il s'agit des données de connexion (A) et de l'adresse IP (B).

A. Les données de connexion ou données de communication

- 1053** *Définition et présentation* ◇ Il est ici question de « toute information échangée ou acheminée entre un nombre fini de parties au moyen d'un service de communications électroniques accessible au public »³⁷¹⁷. Ces données sont générées, indépendamment de la volonté de l'utilisateur, par toute communication faisant usage de la téléphonie ou d'Internet. Notons que ces deux procédés se confondent parfois, un appel vocal

étant susceptible d'être réalisé par le biais d'Internet grâce à des logiciels comme Skype.

Ces données de connexion doivent indiscutablement être considérées comme des informations à caractère personnel. Cela est évidemment le cas s'agissant du contenu des échanges mais également en ce qu'elles sont susceptibles de fournir des indications sur l'abonné, tels son identité, son numéro de téléphone ou son adresse IP. Il s'agit ici plus spécialement des données dites de trafic.

Le régime juridique des données de connexion est fixé par la directive précitée du 12 juillet 2002 ³⁷¹⁸. Ce texte met plusieurs obligations à la charge de l'opérateur. S'il lui incombe une évidente obligation de sécurité du réseau (art. 4 de la directive), celle-ci n'appelle pas ici de commentaires particuliers. Deux autres obligations, exprimées sous forme de principe, méritent par contre de plus amples développements : le principe de confidentialité (1) et le principe d'effacement ou d'anonymisation des données (2). Enfin, la directive « data-retention » sera présentée (3).

1. Le principe de confidentialité

1054 *Source et contenu* ◇ Cette exigence est posée à l'article 5-1 de la directive de 2002 et concerne à la fois le contenu des échanges et les données de trafic. Cet article interdit à « toute autre personne que les utilisateurs d'écouter, d'intercepter, de stocker les communications et les données relatives au trafic y afférentes, ou de les soumettre à tout autre moyen d'interception ou de surveillance ».

À ce titre, et à la suite de contrôles réalisés en 2009 et 2010, la Cnil a eu l'occasion d'infliger le 17 mars 2011, une amende de 100 000 euros à l'encontre de la société Google. La Commission a établi que, dans le cadre de son activité *Google Street View* et depuis les véhicules dédiés à ce service, l'opérateur collectait des données dites de contenu via les réseaux Wi-Fi (identifiants, mots de passe, échanges de courriels...). Par courrier, en juin 2011, Google s'est engagé à détruire les données stockées ³⁷¹⁹.

Des exceptions sont prévues à ce principe de confidentialité. La personne à l'origine de la communication peut tout d'abord donner elle-même son consentement pour un enregistrement de celle-ci ³⁷²⁰. L'article 5-2 de la directive de 2002 déroge quant à lui à l'exigence de

confidentialité lorsqu'un enregistrement est « effectué dans le cadre des usages professionnels licites, afin de fournir la preuve d'une transaction ». La réalisation d'une enquête judiciaire permet enfin de légitimer un enregistrement des échanges.

2. Le principe d'effacement ou d'anonymisation

1055 *Exposé du principe* ◇ L'exigence posée à l'article 6-1 de la directive de 2002, concerne plus spécialement les données relatives au trafic. Ce texte impose que ces informations soient « effacées ou rendues anonymes lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la transmission d'une communication ».

1056 *Exceptions* ◇ Deux séries d'exceptions sont prévues. La première l'est pour des raisons techniques indispensables au bon fonctionnement du service, l'article 6-2 autorisant un archivage des données de connexion en vue de l'établissement de la facturation. Il est précisé qu'un tel traitement ne peut être autorisé « que jusqu'à la fin de la période au cours de laquelle la facture peut être légalement contestée ou des poursuites engagées pour en obtenir le paiement » ³⁷²¹. Cette dérogation vaut également pour les opérateurs qui offrent des services à valeur ajoutée ³⁷²², dès lors que l'abonné y a consenti expressément et que cela intervient sur une durée déterminée ³⁷²³.

La seconde exception est d'un usage plus délicat. L'article 15 de la directive prévoit que les législations nationales peuvent adopter des mesures visant à limiter la portée des droits et des obligations prévus aux articles 5 et 6 « lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée, au sein d'une société démocratique, pour sauvegarder la sécurité nationale – c'est-à-dire la sûreté de l'État – la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques » ³⁷²⁴. À ces conditions particulières, cette disposition dérogatoire permet aux États de légiférer librement en posant des obligations de conservation des données techniques d'échanges afin de permettre l'identification des utilisateurs.

En vertu de cette liberté, le droit français impose aux opérateurs de communications électroniques de conserver les données de trafic

pendant une durée maximale d'un an ³⁷²⁵. Trois décrets, respectivement du 24 mars 2006 ³⁷²⁶, du 30 juillet 2007 ³⁷²⁷ et du 25 février 2011 ³⁷²⁸ détaillent la mise en œuvre de cette exigence. Les fournisseurs d'accès à Internet et les hébergeurs sont tenus à la même obligation ³⁷²⁹. Il en va de même des « personnes qui, au titre d'une activité professionnelle principale ou accessoire, offrent au public une connexion permettant une communication en ligne par l'intermédiaire d'un accès au réseau, y compris à titre gratuit » ³⁷³⁰. Sont ainsi concernés les cybercafés qui proposent ce service de manière payante ou tous autres acteurs commerciaux l'offrant gratuitement (aéroport, hôtel...).

Le législateur français a veillé à conférer à ces diverses obligations de conservation des données un caractère contraignant, la loi du 21 juin 2004 (loi LCEN) ayant prévu que le non-respect de ces prescriptions est passible d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ³⁷³¹. Conformément au droit pénal commun, cette peine sera multipliée par cinq en cas d'engagement de la responsabilité d'une personne morale. L'auteur du manquement est également susceptible de faire l'objet d'une interdiction d'exercice durant 5 ans de l'activité professionnelle à l'occasion de laquelle a été commise l'infraction ³⁷³².

Le respect de ces obligations permet aux autorités la recherche et la poursuite de comportements délictueux commis sur le Net. L'actualité a récemment fourni de nombreuses illustrations de ce pouvoir de réquisition des autorités judiciaires. Dans une ordonnance de référé du 24 janvier 2013, le président du TGI de Paris a ainsi ordonné à Twitter de communiquer les données d'identification d'utilisateurs qui auraient publié des *tweets* à caractère antisémite et raciste. Cette décision a été confirmée par une décision de la Cour d'appel de Paris en date du 12 juin 2013 ³⁷³³. Suite à cette décision et malgré ses importantes réticences, la société Twitter a finalement accepté de communiquer les données d'identification des utilisateurs en cause. Dans une autre décision prise en référé le 1^{er} février 2013, le Tribunal de commerce de Paris a exigé de la société Google Ireland, sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard, qu'elle communique, à un site victime de détournements de revenus publicitaires, les données détenues sur l'auteur des faits délictueux ³⁷³⁴. Une ordonnance du TGI de Paris du 30 janvier 2013 a également été rendue à l'encontre du groupe Bouygues condamné pour refus de communication des données d'identification de l'un de ses abonnés ³⁷³⁵. Cette société considérait qu'elle n'avait pas à obtempérer, la demande étant formulée non pas dans le cadre de la

poursuite d'une infraction pénale mais dans celui d'une simple procédure civile. De manière extensive, le tribunal a quant à lui considéré que l'obligation de communication devait être respectée en cas d'injonction de toute autorité judiciaire, qu'elle soit pénale ou civile. Il semblait pourtant, au regard d'une décision de la CJCE en date du 29 janvier 2008, que le fournisseur d'accès ait seulement l'obligation de se soumettre à une telle demande dans le cadre d'une procédure pénale et non d'une procédure civile ³⁷³⁶.

De telles investigations peuvent également être menées dans le cadre de l'actuel, et peut être feu ³⁷³⁷, dispositif Hadopi qui permet la protection de la propriété littéraire et artistique sur Internet ³⁷³⁸.

Dans le cadre particulier de la prévention des actes de terrorisme, certains agents « individuellement désignés et dûment habilités des services de police et de gendarmerie nationales » ³⁷³⁹ sont même susceptibles de recueillir des données en dehors de toute autorisation judiciaire préalable ³⁷⁴⁰.

La mise en place par les pouvoirs publics de l'outil Pharos favorise la poursuite des faits délictueux en facilitant la connaissance de l'existence des actes illicites commis sur la toile. Cette plate-forme d'harmonisation, d'analyse, de recoupement et d'orientation des signalements constitue un dispositif interministériel de signalement au sein de l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication de la direction centrale de la police judiciaire (OCLCTIC). Elle a pour mission de coordonner et d'animer la lutte contre la cybercriminalité en développant notamment un partenariat avec l'ensemble des acteurs institutionnels, publics ou privés. Cet intéressant outil qui ne constitue cependant pas un système de plaintes en ligne, permet aussi bien aux internautes qu'aux fournisseurs d'accès de transmettre aux autorités des renseignements en temps réel. Une circulaire interministérielle a été publiée le 19 juillet 2013 afin perfectionner ce dispositif et de mieux le faire connaître auprès des différents acteurs de la répression ³⁷⁴¹.

On notera que les cybercriminels parviennent aujourd'hui à faire échec à ces diverses mesures d'investigation menées par les autorités judiciaires sur la base des données de connexion. Le téléchargement du logiciel *Tor* ³⁷⁴² permet en effet de naviguer de manière quasiment anonyme dans l'espace dit du *DarkNet*. La navigation est réalisée par transit aléatoire vers des serveurs étrangers ce qui évite à l'internaute d'utiliser sa propre adresse IP et le rend ainsi inidentifiable. L'utilisation

du logiciel *Tor* suppose le recours à de nombreux serveurs. Le fonctionnement et le développement de ce réseau coûte cher et est financé à plus de 60 % par le gouvernement américain. Ce procédé a été présenté comme un moyen de favoriser la liberté d'expression à travers le monde en ce qu'il permet aux citoyens soumis à des régimes totalitaires de s'exprimer sans pouvoir être identifié. Il a, à ce titre, reçu le prix du logiciel libre 2010 dans la catégorie des projets d'intérêt social. La technique a malheureusement été détournée par des délinquants qui l'utilisent afin de mettre en place en toute discrétion des trafics d'images pédophiles, de drogues ou d'armes. L'anonymisation des échanges monétaires est par ailleurs réalisée grâce au *Bitcoin*, cette monnaie numérique, parfaitement légale, permettant des paiements par virements à partir de comptes rendus anonymes ³⁷⁴³.

Ces dispositions concernant la conservation des données mettent en évidence les difficultés d'élaboration de toute réglementation relative à Internet qui suppose de trouver un savant équilibre entre l'impérieux besoin d'anonymat de l'internaute et sa nécessaire identification en cas de commission de comportements délictueux.

La liberté de légiférer offerte aux États par l'article 15 de la directive de 2002, afin de leur permettre de garantir leur sécurité nationale, a cependant conduit à une regrettable variabilité des délais de conservation et des types de données concernées. Cette disparité des législations européennes s'avérait préjudiciable aux opérateurs intervenant de manière transfrontalière. Afin de répondre à un légitime besoin d'harmonisation, une nouvelle directive, dite directive Data-retention, fut adoptée le 15 mars 2006 ³⁷⁴⁴.

3. La directive data-retention

- 1057** *Contenu de la directive et évolutions* ◇ Cette législation européenne concerne spécialement la conservation des données techniques d'identification ou données de trafic « à des fins de recherche, de détection et de poursuite d'infractions graves » ³⁷⁴⁵. Elle mentionne notamment la catégorie des données à conserver. Pour Internet, il s'agit des noms et prénoms des abonnés ou des utilisateurs à qui une adresse IP a été attribuée, de la destination de la communication ainsi que de la date et de l'heure de l'ouverture et fermeture de chaque session. Les mesures de sécurité à respecter sont également détaillées.

S'agissant des délais de conservation, on regrette que ce texte n'ait que très imparfaitement atteint son objectif d'harmonisation. L'article 6 dispose en effet que « les États membres veillent à ce que les catégories de données visées à l'article 5 soient conservées pour une durée minimale de six mois et maximale de deux ans ». Un tel écart temporel ne permet malheureusement pas de mettre fin aux difficultés des opérateurs confrontés aux disparités des législations européennes.

La Commission européenne a publié le 18 avril 2011 un rapport d'évaluation de cette directive faisant état de différences de transposition par les États membres ³⁷⁴⁶. La conclusion du rapport annonçait une proposition de révision du cadre de la conservation des données avant juillet 2012 ; aucun texte n'est prévu pour le moment.

Les choses devraient désormais s'accélérer puisque la Cour de justice de l'Union européenne a récemment invalidé la directive du 15 mars 2006. Dans un arrêt du 8 avril 2014 ³⁷⁴⁷, la Cour a en effet estimé que le législateur européen n'a pas assez strictement encadré l'obligation de conservation des données faite aux fournisseurs, « *la directive 2006/24 couvr(ant) de manière généralisée toute personne et tous les moyens de communication électronique ainsi que l'ensemble des données relatives au trafic sans qu'aucune différenciation, limitation ou exception soient opérées en fonction de l'objectif de lutte contre les infractions graves* ». Elle conclut que « *cette directive comporte une ingérence dans les droits fondamentaux d'une vaste ampleur et d'une gravité particulière dans l'ordre juridique de l'Union sans qu'une telle ingérence soit précisément encadrée par des dispositions permettant de garantir qu'elle est effectivement limitée au strict nécessaire* ». Elle regrette enfin que la directive n'ait pas imposé que les données récoltées soient conservées sur le territoire de l'Union, de sorte qu'il ne saurait être considéré qu'est pleinement garanti le contrôle par une autorité indépendante.

Il est par ailleurs regrettable que la directive data-retention ne s'applique pas aux moteurs de recherche, tel Google, ou Yahoo, ceux-ci n'entrant pas dans la définition des « services de communications électroniques » retenue à l'article 2 point c de cette directive ³⁷⁴⁸. Les opérations de stockage des données réalisées par ces opérateurs sont pourtant conséquentes ³⁷⁴⁹. E. Schmidt, ancien Directeur et actuel président du Conseil d'administration de Google aurait d'ailleurs affirmé de manière très explicite et révélatrice des techniques utilisées par le groupe : « nous savons qui vous êtes, nous savons où vous avez été, nous pouvons plus ou moins savoir ce à quoi vous pensez » ³⁷⁵⁰. Un avis

du Groupe de l'article 29, adopté le 4 avril 2008 ³⁷⁵¹, incite les gestionnaires de moteurs de recherche à réaliser un effacement des données récoltées au bout de 6 mois. Ce document n'étant malheureusement pas contraignant, le respect de cette proposition reste soumis au bon vouloir de ces opérateurs. Dans une lettre du 8 septembre 2008, adressée au G29, Google affirmait avoir divisé par deux la durée de conservation des données en sa possession en la limitant à 9 mois ³⁷⁵². Microsoft et Yahoo prétendent avoir également fait des efforts en réduisant respectivement leurs délais à 6 mois et trois mois. Les moteurs de recherche semblent cependant relâcher leurs efforts, Yahoo ayant notamment annoncé, le 19 avril 2011, que « pour répondre aux besoins de ses consommateurs en termes de personnalisation, de pertinence et de confiance », les informations concernant leurs recherches seraient désormais conservées 18 mois ³⁷⁵³.

Les données de connexion ne sont pas les seules susceptibles de porter atteinte à la vie privée de l'internaute. Tel est également le cas d'une donnée particulière que constitue l'adresse IP.

B. L'adresse IP

1058 *Signification* ◇ Cet acronyme signifie Internet Protocol qui peut être analysé en un procédé de routage de l'Internet. L'adresse IP correspond au numéro d'identification d'un ordinateur ou d'un téléphone mobile disposant d'une connexion Internet. Cette adresse peut être dynamique ou permanente selon qu'elle est attribuée ou non pour la durée de connexion. Concrètement, il s'agit d'une adresse numérique composée de chiffres et attribuée par l'opérateur qui commercialise l'accès au réseau. Cette suite de chiffres permet une identification de l'ordinateur, ou du téléphone connecté, ainsi que la communication avec les autres appareils du réseau.

1059 *Nature juridique* ◇ La problématique en la matière est de savoir si l'adresse IP doit être analysée comme une donnée à caractère personnel soumise en tant que telle à la directive de 1995 et à la loi française du 6 janvier 1978.

On pourrait en premier lieu être tenté de répondre de manière négative, l'adresse IP permettant d'identifier l'appareil connecté au réseau et non son utilisateur. Ainsi dans un contexte familial, l'adresse IP

n'indique pas quel membre de la maisonnée est en train de surfer ³⁷⁵⁴. L'usage de connexions Wi-Fi publiques fait également échec à toute identification de l'internaute. Les définitions extensives des données à caractère personnel, proposées tout à la fois par la directive de 1995 et la loi de 1978 permettent néanmoins de faire entrer l'adresse IP dans ce dispositif protecteur. La loi du 6 janvier définit en effet la donnée personnelle comme « 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 » ³⁷⁵⁵.

Puisqu'il est possible dans un nombre important de cas, en exprimant la demande par réquisition judiciaire auprès du fournisseur d'accès à Internet, d'identifier l'abonné souscripteur qui se cache derrière l'adresse IP, celle-ci peut effectivement être considérée comme un moyen d'identification indirecte d'une personne physique et donc comme une donnée à caractère personnel.

Il serait bon de consacrer légalement cette qualification, un certain flou dans le statut juridique de l'adresse IP étant actuellement à déplorer. Dans un communiqué du 2 août 2007, la Cnil a exprimé sa position très nette en faveur d'une telle reconnaissance. Dans un avis du 20 juin 2007 ³⁷⁵⁶, toutes les Cnil d'Europe, c'est-à-dire le Groupe de l'article 29, ont expressément « considéré les adresses IP comme des données concernant une personne identifiable », ce qui confirme qu'elles peuvent être considérées comme des données à caractère personnel.

1060 ***Jurisprudence*** ◇ La jurisprudence française s'avère quant à elle plus hésitante sur la question du statut de cette adresse numérique. Dans deux arrêts de 2007, la cour d'appel de Paris a refusé de la considérer comme une donnée personnelle au motif que « cette série de chiffres ne constitue en rien une donnée indirectement nominative de la personne dans la mesure où elle ne se rapporte qu'à une machine, et non à l'individu qui utilise l'ordinateur pour se livrer à la contrefaçon » ³⁷⁵⁷. La Cour ajoute que « l'adresse IP ne permet pas d'identifier le ou les personnes qui ont utilisé cet ordinateur puisque seule l'autorité légitime pour poursuivre l'enquête (police ou gendarmerie) peut obtenir du

fournisseur d'accès l'identité de l'utilisateur » ³⁷⁵⁸. Dans une autre décision, en date du 12 décembre 2007 ³⁷⁵⁹, elle a cependant admis de manière ambiguë que si l'adresse IP « constitue une donnée personnelle, (elle) ne permet d'identifier qu'un ordinateur ». Par une décision du 13 janvier 2009 ³⁷⁶⁰, la Cour de cassation a quant à elle affirmé qu'une collecte manuelle d'adresse IP ne constitue pas un traitement de données à caractère personnel. À l'inverse, le tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement du 24 juin 2009, affirme de manière péremptoire que « l'adresse IP est une donnée personnelle puisqu'elle correspond à un numéro fourni par un fournisseur d'accès à Internet identifiant un ordinateur connecté au réseau ». Cette conception est partagée par le tribunal de grande instance de Saint-Brieux dans une décision du 6 septembre 2007 ³⁷⁶¹. La juridiction administrative, saisie de la même interrogation, n'a pas pris expressément position mais elle ne semble pas hostile à considérer l'adresse IP comme une donnée à caractère personnel ³⁷⁶².

Au niveau européen, la CJUE admet également implicitement qu'il puisse s'agir d'une donnée relevant du dispositif de protection de la directive d'octobre 1995 ³⁷⁶³.

1061 *Enjeux de la qualification en donnée personnelle* ◇ Définir si l'adresse IP est ou non une donnée à caractère personnel permettra de savoir si l'opérateur qui réalise une collecte de ces adresses numériques est tenu de se soumettre au dispositif de protection de la loi informatique et libertés et notamment de déclarer son traitement à la Cnil ³⁷⁶⁴. Dans les différentes espèces susmentionnées était contestée la légalité de sanctions prononcées par des agents habilités, notamment de la Sacem, qui dans le cadre de leurs contrôles avaient collecté les adresses IP d'internautes réalisant des téléchargements illégaux ³⁷⁶⁵.

Face à ces interrogations sur le statut juridique de l'adresse IP, un éclaircissement légal serait donc le bienvenu. Dans un rapport sénatorial sur « la vie privée à l'heure des mémoires numériques » ³⁷⁶⁶, Yves Détraigne et Anne-Marie Escoffier demandent d'ailleurs à ce que soit « affirmé sans ambiguïté que l'adresse IP constitue une donnée à caractère personnel » ³⁷⁶⁷.

1062 *Proposition de règlement* ◇ Si le projet de réforme de la directive d'octobre 1995 ³⁷⁶⁸ par un règlement ³⁷⁶⁹ n'envisage qu'indirectement la

question, il permettrait néanmoins de faire entrer l'adresse IP dans le champ d'application du texte. Le considérant 24 de cette proposition ³⁷⁷⁰ mentionne explicitement l'adresse IP en affirmant que « lorsqu'elles utilisent des services en ligne, les personnes physiques se voient associer des identifiants en ligne tels que des adresses IP... ». La fin de la phrase s'avère cependant problématique puisqu'il y est affirmé que « ...des identifiants en ligne ou d'autres éléments spécifiques ne doivent pas nécessairement être considérés, en soi, comme des données à caractère personnel dans tous les cas de figure ». L'article 4 du projet donne plus d'espoir ³⁷⁷¹. Précisant un certain nombre de définitions, il définit la « personne concernée » par le dispositif comme quelqu'un d'identifiable y compris en utilisant des « identifiants en ligne ». Le considérant précité permet donc d'y inclure l'adresse IP. La donnée personnelle étant enfin présentée comme « toute information se rapportant à une personne concernée » ³⁷⁷², le rapprochement de ces différents textes permet dès lors de considérer l'adresse IP comme une donnée à caractère personnel. Au regard des tergiversations jurisprudentielles que nous venons d'évoquer, il aurait cependant été préférable que le statut juridique du numéro IP, soit exprimé de manière plus explicite. Dans son avis du 23 mars 2012, relatif à son appréciation du projet de règlement, le G29 réclame d'ailleurs quelques éclaircissements sur la question de la reconnaissance de l'adresse IP comme donnée personnelle ³⁷⁷³.

Avec cette épineuse question, nous finissons ici d'évoquer les risques que font encourir à la vie privée les différentes données et traces que laisse la navigation sur Internet, celles-ci étant susceptibles d'être recueillies par des tiers en vue d'une utilisation potentiellement attentatoire à l'intimité de la personne.

Cet exposé préalable aura permis de prendre conscience de l'importance du dispositif de protection de la vie privée et des données personnelles à l'ère du numérique. Ces dernières relevant d'un régime spécial, celui-ci sera exposé avant que ne soit envisagé le régime de droit commun de protection de la vie privée.

SECTION 2. LE DROIT SPÉCIAL DE LA PROTECTION DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

données à caractère personnel va tout d'abord être proposée (§ 1), avant que soient détaillés les droits dont dispose la personne titulaire des données (§ 2) ainsi que les obligations du responsable du traitement (§ 3).

§ 1. Le dispositif de protection

1064 *Origines et présentation* ◇ Rappelons qu'avec l'Allemagne ³⁷⁷⁴, la France a été pionnière en matière de protection des données personnelles. La loi du 6 janvier 1978 ³⁷⁷⁵ a en effet largement inspiré la directive du 24 octobre 1995 ³⁷⁷⁶ constituant le socle du dispositif législatif communautaire. Ses dispositions ont également été largement reproduites en Droit européen, par le biais de la convention 108 du Conseil de l'Europe, datant du 28 janvier 1981 et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985. L'influence française s'est également étendue au-delà des frontières du vieux continent, la loi de 1978 ayant servi de base aux dispositions adoptées par l'Assemblée générale des Nations unies, le 14 décembre 1990, et connues sous le nom de « principes directeurs ».

Le dispositif de protection des données personnelles s'avère complet en ce qu'il comprend tout à la fois des dispositions nationales (A) et internationales (B).

A. Le dispositif national

1065 *Présentation* ◇ Ce dispositif national comprend la loi du 6 janvier 1978 modifiée par celle du 6 août 2004 (1). Il est également possible d'y intégrer la Commission nationale informatique et libertés (Cnil), qui représente l'entité garante du respect de ces législations (2), de même que le Correspondant Informatique et libertés (CIL) (3) qui œuvre au plus près du responsable du traitement.

1. La loi du 6 janvier 1978

1066 *Subdivision* ◇ Après avoir évoqué la mise en place du dispositif de protection conférée par la loi de 1978 (a), son champ d'application matérielle (b) et les traitements qui en sont exclus (c), il conviendra de s'intéresser au cas de son application territoriale (d) et de son évolution à

travers la question du transfert de données vers des pays tiers (e).

a. Le dispositif mis en place par la loi du 6 janvier 1978, modifiée par la loi du 6 août 2004 ³⁷⁷⁷

1067 Objectifs ◇ Comme précédemment évoqué, l'ambition de ce dispositif fut de trouver un équilibre entre la libre circulation de l'information et la protection de la personne. L'article premier de ce texte dispose ainsi que « l'informatique doit être au service du 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 ».

Du fait de la nécessaire transposition de la directive de 1995, la législation de 1978, dite loi Foyer, a été modifiée par une loi du 6 août 2004 ³⁷⁷⁸ (décret d'application du 20 octobre 2005 ³⁷⁷⁹). La France a été l'un des derniers pays à transposer cette directive dans son droit national, ce retard ayant d'ailleurs été sanctionné par la Commission européenne. En présence d'une législation préexistante, l'opération d'intégration s'est en effet avérée plus délicate en France que dans la majeure partie des autres États membres dont les législations étaient vierges en matière de protection des données personnelles.

La réforme du 6 août 2004 s'est contentée d'adapter la loi de 1978, sans profondément en modifier l'esprit. La numérotation d'origine du texte a d'ailleurs été assez largement maintenue ce qui implique que l'on parle de « la loi du 6 janvier 1978 modifiée » pour évoquer l'actuel dispositif législatif. Cette loi de réforme de 2004 a été en partie soumise à un contrôle de constitutionnalité avant-promulgation, ce qui devrait éviter d'éventuelles questions prioritaires de constitutionnalité. Notons cependant que ce contrôle s'est avéré limité du fait de l'incompétence du juge constitutionnel à apprécier les dispositions d'une loi transposant une directive. Seul le juge communautaire, saisi d'une question préjudicielle, est en effet en mesure d'apprécier la conformité d'une transposition.

Exceptées certaines dispositions répressives transposées dans le Code pénal, ces deux législations n'ont pas été codifiées. L'essor impressionnant de la matière pourrait aujourd'hui justifier la création d'un Code du numérique élaboré à droit constant.

1068 Esprit de la loi ◇ Il n'est peut-être pas inutile de rappeler l'état d'esprit du législateur au moment de l'élaboration de la loi de 1978. Cette

législation ambitionnait notamment de protéger l'individu contre le pouvoir investigateur de l'État, celui-ci s'exprimant par des tentatives de « fichage » des citoyens. Le texte a en effet été élaboré à l'époque où était envisagée la création du fichier SAFARI³⁷⁸⁰. Ce fichier prévoyait de réaliser une sorte de répertoire national des individus, via un identifiant unique : le numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes, qui est aussi le numéro de sécurité sociale. Le système aurait permis la mise en place d'interconnexions entre les fichiers nominatifs de l'administration française. Ce projet a heureusement été abandonné, l'opinion ayant vivement réagi face à l'effet *Big brother*³⁷⁸¹ d'un tel dispositif. Cette réaction populaire a d'ailleurs incité le gouvernement à lancer la réflexion sur la mise en place de la Commission nationale informatique et libertés.

Malgré l'instauration de la loi Foyer de 1978, ce genre de tentation étatique existe encore. Récemment la polémique a été relancée avec la création du fichier EDVIGE³⁷⁸², détaillé dans un décret en date du 27 juin 2008³⁷⁸³. La réaction négative de l'opinion a là encore conduit à l'abandon du projet. Il a cependant été immédiatement remplacé par une version édulcorée : le fichier EDVIRSP³⁷⁸⁴. Lui-même contesté, ce fichier a finalement été mis en place par le biais de deux décrets du 16 octobre 2009. La consultation est réservée aux seuls policiers et le fichage ne concerne plus que les personnes « dont l'activité indique qu'elles peuvent porter atteinte à la sécurité publique ». Malgré des critiques persistantes³⁷⁸⁵, cet outil semble moins attentatoire aux libertés et susceptible d'être légitimé par son utilité pour la sécurité publique.

Si les préoccupations de protection du citoyen contre l'appareil étatique restent prégnantes, elles sont aujourd'hui passées en second plan. Comme indiqué lors de l'exposé sur les risques d'Internet³⁷⁸⁶, les informations personnelles doivent aujourd'hui être protégées contre les pratiques mercantiles des sociétés privées qui récoltent les données personnelles des internautes afin de les exploiter ou de les commercialiser sous forme de fichiers. Face à ces nouveaux enjeux, le dispositif de la loi de 1978 montre progressivement ses limites, certaines de ses lacunes méritant d'être comblées par une nouvelle réforme.

Le gouvernement semble avoir pris la mesure de ces nouveaux défis, l'ancien Premier ministre, Jean-Marc Ayrault, ayant annoncé le 28 février 2013, lors d'un séminaire gouvernemental consacré au numérique, qu'un projet de loi sur la protection des droits et des libertés numériques serait présenté au Parlement en 2014³⁷⁸⁷.

Afin de mieux comprendre les besoins de cette réforme, entrons à présent dans le détail des dispositions de la loi de 1978 en commençant par l'étude de son champ d'application, tant matériel que territorial.

b. Le champ d'application matériel de la loi de 1978

1069 La détermination du champ d'application de ce dispositif de protection a été opérée par le biais de définitions préalables.

1070 ***La donnée concernée*** ◇ L'article 4 de la loi d'origine de 1978 indique que le texte est relatif à la protection des « informations nominatives ». Si l'expression apparaît *a priori* restrictive, en ce qu'elle semble renvoyer quasi exclusivement au nom, le législateur a entendu l'élargir en ajoutant dans le même article que « sont réputées nominatives au sens de la présente loi, les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent ». Cette référence à une identification indirecte permet ainsi d'ouvrir le champ de la protection des données.

Mettant en adéquation le vocable utilisé et cette conception extensive, la directive de 1995 et la loi de 2004, ont fait le choix du terme plus généraliste de « donnée à caractère personnel ». Dans son article 2, la loi du 6 août 2004 définit cette notion comme « 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 ». Si cette définition est quasi identique à celle proposée à l'article 2 de la directive, la loi de 2004 s'avère plus précise sur les modalités de l'identification indirecte de la personne. Elle ajoute en effet 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 toute autre personne ». La référence aux moyens dont dispose celui qui exploite l'information permet une conception non limitative de la donnée à caractère personnel susceptible d'évoluer avec l'avancée des technologies. En l'état actuel des connaissances, l'identification de la personne peut résulter d'informations personnelles tels le nom, la date de naissance, le domicile, la photographie, le numéro de téléphone, la plaque minéralogique ou tout numéro d'identification. Elle peut également être faite à partir de l'adresse mail si celle-ci fait apparaître le nom et le

prénom ou si des démarches auprès d'un tiers, tel un fournisseur d'accès, permettent de découvrir l'abonné caché derrière le pseudonyme. L'identité de la personne peut également émaner de procédés plus modernes faisant appel à des fichiers de voix ³⁷⁸⁸, des empreintes génétiques, à la gestuelle ou toute autre donnée biométrique.

Dans une délibération du 3 janvier 2014 ³⁷⁸⁹, ayant condamné Google à payer une amende de 150 000 euros, la Cnil propose d'intéressantes précisions sur les données concernées par la loi informatique et libertés. Elle y affirme que l'opérateur collecte indiscutablement des données à caractère personnel à l'occasion du fonctionnement des différents comptes d'utilisateurs mais que tel est également le cas s'agissant des informations récoltées auprès d'utilisateurs non identifiés. L'accumulation des données recueillies ainsi que les croisements opérés grâce au nouveau dispositif de confidentialité de Google permet en effet de « singulariser (l'utilisateur) à partir d'un ou de plusieurs éléments qui lui sont propres » ³⁷⁹⁰. La Commission conclut dès lors que « ces données doivent, en tant que telles, être considérées comme identifiantes et non comme anonymes » ³⁷⁹¹. Les procédés utilisés permettant l'identification indirecte d'une personne physique, l'opérateur américain est donc tenu de respecter les obligations que la loi du 6 janvier 1978 met à la charge de tout responsable de traitement.

En exposant les risques liés à la navigation sur Internet, on a enfin indiqué qu'il n'était pas toujours aisé de déterminer si une information peut ou non être considérée comme une donnée à caractère personnel. Tel est le cas des données de connexion ³⁷⁹². On peut aussi évoquer ici les interrogations susmentionnées relatives à l'adresse IP ³⁷⁹³.

Pour que la loi de 1978 soit applicable, encore faut-il que la donnée à caractère personnel fasse l'objet d'un traitement.

1071 *L'opération de traitement de la donnée* ◇ Le législateur n'a pas souhaité proposer une définition théorique de l'opération de traitement mais a préféré donner des exemples de procédés susceptibles d'entrer dans cette qualification. L'article 2 de la loi de 1978 vise ainsi « toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur (des données à caractère personnel), 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 ».

Entrent dès lors dans le champ d'application de cette loi tous les fichiers constitués à partir de données à caractère personnel. Le même article du texte définit le fichier comme « tout ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés ».

À l'origine, la loi de 1978 n'évoquait dans sa partie consacrée à l'exposé du champ d'application du texte que les « traitements automatisés d'informations nominatives »³⁷⁹⁴. Les traitements non automatisés ou manuels étaient certes mentionnés dans le texte mais seulement de manière résiduelle dans l'article 45, dans une partie consacrée aux « dispositions diverses ». La directive de 1995 envisageant toutes les formes de traitement, la loi du 6 août 2004 a dû faire évoluer la législation de 1978. L'article 2 de la loi Foyer modifiée vise donc désormais explicitement les traitements non automatisés. Il peut s'agir de tout support non électronique sur lequel figurent des données à caractère personnel. Par exemple un fichier papier, tel un agenda ou un répertoire d'adresses, voire un fichier photo.

Dès son origine, la loi de 1978 vise les traitements mis en place par les personnes physiques et morales³⁷⁹⁵, qu'elles relèvent du droit privé ou public³⁷⁹⁶. L'intégration des traitements à caractère public s'explique par les raisons historiques de cette législation mise en place à la suite des craintes suscitées par l'élaboration du fichier d'État Safari³⁷⁹⁷.

N'entrent par contre dans le champ d'application du texte que les traitements portant sur des personnes physiques. La loi considère en effet que la donnée est nominative, ou depuis à caractère personnel, que si elle permet l'identification d'une personne physique³⁷⁹⁸. L'intitulé de la directive du 25 octobre 1995 annonce par ailleurs de manière explicite que le texte est relatif « à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données »³⁷⁹⁹.

Le législateur, tant national qu'europpéen, a donc entendu adopter une conception extensive de la notion de traitement, afin que le maximum d'opérations portant sur des données à caractère personnel puisse entrer dans le champ d'application de ce dispositif de protection.

Malgré cette définition extensive, il n'apparaît pas évident de savoir si le moteur de recherche de Google doit ou non être soumis à la loi informatique et libertés s'agissant particulièrement de sa fonctionnalité

Google Suggest qui permet de faciliter la navigation en proposant à l'internaute différentes suggestions au fur et à mesure qu'il tape l'objet de sa requête. Dans un jugement du 12 juin 2013 ³⁸⁰⁰, le TGI de Paris a refusé d'admettre que l'association faite par cette application de Google entre le mot escroc et le nom d'une personne constituait un traitement illicite de données à caractère personnel. Les juges ont pour ce faire considéré que « les mots qui sont suggérés ne présentent pas les caractères de stabilité et de structure imposés par le texte visé (l'article 2 susmentionné définissant le terme de fichier) » ³⁸⁰¹. À l'opposé, le Tribunal de commerce de Paris, dans un jugement du 28 janvier 2014, a estimé que les outils de recherche de Google constituaient bien un traitement de données à caractère personnel « puisqu'il s'agit d'une communication par transmission et d'une diffusion de ces données aux sens prévus par la loi » ³⁸⁰².

Dans une autre décision du 23 octobre 2013, le TGI de Paris a par ailleurs considéré que la société Google pouvait être condamnée à réparer les préjudices résultant de cette fonctionnalité sur la base du droit commun de la responsabilité civile ³⁸⁰³. Il n'est par contre pas possible d'invoquer l'infraction de diffamation, le caractère automatique de la réponse étant exclusif de toute volonté de l'exploitant du moteur de recherche d'émettre les propos en cause ³⁸⁰⁴. Dans la décision précitée du Tribunal de commerce du 28 janvier 2014, ce caractère automatique n'a cependant pas empêché les juges de considérer que Google était le responsable du traitement des données. Ce dernier ayant élaboré l'algorithme, il aurait ainsi déterminé les finalités et les moyens du traitement.

Si bon nombre d'actions, permettant sous une quelconque forme de traiter des données à caractère personnel, sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la loi du 6 janvier 1978, certaines opérations en sont cependant expressément exclues.

c. Les traitements exclus du champ d'application matériel de la loi de 1978

1072 *Présentation* ◇ Deux catégories de traitements sont concernées : les traitements réalisés dans le cadre d'activités privées et les traitements relevant de la souveraineté de l'État. Il en est de même pour les copies temporaires.

1073 *Les traitements « mis en œuvre pour l'exercice d'activité*

exclusivement personnelle » ◇ Cette exclusion, n'était pas explicitement prévue dans la loi de 1978 d'origine, même si cette dernière écartait déjà les usages relevant du « strict exercice du droit à la vie privée ». L'exception a donc été initiée par la directive de 1995 et transposée dans l'article 2 de la loi de 1978 par la législation du 6 août 2004. Sont désormais aussi bien visés les traitements automatisés que les fichiers manuels. Ne sont donc pas concernés par le dispositif légal de protection des données, les carnets d'adresses personnelles, électroniques ou manuels, tenus par un particulier.

Lorsque le traitement revêt un caractère mixte, en ce qu'il intègre des données à caractère privé et d'autres devant être considérées comme professionnelles, l'exception n'est plus applicable.

Une interrogation s'est posée s'agissant des sites personnels et des blogs. Le terme de blog ou *weblog* résulte de contraction des mots « *web* » (la toile) et « *log* » (journal). La terminologie française correspondante est officiellement celle de « bloc-notes » ou « bloc »³⁸⁰⁵. Cette pratique s'est développée dès la fin des années 1990 aux États-Unis et ne s'est imposée en France qu'au début des années 2000³⁸⁰⁶. Le blog remplace l'ancien journal intime. Il prend la forme d'une page Internet de commentaires personnels et est accessible à tous par le biais du réseau. C'est un lieu d'expression des opinions personnelles mais aussi un lieu d'échanges, l'internaute qui consulte la page ayant la possibilité de répondre en « postant » un commentaire. Au départ réservé à la sphère privée, les sociétés commerciales se sont aujourd'hui emparées de cet outil pour assurer la promotion de leurs produits. Le blog peut être l'occasion de traitements de données à caractère personnel réalisés dans le cadre de compilations d'informations par exemple relatives à l'activité d'un réseau d'amis. Le caractère initialement privé du blog incite à s'interroger sur l'applicabilité de la loi de 1978, la question étant de savoir si cette pratique est en mesure d'entrer dans le champ d'application de l'exception relative au caractère exclusivement personnel de l'activité exercée.

Une délibération de la Cnil, en date du 22 novembre 2005³⁸⁰⁷, répond à ce questionnement. La Commission y affirme que l'utilisation par les particuliers, à titre privé, de sites web est susceptible de permettre, "d'une part, la collecte de données à caractère personnel de personnes qui s'y connectent et, d'autre part, la diffusion de données à caractère personnel (nom, images de personnes ou tout autre élément permettant

d'identifier une personne physique)." Elle en conclut que les sites personnels ou blogs entrent dans le champ d'application du texte et ne sont donc pas visés par l'exclusion précitée. Il faut se féliciter de cette solution, en ce qu'elle permet de protéger les données traitées dans le cadre de la nouvelle mode des blogs commerciaux. Par ailleurs, même réalisée par un particulier, cette activité ne s'avère pas « exclusivement personnelle » comme l'exige l'application de l'exclusion. La diffusion sur la toile confère en effet aux blogs un caractère public. Cette position est partagée par la CJUE qui, dans un arrêt en date du 6 novembre 2003, affirme que « l'opération consistant à faire référence, sur une page Internet, à diverses personnes, à les identifier soit par leur nom soit par d'autres moyens (numéro de téléphone ou informations relatives à leurs conditions de travail et à leurs passe-temps) constitue un traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie » ³⁸⁰⁸.

1074 *Les traitements relevant de la souveraineté de l'État* ◇ Si le dispositif légal concerne les traitements mis en œuvre par une personne morale de droit public, certains y échappent cependant. Il s'agit plus spécialement des traitements dits de souveraineté.

La loi du 6 janvier 1978 mentionne dès son origine les traitements réalisés pour le compte de l'État, mais précise qu'il leur est fait application d'un régime dérogatoire s'agissant tant du respect des formalités préalables ³⁸⁰⁹ que du droit d'accès des personnes fichées ³⁸¹⁰ ou du pouvoir de contrôle de la Cnil ³⁸¹¹.

Dans son considérant n° 13, la directive de 1995 précise quant à elle que « le traitement de données à caractère personnel qui est nécessaire à la sauvegarde du bien-être économique de l'État ne relève pas de la présente directive lorsque ce traitement est lié à des questions de sûreté de l'État ». Cette position s'explique aisément par la limitation politique du pouvoir d'action de la réglementation communautaire qui entend préserver les domaines relevant de la compétence de la souveraineté des États membres.

La loi de 2004 n'a donc pas eu sur ce point à apporter de modifications à la législation de 1978.

Au-delà de ces traitements spécifiques écartés du dispositif de protection des données à caractère personnel, toute une catégorie d'opérations échappe également à l'application de la loi Foyer.

1075 *L'exclusion des copies temporaires* ◇ L'article 4 de la loi de 1978 prévoit explicitement que « les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables aux copies temporaires qui sont faites dans le cadre des activités techniques de transmission et de fourniture d'accès à un réseau numérique, en vue du stockage automatique, intermédiaire et transitoire des données et à seule fin de permettre à d'autres destinataires du service le meilleur accès possible aux informations transmises ».

Le recours aux copies temporaires permet en effet d'économiser les capacités de communications et de fluidifier le trafic. Dans ce cadre, les fournisseurs d'accès utilisent des serveurs « *proxy* » ou serveurs mandataires. Ceux-ci proposent l'utilisation d'une mémoire cache qui constitue un moyen astucieux pour optimiser les temps de chargement et désengorger le réseau. Ce procédé se traduit par une sorte de mémorisation des requêtes de l'internaute qui permet, en cas de nouvelles demandes, aux résultats de s'afficher plus vite que s'ils avaient parcouru la distance réelle qui sépare l'ordinateur du serveur. La copie temporaire permet donc de stocker une information qui sera probablement redemandée afin de ne devoir lancer la recherche qu'une seule fois et donc d'optimiser son chargement. Cette technique s'avère totalement neutre pour la donnée transmise, seules pouvant être réalisées des opérations de compressions-décompressions. Aucun traitement ni analyse de la donnée véhiculée ne sont effectués, ce qui justifie que ce procédé ne soit pas concerné par le dispositif de la loi de 1978. On peut enfin relever que la réglementation sur les droits d'auteurs traite également des copies temporaires en tant qu'exception à l'application des textes, le terme de « copie technique » étant alors préféré ³⁸¹².

Le champ d'application matériel de la loi de 1978 ayant été détaillé. Reste à envisager son champ d'application territorial.

d. Le champ d'application territorial de la loi de 1978

1076 *Présentation* ◇ Ce point est envisagé à l'article 5 de la loi de 1978. L'application de cette législation dépendra en premier lieu de l'établissement ou non du responsable du traitement sur le territoire français. Si tel n'est pas le cas des solutions de « rattrapage » existent.

1077 *Le responsable de traitement établi sur le territoire français* ◇ Cet article 5 donne une précision sur ce critère en indiquant

que le responsable est considéré établi dès lors qu'il « exerce une activité sur le territoire français dans le cadre d'une installation, quelle que soit sa forme juridique ». Dans le même sens, le considérant n° 19 de la directive du 25 octobre 1995 précise que « l'établissement sur le territoire d'un État membre suppose l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'une installation stable ; que la forme juridique retenue pour un tel établissement, qu'il s'agisse d'une simple succursale ou d'une filiale ayant la personnalité juridique, n'est pas déterminante à cet égard ». En accord avec cette définition, la Cnil rappelle sur son site que « la notion d'établissement suppose l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'une installation stable » ³⁸¹³. Le Groupe 29 précise encore dans l'un de ses documents de travail « que le lieu d'établissement d'une société qui fournit des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où est située la technologie qui supporte son site web ni le lieu d'accès au site web mais le lieu où elle exerce son activité » ³⁸¹⁴.

Les critères d'appréciation à retenir sont donc relatifs au caractère réel de l'exercice de l'activité et à la stabilité de l'installation.

L'application de ce critère par les juges français a pu conduire à des solutions variables, la légitimité de certaines pouvant être discutée. Ainsi, dans un litige opposant une internaute française au géant Google, auquel elle demandait la suppression de messages personnels archivés, un jugement du TGI de Paris, en date du 14 avril 2008 ³⁸¹⁵, a estimé que cette société ne pouvait être considérée comme établie en France. Le juge a motivé sa décision en affirmant qu'aucun serveur de Google Inc n'était situé sur le territoire français. En l'espèce, était pourtant mise en cause l'entité Google France qui aurait pu être considérée comme établie sur le territoire, ce d'autant plus que le jugement reconnaît lui-même que « la société Google France est l'agence commerciale et technique en France de la société Google Inc ». Le juge a cependant estimé que cette structure n'avait pas de véritables pouvoirs, ceux-ci étant concentrés entre les mains de la société mère établie en Californie. Il relève en effet que « la société Google France, est une simple agence qui n'administre pas et qu'elle n'a reçu aucun mandat pour représenter la société Google Inc. En vertu de ce raisonnement, Google France n'a pas été considéré comme l'un des établissements du groupe et n'a donc pas été contraint de respecter la loi française. Ce raisonnement a été reproduit dans un autre litige à l'occasion duquel a été rendue une ordonnance de référé en date du 28 octobre 2010 par le TGI de Montpellier » ³⁸¹⁶. Google a dans cette

affaire été condamné sous astreinte à opérer la désindexation de pages web litigieuses, de nature à porter atteinte à l'intimité de la vie privée de la plaignante.

On prend ici conscience de l'ingéniosité du groupe Google qui, dans une parfaite connaissance de la législation européenne, a su organiser sa structure pour échapper à l'application du dispositif européen. Il faut espérer que cette logique ne soit pas reproduite au bénéfice de Facebook qui, avec la même habileté juridique, a exclusivement confié à son antenne française des missions relatives aux opérations de publicité du groupe.

Les tribunaux français ont par contre reconnu l'applicabilité de la loi de 1978 au groupe Twitter. Dans une ordonnance de référé du 24 janvier 2013, le tribunal de grande instance de Paris a estimé que cette société américaine pouvait être considérée comme « établie (sur le territoire français) au sens juridique et économique du terme par l'activité qu'elle y conduit et les recettes publicitaires qu'elle s'y procure, ayant en outre un établissement sur le territoire français par sa filiale Twitter France »³⁸¹⁷. Cette analyse a permis d'astreindre Twitter à communiquer les données de titulaires de comptes ayant twitter des propos aux contenus illicites, en l'espèce racistes et antisémites. Cette décision a récemment été confirmée par la Cour d'appel de Paris³⁸¹⁸. Twitter a fait l'objet d'une autre condamnation par une ordonnance de référé du TGI de Paris du 4 avril 2013³⁸¹⁹. Le groupe a encore été condamné, sous astreinte de 500 euros par jour de retard, à communiquer, à la suite d'une usurpation d'identité, toutes les informations d'identification de la personne à l'origine de la création d'un faux profil.

La Cnil s'avère quant à elle plus ferme dans l'application du dispositif de la loi de 1978 et considère au contraire que la société Google France peut être considérée comme établie sur le territoire français. Dans une délibération du 3 janvier 2014³⁸²⁰, ce raisonnement a permis la condamnation de l'opérateur américain à 150 000 euros d'amende, ses nouvelles règles de confidentialité ayant notamment été jugées non conformes à la loi informatique et libertés³⁸²¹. La sanction pécuniaire étant assortie d'une obligation de publier pendant 48 heures un communiqué relatif à cette décision sur la page d'accueil google.fr, l'opérateur avait saisi le Conseil d'État d'une demande de suspension de la délibération de la Cnil. Le juge des référés de la haute juridiction administrative ayant rejeté cette demande par une ordonnance en date du 7 février 2014³⁸²² l'opérateur s'est finalement exécuté.

Dans cette délibération du 3 janvier 2014, la formation restreinte de la commission nationale motive sa décision de condamnation par le fait « que la société Google France SARL participe de manière effective à des activités liées aux traitements de données relatives aux utilisateurs de ses services ». Elle ajoute « que l'activité de publicité en ligne... est indissociable du traitement des données des utilisateurs. En effet c'est précisément grâce à la quantité considérable de données dont elle dispose sur eux qu'elle peut garantir aux annonceurs des prestations de ciblage publicitaire d'une grande précision. ». Et de conclure que « C'est à l'aune de l'importance que revêtent ces activités localisées en France que la société Google France peut être regardée comme un établissement au sens de l'article 5 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 2008 modifiée, pour les traitements ayant pour finalité la publicité ». On verra plus loin que dans cette même décision la formation restreinte justifie également l'application de la loi française par le fait que la société Google Inc. recourt à des moyens de traitement sur le territoire national.

Face à l'hétérogénéité des décisions de justice et leur incompatibilité avec le positionnement de la commission nationale, il importe que soit trouvé, dans le cadre de la prochaine réforme du dispositif européen de protection des données personnelles ³⁸²³, un moyen de contraindre tous les opérateurs proposant leurs services en France à respecter notre législation informatique et libertés.

En l'état des textes, et dans l'hypothèse où le responsable du traitement ne peut être considéré comme établi sur le territoire français, une solution de rattrapage existe.

1078 *Le responsable de traitement non établi sur le territoire français* ◇ Deux situations doivent encore être distinguées, selon que le responsable du traitement est ou non installé dans un autre État membre de l'Union européenne.

La loi française n'est pas applicable si le responsable du traitement est établi dans un État membre de l'Union européenne. La loi de ce pays européen définira alors les obligations à respecter, et ce même si les données personnelles sont collectées en France. Cet élément d'extranéité sera ici de peu d'incidences, du fait de l'harmonisation des législations réalisée par la transposition de la directive de 1995.

Bien qu'ayant son siège social en Californie, Facebook a fait le choix de fixer l'un de ses établissements en territoire irlandais, là où la

réglementation est traditionnellement plus souple. Cette stratégie ne permet pas pour autant d'échapper à la surveillance des instances européennes, la Commission de contrôle irlandaise ayant d'ailleurs été mandatée par les autres Cnil nationales pour effectuer un audit de cette société. Un rapport a été rendu le 21 septembre 2012.

En revanche, lorsque le responsable du traitement n'est pas établi dans un État membre de l'Union, la loi française peut être applicable si ce responsable « recourt à des moyens de traitement situés sur le territoire français »³⁸²⁴. Ce responsable doit alors désigner à la Cnil un représentant établi sur le territoire national qui se substituera à lui dans l'accomplissement des obligations prévues par loi de 1978. Si la règle semble clairement exposée, sa mise en œuvre s'avère délicate la notion de « moyens de traitements situés sur le territoire » étant difficile à cerner.

La Cnil affirme privilégier une conception large de ces moyens utilisés. La notion regroupe selon elle « les logiciels de collecte, les formulaires, les serveurs informatiques, les cookies, les bannières Javascript, etc. »³⁸²⁵. Dans un document de travail de 2002³⁸²⁶, le G29 préconise de considérer le PC de l'utilisateur comme un équipement et donc comme un moyen utilisé sur le territoire. Cette proposition audacieuse permettrait une application extensive de la réglementation européenne mais son acceptation par des pays tiers risque de ne pas être aisée.

En vertu de ce critère relatif à l'usage de moyens de traitement, certaines applications de Google doivent être proposées dans le respect de notre législation. Ainsi, la société américaine a dû déclarer auprès de la Cnil son nouveau service de géolocalisation intitulé *Google Latitude*. Ce procédé permet d'indiquer à ses amis et sa famille où l'on se trouve en temps réel. Il permet également de géolocaliser ses amis sur une carte, en leur envoyant au préalable une invitation par email ou SMS. La technique nécessitant de répertorier les antennes relais des opérateurs de téléphonie mobile et d'installer des logiciels sur les téléphones portables et ordinateurs situés en France, la Cnil a considéré que Google recourt à des moyens de traitement situés sur le territoire et que cette application devait ainsi être réalisée dans le respect de la loi informatique et libertés. Cette soumission à la loi française permet à la Cnil de contrôler le dispositif et de traiter les plaintes susceptibles d'en découler. La Cnil juge plutôt positivement ce nouveau service, considérant qu'il est proposé dans le respect des principes de la loi de 1978³⁸²⁷. La

Commission exprime par contre certaines réserves à l'égard de la nouvelle application de Facebook qui, intitulée *Facebook Places*, propose le même genre de services ³⁸²⁸.

La Cnil s'avère également très critique à l'égard d'une autre application de Google : *Google street view*, pour laquelle elle a d'ailleurs infligé à l'opérateur une amende de 100 000 euros ³⁸²⁹. Cette fonctionnalité supposant de récolter, depuis les véhicules dédiés à ce service, des données dites de contenu via les réseaux Wi-Fi (identifiants, mots de passe, échanges de courriels...), sa mise en œuvre devait se faire dans le respect de la loi informatique et libertés ce qui n'a pas été jugé le cas.

Récemment, dans une délibération du 3 janvier 2014 ³⁸³⁰, la commission restreinte de la Cnil a prononcé une nouvelle condamnation de 150 000 euros à l'encontre de Google, considérant que l'opérateur avait recours à certains moyens de traitement. Elle invoque pour ce faire l'intention du législateur communautaire qui aurait intégré la disposition relative aux moyens de traitement pour éviter « le contournement de la protection accordée aux résidents européens du fait de l'établissement du responsable de traitement dans un pays non-membre de l'Union européenne. » ³⁸³¹. Dès lors, et contrairement à ce que prétendait la société Google, « l'ensemble des équipements ou logiciels participant à des actions de lecture ou d'écriture (sur le terminal d'un utilisateur) – y compris les cookies ou les outils similaires – doivent être considérés comme des moyens de traitement ». La Cnil considère enfin que malgré le fait que l'internaute contrôle les composants de son terminal et sa connexion Internet, la société Google « a en revanche la totale maîtrise des dispositifs de stockage ou d'accès à des informations qui, tels que les cookies, sont déposés dans le terminal de l'utilisateur » et qu'« elle exerce donc un degré de contrôle substantiel et suffisant sur ces moyens de traitement. »

Dans une autre décision du 24 janvier 2013, rendue sur ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Paris, ce critère des moyens utilisés sur le territoire a également été invoqué pour justifier la condamnation de la société Twitter ³⁸³². Le juge a considéré que cette société « recourt à des moyens de traitement matériels et immatériels situés sur le territoire français à savoir sa filiale française, les PC des utilisateurs de ses services et les logiciels qui s'y trouvent implantés, permettant et organisant la collecte et le transfert des données des utilisateurs » ³⁸³³. Cette décision de condamnation a été confirmée par un

arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 12 juin 2013 mais la question de l'applicabilité de la loi française à des hébergeurs n'a malheureusement pas été discutée ³⁸³⁴.

S'agissant du champ d'application territorial de la loi de 1978, une dernière précision est donnée par l'article 5, I, 2° qui indique que ne sont pas soumis à l'application de la loi française « les traitements qui ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur le territoire » ³⁸³⁵.

1079 *L'exclusion des traitements utilisés aux seules fins de transit* ◇ Cette disposition de l'article 5 I, 2° de la loi de 1978 est fréquemment invoquée par les grands opérateurs américains afin d'échapper à notre dispositif de protection des données, plus rigoureux que leur système légal. Pour prétendre au bénéfice de cet article, ils devront établir que les données ne font que transiter par le territoire français, et ce sans que leur flux ne soit interrompu.

Cet argument a été l'un de ceux retenus par un jugement du TGI de Paris, en date du 14 avril 2008 ³⁸³⁶, afin de rejeter l'application de la loi française à la société Google, s'agissant de son activité d'archivage de messages publiés sur les forums *Usenet*.

La Cnil est par ailleurs actuellement en litige avec Facebook qui conteste qu'on lui fasse application de la loi de 1978. L'opérateur considère qu'il se contente d'utiliser en France des moyens à des seules fins de transit des données, celles-ci étant finalement traitées en territoire américain.

1080 *La loi de 1978 n'est pas une loi de police* ◇ Dans l'ordonnance précitée du président du TGI de Paris, en date du 14 avril 2008, la requérante agissant contre Google a tenté de faire valoir que la législation de 1978 devait être considérée comme une loi de police, c'est-à-dire une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique d'un pays. Elle prétendait également que l'ordre public, ainsi que le conçoit le Droit international privé, commandait l'application de la loi française. Ce double argument a été rejeté par le juge qui a au contraire affirmé que « la loi française n'est pas en toute évidence une loi de police justifiant son application impérative au présent litige, et que son application ne s'impose pas, que ce soit en vertu du lieu de survenance du fait dommageable ou pour des motifs tenant à l'ordre public au sens du droit

international privé » ³⁸³⁷. Ce refus s'explique notamment par le fait que les lois de l'État de Californie, où Google a établi son siège, érigent également en principe la protection des données personnelles et de la vie privée. Il est vrai que l'application qui en est faite s'avère emprunte d'un certain laxisme, les préceptes libéraux étant susceptibles là-bas de l'emporter sur la protection du particulier.

1081 *La loi française peu appliquée aux activités de Google* ◇ Si certaines applications qui supposent l'usage de moyens de traitement situés en France, tels *Google street view* ou *Google Latitude*, entrent dans le champ d'application de la loi de 1978 ³⁸³⁸, il est plus difficile de savoir si la plus conséquente activité du groupe, liée aux opérations de moteur de recherche, y est également soumise. Ainsi dans une décision du 12 juin 2013, le TGI de Paris a considéré que la fonctionnalité *Google Suggest*, qui permet de faciliter la navigation en proposant à l'internaute différentes suggestions au fur et à mesure qu'il tape l'objet de sa requête, n'est pas un fichier au sens de cette loi. Les juges ont dès lors pu considérer que l'association du terme escroc avec le nom d'une personne ne constitue pas un traitement illicite de données à caractère personnel ³⁸³⁹. À l'opposé de cette décision, le Tribunal de commerce de Paris, dans un jugement du 28 janvier 2014, a estimé que les outils de recherche de Google constituaient bien un traitement de données à caractère personnel « puisqu'il s'agit d'une communication par transmission et d'une diffusion de ces données aux sens prévus par la loi » ³⁸⁴⁰. Dans cette décision les juges ont également pris le soin de préciser que la loi informatique et libertés s'applique à Google Inc. invoquant l'Avis 1/2008, adopté le 4 avril 2008 par le Groupe de travail de l'article 29, les juges consulaires ont en effet indiqué que la société Google avait recours à des moyens de traitement utilisés sur le territoire français.

Par ailleurs, dans une ordonnance de référé en date du 28 octobre 2010 du TGI de Montpellier, un juge a ordonné à la société Google Inc., sous astreinte de 1 000 euros par jour, à désindexer les mots clefs donnant accès à des sites sur lesquels pouvait être consultée une ancienne vidéo pornographique d'une femme devenue institutrice ³⁸⁴¹. Si cette décision est heureuse, une réserve doit cependant être émise. Il existe en effet un paradoxe dans le fait d'ordonner de supprimer le référencement d'un document vidéo, sans que celui-ci ne disparaisse

effectivement de la toile. Celui-ci reste consultable en utilisant d'autres moteurs de recherche et il s'avérerait plus efficace d'agir directement contre les gestionnaires des différents sites qui diffusent le document.

Par une décision du 23 octobre 2013, le TGI de Paris a également considéré que la société Google pouvait être condamnée à réparer les préjudices résultant de la fonctionnalité *Google suggest* sur la base du droit commun de la responsabilité civile ³⁸⁴². Il n'est par contre pas possible d'invoquer l'infraction de diffamation, le caractère automatique de la réponse étant exclusif de toute volonté de l'exploitant du moteur de recherche d'émettre les propos en cause ³⁸⁴³.

Le lancement d'un nouveau réseau social intitulé *Google Buzz* est par ailleurs de nature à inquiéter, cette application ayant été automatique combinée avec les services de messagerie électronique de *Gmail*. Google a ainsi attribué d'office aux différents titulaires de comptes un réseau d'« amis » constitué des contacts avec lesquels ils correspondent le plus fréquemment sur Gmail. Cette opération a été effectuée sans en informer les utilisateurs ni obtenir leur consentement préalable. Différentes Cnil européennes, dont celle de la France, ont vivement réagi à cette contestable initiative non-respectueuse des principes de la réglementation européenne. Le 19 avril 2010, dix d'entre elles ont adressé un courrier commun au groupe Google l'exhortant à respecter la réglementation relative aux données personnelles ³⁸⁴⁴.

Google fait, de manière générale, l'objet d'une surveillance étroite par les instances européennes. Même si le groupe a adhéré au *Safe Harbor*, qui représente un ensemble de principes de protection des données personnelles négociés entre les autorités américaines et la Commission européenne ³⁸⁴⁵, cette société prend de fréquentes libertés avec les règles de protection de la vie privée.

Dans le cadre de cette politique de surveillance rapprochée, la Cnil française, mandatée par les autres commissions nationales européennes, a envoyé en mars 2012 un questionnaire détaillé à Google sur ses nouvelles règles de confidentialité ³⁸⁴⁶. Celles-ci permettent un croisement des données récoltées dans le cadre des différentes applications Google et ne semblent donc pas respectueuses des principes du consentement préalable et de l'information due aux personnes dont les données sont collectées ³⁸⁴⁷. Suite à la réponse de Google, un rapport a été rédigé qui pose un certain nombre de recommandations jusqu'alors ignorées par l'opérateur américain. Face à cette inertie, le Groupe de l'article 29 a lancé une action répressive coordonnée des différentes Cnil

européennes ³⁸⁴⁸, ce qui a récemment abouti au prononcé d'une condamnation de 150 000 euros par la commission française ³⁸⁴⁹. Bien que cela soit contesté par l'opérateur, la Cnil a en effet considéré qu'il réalisait une collecte de données à caractère personnel. Si cela s'avère indiscutable s'agissant des informations directement identifiantes, récoltées à l'occasion du fonctionnement des différents comptes d'utilisateurs, tel est également le cas pour les données récoltées auprès d'utilisateurs non identifiés. L'accumulation des données recueillies ainsi que les croisements opérés grâce au nouveau dispositif de règles de confidentialité permet en effet de « singulariser (l'utilisateur) à partir d'un ou de plusieurs éléments qui lui sont propres » ³⁸⁵⁰. Dès lors « ces données doivent, en tant que telles, être considérées comme identifiantes et non comme anonymes » ³⁸⁵¹.

Après avoir démontré que Google réalisait une collecte de données à caractère personnel, la Cnil justifie la condamnation en mentionnant les violations des droits des personnes propriétaires des données, ces derniers n'ayant pas consenti à la collecte réalisée ni été informés de ses modalités. Cette délibération s'avère par ailleurs riche d'enseignements sur les critères d'applicabilité de la loi française aux opérateurs étrangers ³⁸⁵².

1082 *La réforme de la directive de 1995 et la possible extension du champ d'application territorial de la réglementation européenne* ◇ Les développements qui précèdent ont démontré que la détermination du champ d'application territorial de la loi de 1978 s'avère parfois problématique et que les opérateurs, qui ne sont pas installés sur le territoire de l'Union mais y proposent leurs services, échappent trop aisément au dispositif de protection des données personnelles.

L'actuel projet de réforme de la directive de 1995, déposé le 25 janvier 2012, laisse espérer une amélioration du dispositif ³⁸⁵³. Le projet de règlement préconise en effet de faire application de la réglementation européenne à tout responsable de traitements non établi dans l'Union européenne dès lors qu'il collecte des données sur des personnes résidant au sein du territoire communautaire. Il sera cependant nécessaire que la finalité du traitement soit en lien avec « l'offre de biens ou de services (proposés) à ces personnes concernées » ou que le traitement en cause vise « l'observation de leur comportement » ³⁸⁵⁴. Ces nouveaux critères, plus extensifs que ceux

actuellement utilisés, permettraient une heureuse application du dispositif européen de protection des données personnelles aux géants américains.

Afin d'avoir une vision complète du dispositif législatif français, évoquons les dispositions particulières de la loi du 6 janvier 1978 consacrées à la question du transfert de données vers des pays tiers.

e. La question du transfert de données vers des pays tiers ³⁸⁵⁵

1083 *Loi de 1978 et directive de 1995* ◇ Au moment de l'élaboration de la loi Foyer du 6 janvier 1978, il n'y a pas eu de véritable conscience de la dimension internationale du traitement des données à caractère personnel. Sa prise en compte a constitué une des grandes avancées de la directive de 1995. La loi du 6 août 2004 a donc transposé de nouvelles dispositions dans le système législatif français.

1084 *Régime du transfert* ◇ Le transfert de données entre pays membres de l'Union européenne ne pose pas de difficulté, l'harmonisation résultant de la transposition des textes européens garantissant une protection uniforme des droits des personnes concernées par ces informations. En vertu de leur signature de l'accord sur l'Espace Économique Européen (EEE), l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège, membre de l'Association Européenne de Libre Échange (AELE), ont transposé la directive 95/46 et sont donc considérés comme des États « membres » au titre des opérations de transfert international de données à caractère personnel.

Le problème se pose en revanche lorsqu'un responsable de traitement, qui a récolté des données sur le territoire français ou sur celui de tout autre État membre, désire les transférer dans un pays se trouvant en dehors de l'espace européen. Un tel transfert n'est possible qu'à la condition que l'État destinataire « offre un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes » ³⁸⁵⁶, cette exigence étant appréciée par la Commission européenne. Sur son site, la Cnil propose une carte du monde en 4 couleurs indiquant les pays dont le niveau de protection est équivalent à l'espace européen (le Canada, l'Argentine, la Nouvelle-Zélande, la Suisse), non équivalent mais pour lesquels des dérogations sont possibles (les États-Unis), les pays dont le niveau de protection n'est pas

jugé adéquat mais qui disposent d'une autorité nationale de protection des données (notamment l'Australie, le Maroc, la Tunisie, le Japon, la Thaïlande, le Burkina-Faso) et enfin ceux dont la législation ne présente pas de dispositions suffisamment protectrices et qui ne disposent même pas d'une autorité de contrôle.

Après étude de la Commission européenne sur le niveau de protection offert par les différents pays tiers, trois situations peuvent se poser. La Commission peut tout d'abord considérer que le pays destinataire dispose d'un niveau de protection suffisant. Elle rend alors une décision dite « d'adéquation ». S'agissant des formalités préalables, et sauf exception liée à la nature du traitement envisagé, la règle est dans ce cas le respect d'une simple procédure de déclaration auprès de l'autorité de contrôle. L'entité européenne expéditrice doit alors préciser que les données feront l'objet d'un transfert vers un pays non-membre de l'Union européenne et fournir un certain nombre d'informations sur les modalités de ce transfert. Si la désignation d'un Correspondant Informatique et Libertés (CIL) dispense normalement de la réalisation des procédures de déclaration des traitements, tel n'est plus le cas en présence d'opérations de transferts internationales. Lorsque les dossiers sont présentés par un CIL, la Cnil les examine cependant en priorité.

La Commission peut à l'opposer donner une appréciation négative sur un pays tiers. Dans ce cas, chaque État membre doit s'organiser pour interdire le transfert des données de ses citoyens vers cet État banni ³⁸⁵⁷.

Il existe enfin un certain nombre de situations intermédiaires dans lesquelles le transfert est normalement interdit mais sera exceptionnellement autorisé, celui-ci entrant dans l'une des exceptions suivantes.

Une liste d'exceptions est tout d'abord proposée à l'article 69 de la loi informatique et libertés. En vertu de ce texte, et en toute connaissance du niveau de protection insuffisant de l'État destinataire, un accord dérogatoire peut notamment être explicitement donné par la personne dont les informations sont récoltées, un traitement médical à l'étranger pouvant par exemple justifier la divulgation de données de santé.

Le transfert sera également possible dans les cas suivants : s'il en va de la sauvegarde de la personne dont les données sont transférées (organisation d'un rapatriement sanitaire qui suppose l'échange d'un certain nombre de données de santé) ou de la sauvegarde de l'intérêt public (échange d'informations relatives à la lutte antiterrorisme ou aux opérations de blanchiment). Également dans le cadre du « respect

d'obligations permettant d'assurer la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice » (société mère d'un groupe international qui est actionnée en justice par un salarié de l'une de ses filiales se trouvant dans un autre État et qui a besoin d'informations relatives à cet employé pour assurer sa défense), ou en cas de consultation d'un registre public par une personne présentant un intérêt légitime. Le transfert est aussi envisageable en vue de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat entre le responsable du traitement et la personne concernée, voire même un tiers (pour l'organisation d'un séjour touristique à l'étranger qui suppose de connaître le nom, l'adresse et le numéro de passeport, ou encore pour un achat immobilier dans un pays tiers, la réalisation de la vente supposant de transmettre un certain nombre d'informations personnelles sur le vendeur ou l'acheteur).

La Cnil, de même que le G29³⁸⁵⁸, recommande que ces exceptions de l'article 69 soient d'interprétation stricte et que leur usage reste exceptionnel. Selon la nature du transfert, celui-ci sera soumis à une procédure d'autorisation ou de déclaration auprès de la Cnil. Le responsable du traitement est parfois même dispensé de toute formalité préalable, comme dans le cas du consentement donné par le titulaire des données personnelles ou en cas de sauvegarde de la vie de ce dernier.

Dans ces différents contextes d'exception, la désignation d'un CIL n'exonère pas du respect des procédures préalables de déclaration.

En dehors des exceptions de l'article 69 de la loi de 1978, d'autres dérogations sont encore envisageables. L'opération de transfert sera ici conditionnée par le respect d'une procédure d'autorisation auprès de la Cnil qui doit en outre prévenir la Commission européenne de la dérogation octroyée.

Ces dérogations sont possibles sur la base de clauses contractuelles type signées entre deux entreprises ou entités et validées par la Cnil³⁸⁵⁹. Dans le même ordre d'idée, des exceptions sont encore admises si des règles internes d'entreprise, dites *Binding Corporate Rules* (les BCR) sont adoptées au sein d'un groupe menant une activité internationale³⁸⁶⁰.

Dans les cas spécifiques de traitements mis en œuvre pour le compte de l'État, tel que prévu aux articles 26-I et 26-II (traitements intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique ou qui ont pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales), l'autorisation de transfert des données ne peut être accordée que par décret en Conseil d'État pris après avis motivé et publié de la Cnil.

Une dérogation particulière de transfert de données à caractère personnel, propre aux États-Unis, peut enfin être octroyée sur la base d'une adhésion de la société destinataire des données aux principes du « *Safe Harbor* »³⁸⁶¹.

Dans tous ces cas de transfert et quelles qu'en soient les modalités, les personnes titulaires des données doivent être informées de l'existence de l'envoi vers un pays tiers³⁸⁶². Cette information doit être détaillée en indiquant notamment la finalité du transfert, le pays d'établissement du destinataire des données (y compris le fait que ce pays n'accorde pas une protection adéquate au sens de la directive d'octobre 1995), le ou les catégories de destinataires des données et, le cas échéant, la nature de la protection assurée aux données transférées (contrat, règles internes, *Safe Harbor*, etc.).

Sans pour autant proposer de dispositions révolutionnaires le projet de règlement européen, visant à réformer la directive de 1995, à préciser les modalités d'un transfert de données vers des pays non européens. Les dispositions sont cependant de nature à inquiéter en ce qu'elles sont en mesure de faciliter les transferts vers des États ne présentant pas un niveau de protection adéquat³⁸⁶³.

En vertu de l'article 226-22-1 du Code pénal, le responsable de traitement qui ne respecterait pas ces règles relatives au transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers encourt la peine pénale traditionnellement appliquée en cas de violation de la loi du 6 janvier 1978, soit 5 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende³⁸⁶⁴.

À l'occasion d'une question préjudicielle³⁸⁶⁵, la Cour de justice de l'Union européenne a enfin précisé que cette réglementation relative aux transferts internationaux des données ne concerne pas de manière générale toutes les informations mentionnées sur une page Internet. La position contraire n'était de toute manière pas tenable en ce qu'elle aurait conduit à interdire toute diffusion de données personnelles sur Internet par crainte qu'un État insuffisamment protecteur y ait accès.

Le présent exposé sur le dispositif national de protection des données à caractère personnel ne saurait se limiter à la loi du 6 janvier 1978, modifiée par celle du 6 août 2004 et doit être complété par la présentation de la Commission nationale informatique et libertés, cette entité assurant l'effectivité du régime mis en place.

2. La Commission nationale informatique et libertés

1085 *Subdivision* ◇ Cette entité sera présentée (a) avant que ne soient envisagées ses missions (b).

a. Présentation et composition

1086 *Présentation* ◇ La Commission nationale informatique et libertés a tout d'abord pris la forme d'un groupe de travail, créé à la demande du garde des Sceaux de l'époque, qui avait pour mission de réfléchir aux mesures à mettre en place pour que le développement de l'informatique se fasse dans le respect des droits de chacun et particulièrement dans celui de la protection des données à caractère personnel. Ce n'est donc pas la loi du 6 janvier 1978 qui a institué cette Commission mais bien au contraire la Cnil qui a accouché de la loi Foyer.

Cette Commission prend la forme d'une Autorité Administrative Indépendante (AAI), c'est-à-dire d'une entité, non pourvue de la personnalité juridique, qui agit au nom de l'État mais sans relever de l'autorité du gouvernement. Elle est dotée d'un règlement intérieur ³⁸⁶⁶. Ses statuts doivent impérativement garantir cette indépendance vis-à-vis de l'exécutif, bien que son fonctionnement se fasse sur budget public ³⁸⁶⁷ et que ses agents aient le statut de contractuel de l'État.

1087 *Composition* ◇ L'indépendance de la structure est notamment garantie par son organigramme composé de 17 membres sans que ne soit présente aucune personnalité du gouvernement ³⁸⁶⁸. Un savant équilibre a été trouvé entre compétences politiques, économiques, juridiques et informatiques. Siègent en effet à la Commission deux députés, deux sénateurs, deux membres du Conseil économique et social, deux membres de la Cour des comptes ainsi que des personnes, dites qualifiées, choisies pour leurs compétences dans le domaine informatique ou celui des libertés individuelles ³⁸⁶⁹. Les statuts veillent également à empêcher tout conflit d'intérêts, chaque membre ayant l'obligation de faire déclaration des relations privilégiées qu'il entretient ou a entretenu, directement ou indirectement, avec toutes sociétés que la Cnil peut être amenée à contrôler ³⁸⁷⁰.

Les membres de la Cnil se réunissent en séances plénières une fois par semaine sur un ordre du jour établi à l'initiative de son président ³⁸⁷¹.

Chaque État membre de l'Union européenne dispose de sa propre Commission nationale. La réunion de ces entités constitue le Groupe de

travail 29 ou G29, non pas au regard de leur nombre mais par référence à l'article 29 de la directive de 1995 qui prévoit la mise en place de ce groupe de réflexion.

L'exigence d'indépendance des autorités de contrôle européennes fait l'objet d'un examen strict par la Cour de justice de l'Union européenne qui a déjà eu l'occasion de sanctionner certains États n'ayant pas su mettre en place des statuts garantissant leur non-ingérence dans le fonctionnement de leur Commission nationale ³⁸⁷².

b. Les missions de la Cnil

1088 ***Présentation*** ◇ La mission générale de la Commission est d'assurer le respect des dispositions de la loi informatique et libertés et donc de garantir la protection de la vie privée des citoyens et de leurs données à caractère personnel face aux dangers de l'informatique ³⁸⁷³.

Afin de réaliser cet objectif, plusieurs pouvoirs et fonctions lui sont confiés qui sont détaillés à l'article 11 de la loi de 1978.

1089 ***L'encadrement des formalités préalables*** ◇ Le contrôle mis en œuvre par la Cnil pour assurer sa mission première consistant à garantir le respect des dispositions de la législation de 1978 est notamment rendu effectif par le biais des formalités préalables réalisées par les responsables de traitements et dont elle est le destinataire. La Cnil recueille ainsi les diverses déclarations de fichiers et octroie les autorisations nécessaires. Le détail de ces formalités préalables sera proposé lors de l'examen des obligations du responsable du traitement ³⁸⁷⁴. À cette occasion, elle vérifie que le traitement se fait conformément aux dispositions de la loi Foyer. Dans ce cadre, on peut lui reconnaître un pouvoir normatif en ce qu'elle élabore un certain nombre de normes simplifiées, sorte de cahier des charges indiquant au responsable du traitement les modalités à respecter et dont la mise en œuvre est basée sur la formulation d'un simple engagement de conformité.

1090 ***La réception des plaintes*** ◇ La Commission est également le garant du respect de la loi de 1978, en ce qu'elle est le réceptionnaire privilégié des plaintes et réclamations relatives à la mise en œuvre de tout traitement de données à caractère personnel. Dans son rapport d'activité

de 2012 ³⁸⁷⁵, la Cnil indique qu'elle a reçu 6017 plaintes, ce qui représente une augmentation de + 4,9 % par rapport à l'année précédente. Cette progression s'avère moins conséquente que celle constatée entre les années 2011 et 2012 où l'augmentation avait été de plus de 19 %. Cette explosion des chiffres s'expliquait par l'institution en 2010 des dépôts de plainte en ligne.

1091 ***La réalisation de contrôles*** ◇ La Cnil prend une part active dans la recherche des violations des dispositions de la loi de 1978. Elle est en effet habilitée à faire réaliser un certain nombre de contrôles des traitements mis en œuvre, selon des modalités définies à l'article 44 de la loi. Elle peut exiger que lui soit communiqué tout document utile, en prendre copie et accéder aux programmes informatiques du responsable de traitement ³⁸⁷⁶.

La Commission dispose également de la possibilité de faire exécuter des contrôles *in situ* par ses différents membres ou des agents des services de la Cnil dûment habilités. En 2012, la Commission a réalisé 458 contrôles, ce qui représente une augmentation de plus de 19 % par rapport à l'année 2011 ³⁸⁷⁷. Les agents sont autorisés à intervenir de 6 h du matin à 21 h dans les locaux servant à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel et qui sont à usage professionnel, à l'exclusion des parties de ceux-ci affectées au domicile privé. Aucune règle n'impose aux contrôleurs d'informer préalablement le responsable du traitement. Une telle visite ne peut cependant se faire sans que le Procureur de la république territorialement compétent en ait été informé au plus tard 24 heures avant la date prévue. Il s'agit bien ici de la communication d'une simple information et non d'une quelconque demande d'autorisation. Le responsable du traitement doit savoir qu'il dispose d'un droit d'opposition. S'il entend le faire-valoir, le contrôle ne pourra alors se faire, depuis la réforme de la loi organique du 29 mars 2011 ³⁸⁷⁸, qu'après autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les locaux à visiter. Ce même juge peut également être sollicité en cas d'urgence, de gravité des faits ou de risque de destruction de preuves, le responsable du traitement ne pouvant alors s'opposer au contrôle.

La loi relative à la consommation, dite loi « Hamon », du 17 mars 2014 ³⁸⁷⁹ adapte les pouvoirs d'investigation de la Cnil au développement du numérique ³⁸⁸⁰. L'article 105 de ce texte, modifiant l'article 44 de la loi

du 6 janvier 1978, donne à la Commission nationale la possibilité d'effectuer des contrôles en ligne en lui permettant de constater à distance, depuis un ordinateur connecté à Internet, des manquements à la loi informatique et libertés. Les manquements relevés seront mentionnés dans un procès-verbal adressé aux organismes concernés et leur seront opposables. Ce nouveau pouvoir ne s'appliquera évidemment qu'aux « données librement accessibles ou rendues accessibles » en ligne, celui-ci ne pouvant donner la possibilité de forcer les mesures de sécurité mises en place pour pénétrer dans un système d'information. Si l'on se réjouit évidemment de cette nouvelle compétence, conférant à la Cnil un pouvoir d'investigation accru, des interrogations apparaissent s'agissant notamment des modalités d'établissement du procès-verbal, celui-ci n'étant plus établi dans le respect du principe du contradictoire. Il importera également que ce contrôle soit réalisé en conformité avec les règles d'application territoriale de la loi informatique et libertés. Les responsables des traitements examinés devront dès lors être établis sur le territoire français ou utiliser des moyens de traitement situés sur ce dernier.

Quel que soit le procédé de contrôle utilisé, toute entrave à l'action de la Cnil ou de ses agents est passible d'une sanction pénale pouvant aller jusqu'à 1 an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende ³⁸⁸¹. Le secret professionnel, dès lors qu'il est invoqué à bon escient, peut cependant justifier que le responsable du traitement s'oppose à la réalisation des vérifications sans que son refus soit constitutif du présent délit d'entrave ³⁸⁸². Les opérations de contrôle peuvent enfin être exclues s'agissant des traitements intéressant la sûreté de l'État si le décret en Conseil d'État, qui a prévu la dispense de publication de l'acte réglementaire qui les autorise, a également envisagé de manière explicite d'exclure de tels contrôles ³⁸⁸³.

Dans le cadre de ces différentes vérifications ou à la suite des plaintes qu'elle recueille, la Commission a le pouvoir de dénoncer au Procureur de la république toutes infractions qu'elle constate et qui peuvent donner lieu au prononcé de peines sur la base des articles 226-16 et suivants du Code pénal ³⁸⁸⁴.

1092 ***Le pouvoir de sanction*** ◇ La Cnil dispose de son propre pouvoir de sanction encadré par l'article 45 de la loi de 1978 ³⁸⁸⁵. Ces sanctions sont prononcées par la formation restreinte de la Commission qui, depuis une

décision du Conseil d'État de 2008, doit être qualifiée de véritable juridiction au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ³⁸⁸⁶. Cette formation contentieuse est composée de 5 membres de la Cnil et d'un président qui doit être distinct de celui de la Commission ³⁸⁸⁷. Les sanctions prennent la forme de décisions administratives. Elles doivent être motivées et notifiées au responsable. Elles sont prononcées dans le cadre d'une procédure contradictoire et sont susceptibles de faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État ³⁸⁸⁸. Un tel recours est envisageable contre toutes les catégories de sanction ultérieurement présentées, y compris le simple avertissement, comme en témoigne d'ailleurs la récente affaire *Academia* ³⁸⁸⁹. Ce site, spécialiste du soutien scolaire, a fait l'objet d'un avertissement de la Cnil pour avoir réalisé des fichiers sur ses élèves et leurs parents qui comportaient des appréciations calomnieuses. Le 27 juillet 2012, à l'occasion du recours exercé contre l'avertissement de la Cnil, le Conseil d'État a jugé la sanction proportionnée ³⁸⁹⁰. Le Conseil a également eu récemment l'occasion de confirmer un avertissement public prononcé par la Cnil contre la société Foncia Groupe, en ayant pris le soin de vérifier que cette dernière avait bien le statut de responsable de traitement ³⁸⁹¹.

Les sanctions de la Cnil sont susceptibles de se cumuler avec les peines infligées par le juge pénal. Cependant « le principe de proportionnalité implique que le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues » ³⁸⁹².

1093 *Politique modérée des sanctions* ◇ Contrairement à d'autres Cnil européennes, la Commission nationale a une réputation de clémence, celle-ci faisant en effet un usage limité de son pouvoir de sanction. Depuis sa création, elle a seulement infligé 520 400 euros d'amende alors que sur la seule année 2008 la Commission nationale espagnole a puni à hauteur de 22,6 millions d'euros.

La mansuétude de la Cnil française s'explique notamment par le fait qu'elle préfère faire un usage pédagogique plutôt que coercitif de son pouvoir de sanction. En cas de constat de manquement sa réponse est graduée. La Commission commence bien souvent par envoyer au responsable du traitement une demande d'explication écrite ou une convocation à venir se justifier. En l'absence de réponse ou si celle-ci ne

s'avère pas satisfaisante, le président de la Commission peut mettre en demeure ce responsable de faire cesser le manquement constaté dans un délai qu'il fixe. Une injonction de mettre fin au traitement ou un retrait de l'autorisation accordée pour le réaliser peut être prononcée. En cas de persistance du manquement et s'il y a violation des droits fondamentaux protégés par la loi de 1978, la Commission peut alors formuler un avertissement qui peut être public. Ce n'est bien souvent que lorsque ces démarches restent infructueuses que la Commission se résigne à prononcer une sanction pécuniaire à l'égard du fautif. Les amendes sont payées au Trésor public, la Cnil ne disposant pas de patrimoine propre.

Lors du premier manquement, le montant de la condamnation ne peut excéder 150 000 euros. En cas réitération dans les cinq années à compter de la date à laquelle la sanction pécuniaire précédemment prononcée est devenue définitive, la peine ne peut excéder 300 000 euros ou, s'agissant d'une entreprise, 5 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos dans la limite de 300 000 euros ³⁸⁹³. De manière favorable, le législateur n'a pas ici retenu, comme en matière pénale, la règle du quintuple de la peine. Il a également prévu que lorsque la formation restreinte prononce une sanction pécuniaire avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner l'imputation de la sanction de la Cnil sur l'amende infligée ³⁸⁹⁴.

En 2012, la Commission nationale a prononcé 43 mises en demeure, 9 avertissements et seulement 4 amendes. La Cnil peut décider de l'insertion de ces sanctions dans des publications, journaux ou divers supports qu'elle désigne. Une telle publication, évidemment réalisée aux frais des personnes sanctionnées, n'était au préalable possible que si la mauvaise foi du responsable de traitement était avérée. Depuis la loi organique du 29 mars 2011, relative au défenseur des droits, cette condition a disparu, la peine complémentaire de publication pouvant désormais être prononcée dans tous les cas ³⁸⁹⁵.

En cas d'urgence, la Commission peut décider de l'interruption du traitement ou du verrouillage des données pour une durée maximale de trois mois ³⁸⁹⁶.

En cas d'atteinte grave et immédiate aux droits et libertés mentionnés à l'article 1^{er} de la loi de 1978, le président de la Commission est également en mesure de demander, par la voie du référé et le cas échéant sous astreinte, toute mesure de sécurité nécessaire à la sauvegarde de ces droits et libertés. Selon la nature du traitement en cause, sont

compétentes les juridictions de l'ordre judiciaire, si le responsable du traitement œuvre dans un intérêt privé, ou de l'ordre administratif si celui-ci agit pour le compte de l'État, d'un établissement public, d'une collectivité locale ou dans le cadre de l'exécution d'une mission de service public.

Tout pouvoir de sanction de la Cnil devient par contre inenvisageable lorsque le traitement est mis en œuvre pour le compte de l'État. Il s'agit des traitements qui intéressent la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique et ceux qui ont pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté. La formation contentieuse ne peut alors qu'informer le Premier ministre afin qu'il prenne, le cas échéant, les mesures permettant de faire cesser la violation constatée. Ce dernier est libre de l'action à engager et a pour seule obligation de faire connaître les suites qu'il a données à cette information, au plus tard quinze jours après l'avoir reçue ³⁸⁹⁷.

Des affaires récentes illustrent le caractère quelque peu laxiste de la politique de sanction de la Cnil. Une première action a été engagée contre le site Yatedo qui diffuse, sous forme de *curriculum vitae*, des informations nominatives recueillies à partir des réseaux sociaux. À la suite d'une plainte déposée, la Cnil a tout d'abord envoyé un courrier de demande d'explications au responsable du site. En l'absence de réponse de sa part, une convocation lui a été adressée qui est également restée sans effet. Malgré l'évidente mauvaise foi du gestionnaire du site, la Cnil s'est pour l'heure contentée de formuler un avertissement public ³⁸⁹⁸. Dans une autre affaire, à la suite d'une mise en demeure de la présidente de la Cnil, d'un contrôle sur place et d'un refus d'obtempérer, un syndicat de copropriétaires, qui filmait ses agents de sécurité en continu, a seulement écopé d'une sanction publique d'un euro, assortie d'une injonction de mettre un terme au caractère continu du traitement ³⁸⁹⁹.

1094 *Les missions de conseil et d'information* ◇ La Cnil a également une mission essentielle d'information auprès des différents acteurs du monde numérique. Elle mène ainsi un certain nombre d'études qu'elle met à disposition du public par le biais de son site Internet. Elle réalise également des fiches pratiques et des petits guides ³⁹⁰⁰ qu'elle diffuse le plus largement possible et qui sont destinés à guider les professionnels afin que leurs activités se fassent dans le respect de la loi du 6 janvier

1978³⁹⁰¹. Elle joue aussi plus directement un rôle de conseiller auprès des personnes et organismes désireux de mettre en œuvre des fichiers informatiques. Un partenariat est notamment mis en place avec les organismes nationaux de la Sécurité sociale qui consiste en un engagement à apporter une assistance spécifique à ces entités qui ont sous leur responsabilité de nombreux traitements de données sensibles³⁹⁰². En dehors de toute convention ou partenariat officiellement institué, tout professionnel a la possibilité de consulter la Cnil en amont de la mise en place d'un traitement de données afin de faire valider le procédé envisagé. Cette expertise est gratuite et réalisée sans formalisme particulier. Elle présente l'avantage d'éviter les irrégularités et permettra de faire la preuve de la bonne foi du responsable du traitement en cas de litiges ultérieurs. Dans le cadre de ce contrôle *a priori*, la Cnil a mis en place un certain nombre de labels qu'elle est susceptible de délivrer à la demande³⁹⁰³, ceux-ci étant de nature à rassurer les personnes dont les données sont collectées. Dans son rapport d'activité 2012, la Cnil annonce avoir délivré 10 labels de ce genre.

À titre informatif, la Cnil a enfin pour mission de tenir à jour et à disposition la liste des États non-membres dont la Commission européenne a jugé qu'ils offraient un niveau de protection suffisant pour réaliser un transfert international de données³⁹⁰⁴.

1095 *La mission d'expertise et d'audit* ◇ Dans le cadre de ses fonctions d'expert et d'auditeur, la Commission donne notamment des avis au gouvernement et doit être obligatoirement consultée sur tout projet de loi ou de décret relatif à la protection des personnes à l'égard des traitements automatisés. Elle est également en mesure de suggérer au Gouvernement diverses mesures d'adaptation de la législation³⁹⁰⁵. À la demande du Premier ministre, la Cnil est susceptible de jouer un rôle international en participant à la détermination du positionnement de la France dans les négociations internationales relatives à la protection des droits fondamentaux.

La Commission est également force de réflexion quant à l'impact des nouvelles technologies sur la protection des données personnelles. Elle est amenée à ce titre à faire des communiqués dans lesquels elle délivre ses conseils sous forme de recommandations. Elle a ainsi fourni des instructions pour mieux maîtriser la publication des photographies sur Internet dans le cadre des réseaux sociaux³⁹⁰⁶. Des consignes ont

également été données pour un bon usage des zones de commentaires libres, dites également « zones bloc-notes », ces commentaires qui permettent un suivi des dossiers de clients ou d'utilisateurs ne devant pas être attentatoires à la vie privée ³⁹⁰⁷. La Commission a encore engagé une réflexion prospective sur l'utilisation des drones qui, initialement développés à des fins militaires, investissent aujourd'hui le domaine civil sous forme de petits jouets pilotables ³⁹⁰⁸.

Dernièrement, elle a exprimé sa position sur la pratique de plus en plus développée du *Quantified Self* ou « mesure de soi » ³⁹⁰⁹. Cette nouvelle tendance permet de mieux se connaître en mesurant des données relatives à son corps et à ses activités. Ces applications concernent majoritairement les domaines de la santé (courbes de poids, de température, suivi alimentaire, phases de sommeil), du bien-être et du sport (temps de course à pied ou nombre de pas effectués dans une journée). Dans cette dernière recommandation, la Cnil met en évidence les risques accrus de recueil de données personnelles que recèle cette nouvelle mode et donne des conseils aux utilisateurs pour protéger au mieux leurs données intimes.

Le 25 juin 2012, suite à une consultation publique lancée fin 2011, la Commission a également proposé une recommandation sur l'usage du *Cloud computing* ou système d'externalisation des ressources informatiques. Elle met aujourd'hui à disposition des modèles de clauses contractuelles qui peuvent être insérées dans les contrats de services de *cloud computing* ³⁹¹⁰.

À la suite de deux années de réflexion, une autre recommandation, adoptée le 15 novembre 2012, est consacrée aux compteurs communicants ³⁹¹¹. Ce procédé est utilisé dans le cadre de la mise en place de réseaux intelligents de distribution d'énergie, également désignés sous les termes anglais de *smart grids*. Cette technologie utilise des moyens informatiques évolués afin d'optimiser la production et l'acheminement de l'électricité, notamment grâce à la télétransmission d'informations relatives à la consommation des personnes. Cette technique aura notamment pour conséquence de supprimer la relève physique des compteurs. Les compteurs communicants devraient en outre permettre de faciliter et de fiabiliser la facturation des abonnés. Ils permettraient également aux distributeurs de réaliser, de manière automatique, certaines opérations techniques à distance, comme la coupure ou le changement de puissance du compteur. Ces nouveaux compteurs commenceront à être déployés dans toute la France à partir

de 2013 et devraient concerner environ 35 millions de foyers d'ici 2020. Si cette nouvelle technologie présente d'indéniables avantages, elle est aussi génératrice de risques, en ce qu'elle implique une récolte de données personnelles. Elle doit donc être encadrée, la Cnil œuvrant d'ailleurs actuellement à l'élaboration d'un guide de bonnes pratiques.

En 2012 une autre recommandation, constituant une actualisation d'une autre adoptée en 2006, portait sur la communication politique ³⁹¹².

Comme l'indique leur nom, ces diverses recommandations ne possèdent pas de caractère contraignant. Leur importance est pourtant réelle puisqu'elles sont susceptibles de guider les juges pour apprécier le caractère fautif des comportements faisant l'objet de poursuites judiciaires. Elles représentent en outre une appréciable source d'inspiration pour le pouvoir législatif et réglementaire.

Dans le cadre de sa mission d'expertise et d'audit, la Commission nationale mène avec différents partenaires, des campagnes de sensibilisation en vue d'un usage responsable d'Internet ³⁹¹³. À l'occasion d'un séminaire gouvernemental organisé sur le thème du numérique, le Premier ministre a d'ailleurs officiellement confié à la Cnil une mission ciblant particulièrement les mineurs ³⁹¹⁴. La Cnil a par ailleurs la possibilité de lancer de grandes consultations auprès des acteurs publics et/ou privés. Récemment une réflexion est ainsi engagée sur « *l'Open Data* » qui vise à généraliser la mise à disposition des informations détenues par le secteur public afin de renforcer la transparence de l'action de l'administration ³⁹¹⁵.

La Commission rend enfin un rapport annuel dans lequel elle fait état de son activité et formule un certain nombre de propositions en vue d'une amélioration de l'actuel dispositif de protection ³⁹¹⁶.

1096 *Les demandes d'accès indirect aux fichiers* ◇ L'article 39 de la loi de 1978, reconnaît normalement le droit à toute personne fichée d'accéder aux données qui le concernent, une obligation de communication pesant sur le responsable du traitement ³⁹¹⁷. Ce droit ne peut cependant être librement exercé s'agissant de traitements intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique ou ceux qui ont pour mission de prévenir, rechercher ou constater des infractions ou d'assurer le recouvrement des impositions. Le fait par exemple qu'une personne puisse savoir si elle est visée par un fichier relatif aux individus suspectés d'entretenir des liens avec des organisations terroristes nuirait

en effet à l'efficacité de ce genre de fichage. Le droit d'accès à ces fichiers est donc légitimement limité, celui-ci ne pouvant s'exercer qu'indirectement. La personne désireuse de connaître les informations collectées sur elle ne peut dès lors en faire personnellement la demande, celle-ci devant être présentée par l'intermédiaire de la Commission nationale. La sollicitation doit être formulée par écrit et être accompagnée d'une copie d'un titre d'identité. La requête ne peut être effectuée que par certains membres de la Cnil : un magistrat appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'État, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes. Cet agent spécialement habilité pour mener les investigations fera procéder le cas échéant aux modifications utiles. Les délais de traitement des demandes sont de l'ordre de plusieurs mois. Il ne pourra par contre être fait droit à la demande lorsque la communication des informations sera de nature à remettre en cause l'intérêt public qui a motivé la constitution du fichier ³⁹¹⁸. Dans cette hypothèse de refus, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser qu'en transmettant l'information au demandeur, la Cnil n'exerce pas ses compétences personnelles mais procède à une simple notification d'une décision prise par le responsable du traitement, celle-ci pouvant seule faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif ³⁹¹⁹.

Dans son rapport d'activité 2012, la Cnil indique qu'elle a été saisie de 3682 demandes de droit d'accès indirect, ce chiffre représentant une augmentation de + 75 % par rapport à l'année précédente. La Commission indique que 1829 de ces sollicitations concernent l'accès au fichier FICOBA de l'administration fiscale dans le cadre du règlement des successions. Ce fichier sert à recenser les comptes de toute nature (bancaire, postaux, d'épargne...) et à fournir aux personnes habilitées des informations sur les comptes détenus par une personne ou une société. Cette explosion des demandes s'explique par le fait que le Conseil d'État a reconnu en 2011 un droit d'accès indirect des héritiers à ce fichier, cela leur étant jusqu'alors interdit ³⁹²⁰.

S'agissant des fichiers nécessaires à l'exécution des missions de police, le gouvernement annonce dans sa feuille de route pour le numérique, présentée lors d'un séminaire gouvernemental en février 2013, sa volonté d'élargir les possibilités d'accès direct de chacun aux données nominatives le concernant, de faciliter la mise à jour de ces traitements et d'étudier la nécessité de renforcer les bases législatives de certaines catégories de fichiers ³⁹²¹.

Les missions de la Cnil sont très étendues, la Commission

représentant l'acteur central du dispositif national de protection des données à caractère personnel. Il ne faut cependant pas omettre d'indiquer que cette dernière s'appuie sur un efficace réseau de Correspondants Informatique et Libertés (CIL) placés au plus près du responsable du traitement.

3. Le Correspondant Informatique et libertés ³⁹²²

1097 *Source européenne* ◇ Dans son article 18, la directive 95/46/CE a créé la possibilité pour les États membres d'introduire dans leur législation nationale la fonction de « Délégué à la Protection des Données » (DPD). La France a saisi cette opportunité à l'occasion de la transposition de la directive par la loi du 6 août 2004, le législateur préférant néanmoins la notion de « correspondant à la protection des données ». La pratique généralisera ensuite la terminologie de Correspondant Informatique et libertés (CIL).

Le statut de cet acteur du paysage de la protection des données est détaillé dans les articles 42 et suivants du décret d'application du 20 octobre 2005 ³⁹²³, l'article 22 III de la loi de 1978 ne l'envisageant que très rapidement. L'article 67 du même texte évoque quant à lui plus spécialement le CIL désigné au sein d'un organisme de la presse écrite ou audiovisuelle, la loi informatique et libertés prévoyant en effet un régime juridique spécifique pour les traitements mis en œuvre au titre des activités de journalisme.

1098 *Statut et fonctions* ◇ Les CIL travaillent en étroite collaboration avec la Cnil, d'où le terme retenu de « correspondant ». La désignation peut se faire au sein de toute entité, entreprise ou association, qu'elle soit de droit public ou privé. Les organismes sociaux ont notamment très largement recours à ces correspondants. Contrairement à la solution retenue dans certains pays, comme en Allemagne, en Grèce, en Hongrie ou en Slovaquie, la nomination d'un CIL ne présente en France aucun caractère contraignant. Lorsqu'elle est faite, une telle désignation est encadrée, la Cnil et les instances représentatives du personnel devant en être informées. Tel n'est par contre pas le cas s'agissant des CIL des organismes de presse écrite ou audiovisuelle.

Si la loi indique que « le correspondant est une personne bénéficiant des qualifications requises pour exercer ses missions » ³⁹²⁴, aucun

agrément n'est cependant prévu et aucune exigence de diplôme n'est fixée. Ce correspondant peut exercer la fonction principale de juriste, d'informaticien, de déontologue ou encore de responsable qualité et donc exercer ses missions de CIL à titre accessoire. Dans les plus grandes structures, le CIL peut occuper ce poste à temps plein et parfois même diriger un service composé de plusieurs personnes.

Le CIL peut tout aussi bien être un membre ou un salarié de la structure qu'un prestataire externe. Il est alors possible de désigner une personne physique ou une personne morale. L'externalisation est libre si dans la société moins de 50 personnes ont accès au traitement des données. Lorsque le nombre des individus susceptibles d'accéder aux fichiers dépasse ce chiffre, l'externalisation est encadrée. Le CIL ne pourra alors être qu'un salarié d'une des entités du groupe auquel appartient l'organisme (siège, holding, filiale), un salarié du groupement économique dont est membre la société, une personne mandatée par un organisme professionnel (exemple syndicat) ou enfin une personne désignée par une structure regroupant des responsables de traitements d'un même secteur d'activité (établissements publics de coopération intercommunale, fédérations d'associations).

Le CIL des organismes de presse écrite et audiovisuelle peut quant à lui être seulement désigné en interne.

Afin de garantir l'indépendance du correspondant informatique et libertés vis-à-vis de la structure qui l'emploie, celui-ci dispose d'un statut privilégié. Ainsi « il ne peut faire l'objet d'aucune sanction de la part de l'employeur du fait de l'accomplissement de ses missions »³⁹²⁵. Le responsable de traitement désirant mettre fin aux fonctions de son correspondant devra par ailleurs motiver sa décision et en informer la Cnil. L'objectif est ici de permettre au CIL de dénoncer des irrégularités sans risquer de craindre des représailles de sa hiérarchie ou de voir son emploi compromis. Le fait que le CIL soit rémunéré par le responsable du traitement conduit cependant à douter de sa parfaite liberté d'action.

Dans son rapport d'activité 2012, la Cnil indique que 10 709 organismes ont fait le choix d'une telle désignation, ce qui représente une augmentation de plus de 24 % par rapport à l'année 2011³⁹²⁶. Face à l'augmentation du nombre de correspondants, la Cnil leur a dédié des services et des outils spécifiques. Ils disposent ainsi d'une ligne téléphonique et d'une adresse électronique dédiées. Un extranet a été mis en ligne en 2009 afin de proposer au réseau des CIL de nouveaux outils et moyens d'échanger sur la protection des données.

Des ateliers de formation leur sont également régulièrement proposés. Un guide du Correspondant Informatique et Libertés a enfin été créé à leur attention ³⁹²⁷. De leurs côtés, les CIL ont su se regrouper en association ou réseaux ³⁹²⁸.

Le correspondant a pour mission générale de veiller au respect de la loi informatique et libertés. Il fait l'interface avec la Cnil et à ce titre a pu initialement être perçu négativement comme le « mouchard » ou « l'œil de Moscou » de la Cnil. Il a en effet un droit d'alerte en cas de problèmes constatés dans la mise en œuvre des traitements qu'il est chargé de contrôler. Lorsque le CIL constate une carence dans les traitements, il doit en informer le responsable en lui précisant la nature des difficultés rencontrées ainsi que ses préconisations. Ce n'est que si le défaut persiste et que le responsable du traitement n'agit pas que le CIL peut décider d'exercer son droit d'alerte. Il doit veiller dans ce cas à informer au préalable le responsable du traitement qu'il saisit la Cnil. La réalisation de l'alerte n'est cependant pas une obligation mais simplement un droit que le CIL ou le responsable du traitement peut exercer. Le CIL des organismes de presse écrite et audiovisuelle n'a quant à lui pas à saisir la Commission nationale des manquements qu'il constate dans l'exercice de ses missions. Le CIL doit enfin présenter annuellement le bilan de son activité au responsable du traitement et tenir ce rapport à la disposition de la Cnil.

Si la présence d'un CIL améliore indiscutablement l'application des dispositions de la loi informatique et libertés, sa désignation présente également de nombreux avantages pour le responsable du traitement. Il joue en effet un rôle d'auditeur interne et gère les traitements mis en œuvre au sein de la structure, ce qui constitue une bonne garantie de conformité à la loi de 1978 dont peut se prévaloir le responsable du traitement pour valoriser l'image de sa société. Ce correspondant peut également avoir une mission de formateur et donc de sensibilisation de l'ensemble du personnel de l'entité qui l'emploie.

La désignation d'un correspondant a surtout pour intérêt d'alléger considérablement les formalités devant être effectuées auprès de la Cnil avant toute mise en œuvre d'un nouveau fichier ³⁹²⁹. Une telle nomination dispense en effet de réaliser les démarches qui incombent au responsable du traitement au titre de la procédure de déclaration préalable, sauf en cas de transfert de données à destination d'un État non-membre de la Communauté européenne ³⁹³⁰. La désignation d'un CIL ne dispense pas non plus de réaliser les démarches d'autorisation que nécessite la mise

en œuvre de certaines catégories de fichiers. Malgré ces restrictions, la facilitation des démarches qu'autorise la désignation du CIL est particulièrement appréciable, la très grande majorité des traitements étant en effet soumise à la procédure de déclaration, représentant le droit commun des formalités préalables.

La désignation d'un CIL n'exonère absolument pas le responsable du traitement, aucun transfert de responsabilité n'étant envisageable même dans le cadre d'une délégation de pouvoir. Le CIL est seulement susceptible d'être pénalement responsable s'il enfreint intentionnellement la législation Informatique et Libertés ou s'il aide le responsable des traitements à le faire.

Le bilan de l'intervention de cet interlocuteur privilégié de la Cnil semble tout à fait positif et de nombreuses initiatives visent dès lors à développer cette pratique. Depuis décembre 2011, le CIL a ainsi intégré le référentiel des métiers mis en place par Pôle emploi. Cette fonction est référencée dans la fiche métier intitulée « défense et conseil juridique ». Si cette démarche participe indiscutablement à l'essor de la fonction, on peut regretter le caractère réducteur de la présentation du poste, celui-ci pouvant être exercé par bien d'autres catégories de personnes que les juristes.

Depuis 2009 une convention a par ailleurs été signée entre la Cnil et le Conseil national du Barreau (CNB) instaurant le statut d'avocat-CIL³⁹³¹. Il n'y aurait jusqu'alors qu'une cinquantaine d'avocats ayant fait le choix de cette fonction accessoire³⁹³². Du fait des obligations de l'avocat-CIL vis-à-vis de son client responsable de traitement, ce nouveau statut présente quelques spécificités par rapport au statut du CIL traditionnel. Ainsi l'avocat-CIL a-t-il l'obligation de démissionner en cas de constat d'un conflit d'intérêts. Il a surtout le devoir de ne pas dénoncer son client, ce qui bien qu'étant compréhensible, fait perdre une large part de l'intérêt de la désignation d'un CIL.

Le rôle du Correspondant Informatique et Libertés devrait encore être accru dans le cadre de la réforme de la directive du 25 octobre 1995. Le projet de règlement diffusé par la Commission européenne le 25 janvier 2012³⁹³³ envisage en effet de conférer au Délégué à la Protection des Données (DPD) un rôle central dans le nouveau dispositif³⁹³⁴. La désignation d'un correspondant deviendrait obligatoire pour les autorités ou organismes publics, pour les entreprises dont le nombre de salariés est supérieur ou égal à 250, de même que pour les organismes dont les activités de base « consistent en des traitements qui, du fait de leur

nature, de leur portée et/ou de leurs finalités, exigent un suivi régulier et systématique des personnes concernées » ³⁹³⁵. Le non-respect, même par négligence, de cette obligation pourrait être sanctionné par l'autorité de contrôle nationale d'une amende pouvant aller jusqu'à 1 000 000 d'euros ou 2 % du chiffre d'affaires.

L'idée générale de ce projet est d'alléger considérablement les démarches préalables du responsable de traitement et de favoriser l'autorégulation. Ainsi en lieu et place de l'actuelle procédure de « notification », traduite chez nous par le respect de formalités préalables auprès de la Cnil, le texte envisage d'accroître la responsabilité des personnes mettant en œuvre le traitement en leur imposant parfois d'avoir recours au délégué à la protection des données et en exigeant d'elles qu'elles informent l'autorité de contrôle nationale de toutes violations graves des données personnelles.

Cette présentation du Correspondant informatique et libertés clôt la présentation du dispositif national de protection des données à caractère personnel. Découvrons à présent le dispositif international.

B. Les dispositifs européens et internationaux

- 1099** *Présentation* ◇ Ce dispositif est principalement composé de textes européens (1). Il est également complété par des dispositions de droit européen (2), des textes proposés par des instances internationales, de même que des accords internationaux (3).

1. Le droit européen

- 1100** Plusieurs directives ont été élaborées, dont la plupart ont déjà été évoquées. La directive du 24 octobre 1995, au cœur du dispositif communautaire de protection des données à caractère personnel, mérite les plus amples développements, ce d'autant plus qu'un projet de réforme de cette réglementation est actuellement discuté.

a. La directive du 24 octobre 1995

- 1101** *Présentation* ◇ Une présentation de cette directive va être proposée avant que ne soit envisagé son projet de réforme.

1102 *La directive de 1995* ◇ Cette directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, représente le cœur du dispositif communautaire. Sa gestation a duré plus de 10 ans du fait de la délicate conciliation de la protection des données et de leur nécessaire liberté de circulation. Son objet est clairement exposé dans son article 1-1 qui dispose que « les États membres assurent... la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel ».

S'inspirant des dispositions de la loi française du 6 janvier 1978, elle en a repris les principes directeurs ³⁹³⁶. Certains sont d'abord relatifs à la qualité des données et au respect de ces dernières et sont formulés à l'article 6 de la directive : traitement loyal et licite, respect de la finalité du traitement, pertinence et exactitude des données, absence de conservation excessive. Ces exigences, constituant autant d'obligations mises à la charge du responsable du traitement, seront détaillées lorsque seront envisagés les devoirs de ce dernier ³⁹³⁷.

D'autres principes concernent la « légitimation des traitements de données » ³⁹³⁸. L'article 7 de la directive pose le principe qu'aucun traitement ne peut être réalisé sans l'obtention du consentement de la personne dont les données sont collectées. Y sont également prévues des exceptions à cette exigence. Le consentement requis devant être éclairé, l'article 10 de la directive prévoit que le responsable de la mise en œuvre du fichier doit en outre fournir de nombreuses informations à la personne concernée. Ce droit à information vaut également lorsque la donnée n'a pas été directement collectée auprès de son titulaire, ce qui s'avère une nouveauté par rapport aux exigences de la loi du 6 janvier 1978 ³⁹³⁹. Les modalités de ce droit à l'expression d'un consentement préalable, de même que la reconnaissance des droits d'accès ³⁹⁴⁰, de rectification ³⁹⁴¹ et d'opposition ³⁹⁴² dont dispose la personne concernée, méritent des développements autonomes ultérieurement proposés ³⁹⁴³.

Le responsable du traitement est également tenu de garantir la sécurité des données qu'il collecte et d'en respecter la confidentialité ³⁹⁴⁴. Il doit enfin réaliser un certain nombre de formalités préalables avant toute mise en œuvre de son traitement ³⁹⁴⁵. L'article 18 de la directive évoque ces démarches en faisant état d'une obligation de « notification », ce terme n'apparaissant pas dans la loi du 6 janvier 1978.

Si le niveau de protection garanti par cette directive s'avère satisfaisant, les États membres peuvent aller au-delà de ce niveau d'exigence, ce texte communautaire n'ayant pas été pensé comme une protection *a minima* offerte par les différents pays de l'Union ³⁹⁴⁶.

L'article 33 de la directive a prévu que la Commission européenne fasse périodiquement des rapports au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la présente directive en les assortissant, le cas échéant, des propositions de modifications appropriées. Un premier rapport a été rendu en 2003 ³⁹⁴⁷, un autre en 2007 ³⁹⁴⁸. Tous deux ont proposé une appréciation plutôt positive du dispositif en place.

L'objectif d'harmonisation n'est cependant pas parfaitement atteint, une importante marge d'appréciation ayant été laissée aux États lors de la transposition, créant ainsi des variations dans les législations nationales. Les effets néfastes d'une telle disparité conduisent aujourd'hui à envisager la réforme de cette directive.

1103 *La réforme de la directive par la proposition de règlement*

européen ◇ M^{me} Viviane Reding, vice-présidente de la Commission européenne, chargée de la justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté est responsable de ce projet de réforme. Elle indique que la fragmentation des législations des États européens en matière de protection des données à caractère personnel coûterait 2,3 milliards d'euros par an aux entreprises, celles-ci devant adapter leurs pratiques aux pays dans lesquels elles réalisent leurs traitements.

Face à cette réalité, dans une communication du 4 novembre 2010, la Commission européenne a fait connaître son intention de réformer l'actuelle directive du 24 octobre 1995 ³⁹⁴⁹. Elle expose déjà dans cette communication les grands principes du projet de règlement publié le 25 janvier 2012 ³⁹⁵⁰. Ce projet de réforme a été précédé d'une large consultation publique, initiée par la Commission et relayée dans tous les États membres.

Le choix initial d'une réglementation édifiée par le biais d'une directive n'ayant pas permis une parfaite harmonisation sur le territoire européen, les instances européennes ont cette fois pris le parti de réformer le dispositif au moyen d'un règlement, qui on le rappelle, est d'application directe dans les États membres et ne laisse aucune place aux aménagements législatifs nationaux. L'ambition clairement exprimée est dès lors de mettre en place une législation unique ³⁹⁵¹.

L'objectif est ici d'alléger les charges administratives des entreprises mettant en œuvre des traitements, tout en garantissant la sécurité des données afin de rassurer les citoyens européens et leur octroyer une plus large confiance en l'économie numérique. Dans cet esprit, le projet envisage de supprimer l'actuelle procédure de notification aux autorités nationales de contrôle, qui se traduit en France par le respect de formalités préalables (procédure de déclaration ou d'autorisation auprès de la Cnil). Afin cependant d'assurer au mieux la protection des données à caractère personnel, l'ambition est de valoriser le rôle du Délégué à la Protection des Données (DPD), chez nous le Correspondant Informatique et Libertés (CIL) ³⁹⁵². Sa désignation serait même obligatoire pour les autorités ou organismes publics, pour les entreprises dont le nombre de salariés est supérieur ou égal à 250, de même que pour les organismes dont les activités de base « consistent en des traitements qui, du fait de leur nature, de leur portée et/ou de leurs finalités, exigent un suivi régulier et systématique des personnes concernées » ³⁹⁵³. Le non-respect, même par négligence, de cette obligation de désignation pourrait d'ailleurs être lourdement sanctionné par l'autorité de contrôle nationale.

Ces dispositions assurent dès lors un intéressant allègement des charges administratives des entreprises, tout en garantissant le respect des données à caractère personnel.

Des dispositions concernent par ailleurs les sociétés intervenant dans plusieurs États membres. Afin de faciliter leurs activités, il est prévu qu'elles aient comme seul interlocuteur l'autorité de contrôle du pays dans lequel elles ont leur établissement principal ³⁹⁵⁴. Cette logique du guichet unique est largement contestée car elle obligerait le citoyen lésé à saisir une autorité de contrôle qui n'est pas celle de sa résidence principale. La Cnil craint à ce titre que la « défense de la vie privée s'éloigne du citoyen » ³⁹⁵⁵. Elle fait d'ailleurs remarquer que le droit de la consommation privilégie une compétence basée sur le lieu de résidence du consommateur ³⁹⁵⁶. La proposition du projet de règlement aurait également pour effet d'encourager le « forum-shopping » et de créer une concurrence intra-communautaire, les entreprises risquant d'être incitées à choisir leur lieu d'établissement principal en fonction de contraintes locales.

En contrepartie de ces faveurs administratives, les obligations des responsables de traitement seraient accrues. Par le biais d'une démarche d'autorégulation, ces derniers sont en effet tenus de mettre en place des

procédures internes assurant la protection des informations personnelles durant toute la durée de leur conservation (analyses d'impact sur les données, auditeurs indépendants internes ou externes, tenues de registres appropriés...) ³⁹⁵⁷. Ce principe « *d'accountability* », qui désigne cette évolution des pratiques, implique une plus grande responsabilisation des personnes mettant en œuvre un traitement de données et leur impose la mise en place d'un contrôle permanent de conformité.

Les responsables de traitement seraient également contraints de notifier, dans les meilleurs délais (si possible 24 heures), à leur autorité de contrôle nationale, toutes violations graves de données à caractère personnel occasionnées par des failles de sécurité de leur système de traitement ³⁹⁵⁸. Une communication de l'atteinte constatée doit également être faite « sans retard indu à la personne concernée » ³⁹⁵⁹.

La responsabilité des responsables de traitement devrait également devenir beaucoup plus lourde que ce qu'elle est actuellement. Les montants des sanctions administratives susceptibles d'être prononcées par les autorités de contrôle ont en effet été fixés à des niveaux conséquents. Les amendes prévues varient selon les manquements constatés mais peuvent aller jusqu'à 1 000 000 euros ou, dans le cas d'une entreprise, à 2 % du chiffre d'affaires annuel mondial ³⁹⁶⁰.

En posant un concept nouveau de droit à la transparence ³⁹⁶¹, le projet de règlement envisage aussi d'améliorer les droits des citoyens en favorisant l'accès à leurs données et la possibilité de les rectifier ³⁹⁶². Le transfert des données d'un prestataire de services à un autre serait également facilité par la mise en place d'un droit à la portabilité ³⁹⁶³. Le responsable du traitement aurait interdiction de faire obstacle à un tel transfert et l'individu devrait pouvoir obtenir ses données dans un format électronique structuré et couramment utilisé ³⁹⁶⁴.

Le projet de règlement prévoit encore la reconnaissance d'un droit à l'oubli numérique ³⁹⁶⁵. L'ambition est ici de parvenir à une meilleure gestion des risques générés par Internet, en permettant à chacun d'obtenir la suppression de données le concernant si aucun motif légitime ne justifie leur conservation. Les autorités françaises ont déjà tenté de se saisir de cette question du droit à l'oubli mais pour l'heure sans succès. Il est vrai que, comme on le verra en envisageant les différents droits de l'internaute, cette notion est difficile à cerner et encore plus à mettre en œuvre ³⁹⁶⁶. De manière très concrète, la Cnil propose de poser en corollaire une obligation de déréférencement à la charge des moteurs de recherche. La formulation d'un tel droit

permettrait à toute personne d'exiger un parfait effacement de ses données personnelles.

L'article 20 du projet de règlement entend encore accroître la protection de la personne concernée par un traitement de ses données en lui reconnaissant le droit de ne pas être soumise à des opérations de « profilage », c'est à dire « une mesure produisant des effets juridiques à son égard ou l'affectant de manière significative sur le seul fondement d'un traitement automatique destiné à évaluer certains aspects personnels propres à cette personne physique ou à analyser ou prévoir en particulier le rendement professionnel de celle-ci, sa situation économique, sa localisation, son état de santé, ses préférences personnelles, sa fiabilité ou son comportement ».

Une autre grande innovation de ce projet de règlement consiste à prévoir une meilleure applicabilité de la réglementation à des entreprises non-européennes. Les règles de l'Union concerneraient ainsi tous les traitements de données réalisés à l'étranger dès lors qu'ils seraient mis en œuvre par des entreprises proposant leurs services aux citoyens européens. L'article 25 point 3 dispose ainsi que le responsable du traitement est considéré « établi dans l'un des États membres dans lesquels résident les personnes physiques dont les données à caractère personnel sont traitées dans le contexte de l'offre de biens ou de services qui leur est proposée ou dont le comportement est observé ». Cette nouvelle analyse permettrait de faire entrer les géants américains, installés en Californie, dans le giron du dispositif européen, Google ou Facebook étant alors contraints au respect de la réglementation européenne. Ces grands acteurs d'Internet sont évidemment hostiles à une telle réforme et ne se privent pas d'exercer un important lobbying sur les députés européens.

Ce texte propose aussi une grande nouveauté s'agissant du sous-traitant. En application de la directive de 1995 et en cas de contrat de sous-traitance, la responsabilité restait focalisée sur le responsable de traitement, le sous-traitant devant seulement assumer ses manquements à l'égard de son contractant. Le projet de règlement prévoit de responsabiliser le sous-traitant en accroissant notamment le nombre de ses obligations. Il est surtout prévu au point 4 de l'article 26 du projet de règlement que « s'il traite des données à caractère personnel d'une manière autre que celle définie dans les instructions du responsable du traitement, le sous-traitant est considéré comme responsable du traitement à l'égard de ce traitement ».

Le projet de règlement prévoit encore des dispositions spécifiques aux mineurs de moins de 13 relativement au recueil de leur consentement préalable. Le point 1 de l'article 8 du texte dispose en effet que le traitement n'est « licite que si et dans la mesure où le consentement est donné ou autorisé par un parent de l'enfant ou par une personne qui en a la garde ».

Des précisions sont enfin apportées sur les modalités des transferts internationaux de données à caractère personnel vers des États non européens ³⁹⁶⁷.

On précise pour finir, qu'un projet de directive accompagne ce projet de règlement. Cet autre texte est plus spécialement consacré à la protection des données dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Les nouvelles règles édictées ont vocation à s'appliquer aux échanges nationaux et transfrontaliers d'informations personnelles.

Ces projets de règlement et de directive ont été transmis au Parlement européen depuis juillet où ils sont examinés au sein de la Commission chargée des questions relatives aux affaires civiles, justice et affaires intérieures (Commission LIBE). Les textes ont également été communiqués aux États membres afin d'être examinés et débattus. L'adoption du nouveau dispositif est prévue pour début 2014 et devrait entrer en vigueur deux ans après.

1104 *Appréciations et propositions d'amélioration du projet de règlement européen* ♦ Différentes opinions ont été officiellement formulées sur cette proposition de réforme.

Le Groupe de travail de l'article 29 a ainsi adopté successivement deux avis, l'un du 23 mars 2012 ³⁹⁶⁸ et un second du 5 octobre 2012 ³⁹⁶⁹. Il y est fait état d'une satisfaction sur différents points du projet de règlement : renforcement des droits de l'individu, accroissement des pouvoirs des Cnil nationales et des responsabilités du responsable de traitement. Cette appréciation positive sur ces différents points est également partagée par la Cnil Française. Cependant, tout comme cette dernière, le G29 préconise des éclaircissements et des améliorations sur d'autres points.

Est tout particulièrement stigmatisée la disposition faisant référence au critère de l'établissement principal pour désigner l'autorité de contrôle interlocutrice du responsable du traitement intervenant dans plusieurs

États membres. Si des indications sont données par le projet de règlement, le G29 considère néanmoins que cette notion manque encore de précision. L'article 4 n° 13 du projet de réforme indique que « en ce qui concerne le responsable du traitement, (l'établissement principal correspond au) lieu de son établissement dans l'Union où sont prises les principales décisions quant aux finalités, aux conditions et aux moyens du traitement de données à caractère personnel ; si aucune décision de ce type n'est prise dans l'Union, l'établissement principal est le lieu où sont exercées les principales activités de traitement dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement dans l'Union ; en ce qui concerne le sous-traitant, on entend par “établissement principal” le lieu de son administration centrale dans l'Union ».

Par ailleurs et afin de remédier au risque susmentionné d'éloignement du citoyen de son autorité nationale, le G29 préconise d'améliorer le système du guichet unique proposé par le projet de règlement. Il propose que l'autorité de contrôle compétente en vertu de la fixation de l'établissement principal du responsable du traitement sur son territoire coopère avec les autres autorités nationales sur la base d'un mécanisme dit de « cohérence ». Tout citoyen lésé pourrait ainsi exercer un droit de recours auprès de ses tribunaux nationaux ou devant la Cnil de sa résidence principale, celle-ci étant alors tenue de communiquer avec l'autorité chef de file désignée par le biais du critère de l'établissement principal.

Le G29 préconise ensuite que le champ d'application des nouvelles règles favorisant les transferts internationaux de données soit limité aux seuls transferts non massifs et non répétitifs ³⁹⁷⁰. Il préconise notamment la suppression de la possibilité de recourir à des instruments non contraignants pour encadrer les transferts de données vers des pays hors Union ³⁹⁷¹. Ce groupe de réflexion demande également que le Comité Européen de la protection des données, devant se substituer au G29, soit obligatoirement consulté en cas de décision d'adéquation prise par la Commission, c'est-à-dire pour toute reconnaissance d'équivalence du niveau de protection d'un État non-membre autorisant le transfert des données vers cet État tiers.

De manière générale, l'importance du rôle de la Commission est également contestée, celle-ci disposant d'un substantiel pouvoir normatif. Il serait préférable, selon le G29, de favoriser un système participatif reposant sur une coopération approfondie des différentes autorités de contrôle.

Le groupe de réflexion souhaite enfin l'établissement d'une meilleure complémentarité entre le projet de règlement et celui de la directive relative à la protection des données dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Le 7 février 2012, les membres de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale ont adopté une proposition de résolution sur le projet de règlement européen dans laquelle ils expriment leurs plus vives inquiétudes. Ils stigmatisent tout particulièrement le critère de l'établissement principal et le principe du « guichet unique » qui en découle. Ils déplorent également la concentration de pouvoirs considérables entre les mains de la Commission européenne, au détriment des autorités nationales.

Le 6 mars 2012, la Commission des Affaires européennes du Sénat exprime à son tour son opinion sur le projet de règlement dans un document provisoire devenu résolution officielle du Sénat le 12 mars 2013³⁹⁷². Les sénateurs critiquent eux aussi le critère de l'établissement principal. Ils préconisent également que les Cnil nationales disposent d'une plus grande liberté et qu'elles soient plus largement associées au processus d'élaboration des actes normatif.

Le 8 janvier 2013, la Commission libertés civiles, justice et affaires intérieures du Parlement européen a rendu un pré-rapport sur le projet de règlement. La Cnil considère que les propositions formulées par M. Albrecht, rapporteur de cette Commission, constituent « de réelles avancées et une étape importante dans l'amélioration du texte initial »³⁹⁷³. Ce pré-rapport a été suivi par l'adoption, le 21 octobre 2013, d'un rapport final, dit texte de compromis³⁹⁷⁴. Au regard des 4 000 amendements déposés, on aurait pu craindre que le projet s'enlise, le vote de ce texte de compromis apparaît donc déjà en soi comme une victoire.

Les propositions de cette Commission libertés civiles, justice et affaires intérieures répondent tout d'abord aux inquiétudes relatives au risque d'éloignement entre les citoyens et leur autorité de contrôle en ce qu'il est préconisé que la compétence des Cnil soit également fondée sur le lieu de résidence du citoyen. Un français, victime d'un traitement mis en œuvre par une entreprise ayant fixé son établissement principal dans un autre pays de l'Union, pourra donc formuler sa plainte et voir traiter celle-ci devant la Cnil française.

Le texte répond également au souhait du G29 d'accroître le rôle du futur Comité européen de la protection des données, en lui conférant un

pouvoir décisionnel sur les projets de décisions des diverses autorités de contrôle. Ce dernier pourrait également travailler à l'élaboration de lignes directrices à l'attention des autorités nationales, ce qui serait l'occasion d'une meilleure uniformisation de l'application des dispositions européennes. Le comité devrait également être consulté pour avis dans le cadre des décisions prises par la Commission européenne.

Conformément aux préconisations du G29, ce rapport propose encore de supprimer la possibilité de recourir à des instruments juridiques non contraignants pour encadrer les transferts de données vers des pays se trouvant hors de l'Union européenne.

Le rapport de la Commission LIBE suggère également d'améliorer l'information des personnes dont les données sont collectées en standardisant la délivrance de cette information au moyen d'icônes. Le rapport propose d'ailleurs un certain nombre de petits dessins simplistes visant par exemple à indiquer que les données sont collectées au-delà de leur finalité, de leur durée de conservation ou sont disséminées auprès de partenaires commerciaux. Sous réserve évidemment que le sens de ces icônes soit connu des utilisateurs, une telle pratique aurait le mérite de remédier aux difficultés d'accès à l'information généralement transmise par le biais de divers supports informatifs abscons ou de conditions générales trop rarement lues.

Dans un tout autre registre, le texte de compromis préconise également de formuler expressément le caractère gratuit de l'exercice du droit d'opposition.

S'agissant du droit à l'oubli, le principe de ce droit est réaffirmé mais, dans le sens des préconisations de la Cnil française et afin de prendre en compte les difficultés liées à sa réalisation technique, la notion de « droit à l'effacement » lui est préférée. Ce droit est par ailleurs doublement renforcé. Tout d'abord, en ce que la personne concernée serait en droit d'obtenir directement des tiers l'effacement de ses données et non seulement du responsable du traitement, comme prévu dans le texte initial du projet de règlement. Également, parce que dans l'hypothèse où les données ont été rendues publiques, le responsable de la publication aura l'obligation, le cas échéant, de veiller à ce que ces informations soient effacées par les tiers alors qu'initialement il était seulement tenu de les informer de la demande d'effacement.

Le rapport a également introduit le nouveaux concept de « données pseudonymes » définies comme « des données personnelles qui ne

peuvent être attribuées à une personne en particulier, sans recours à des informations complémentaires, du moment que de telles informations complémentaires sont conservées séparément et font l'objet de mesures techniques et organisationnelles pour permettre leur non-attribution ». Si ces données sont considérées comme des données personnelles et entrent donc bien dans le champ d'application du texte, elles bénéficient cependant d'un régime juridique propre qui, bien que peu explicite, devrait permettre un allègement des obligations du responsable du traitement.

D'utiles précisions sont encore apportées s'agissant du concept de « profilage ». Il est expliqué que ces opérations ne font pas en elles-mêmes l'objet d'un encadrement particulier mais seulement lorsque leur utilisation produit des effets juridiques particuliers ou affecte de manière significative les intérêts, droits et libertés de la personne concernée. Si tel est le cas, le recours au profilage n'est possible que dans trois cas : lorsqu'il est prévu par la loi, nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat ou repose sur le consentement de la personne visée. Dans tous les cas, la mesure de profilage ne doit pas aboutir à une discrimination fondée sur l'utilisation ou la production de données relatives à la race ou à l'origine ethnique, aux opinions politiques, à la religion ou aux croyances, à l'appartenance syndicale, l'orientation ou l'identité sexuelles. La personne concernée devra par ailleurs se voir expliquer la décision prise sur la base de l'opération de profilage.

On notera pour finir que si le pré-rapport envisageait de rendre responsable, l'éditeur de systèmes de traitement automatisé de données ou de fichiers de données, au même titre que le responsable de traitement ou son sous-traitant, cet acteur a finalement été exclu du champ d'application du futur texte européen. Il n'aurait pas été souhaitable que soient tenus au respect des obligations relatives à la vie privée, les concepteurs des systèmes ou les fabricants de technologie, comme par exemple un éditeur de solutions logicielles ou de dispositifs de collecte de données. Il s'avère en effet légitime que seule l'entité qui met en œuvre des traitements au moyen de ces diverses technologies doive en répondre.

Les différentes critiques exprimées ainsi que les diverses propositions d'amélioration du projet de règlement européen vont globalement dans le même sens. Elles portent principalement sur le critère de l'établissement principal, sur l'absence de compétence des Cnil nationales pour connaître des plaintes de leurs citoyens relativement à

des traitements mis en œuvre en dehors de leur territoire et sur l'important pouvoir normatif de la Commission. Face à un tel consensus, les points contestés devraient faire l'objet d'aménagements dans le texte définitivement adopté.

On pouvait espérer que le travail d'élaboration du texte définitif du règlement européen s'accélère, la commission LIBE du Parlement ayant voté, en même temps que le texte de compromis susmentionné, un mandat de négociation permettant le début du trilogue entre le Parlement, le Conseil et la Commission. Il semble cependant qu'il faille encore faire preuve de patience, les travaux du Conseil étant beaucoup moins avancés que ceux du Parlement et le contenu des échanges d'un sommet du 24 et 25 octobre 2013 ayant confirmé les profonds désaccords existant entre les différents États-membres. Si certains pays comme la France ou la Pologne soutiennent fermement le projet de réforme, d'autres tels le Royaume-Uni, la Hongrie, la République tchèque ou la Suède préconisent au contraire de retarder l'adoption de la réforme et expriment leur préférence pour qu'elle se fasse par le biais d'une directive et non d'un règlement. Quelle que soit sa forme, le texte ne devrait dès lors pouvoir être adopté comme précédemment envisagé pour le printemps 2014 mais plutôt au mieux en 2015.

Le fait que les discussions en vue de l'adoption de ce nouveau règlement interviennent dans un contexte perturbé par l'affaire Prism et les révélations d'Edward Snowden sur les pratiques de la NSA, est de nature à particulièrement sensibiliser les États sur l'impératif de protection des données à caractère personnel. Les acteurs de la négociation du prochain accord-cadre devant être conclu entre les États-Unis et l'Union européenne seront également incités à la vigilance.

Si la directive du 24 octobre 1995 constitue la base du dispositif européen de protection des données à caractère personnel, d'autres textes contribuent également à garantir la protection de la vie privée.

b. Les autres textes européens

- 1105** *La directive vie privée et communications électroniques en date du 12 juillet 2002 et sa réforme par la directive du 25 novembre 2009* ◇ La directive du 12 juillet 2002 ³⁹⁷⁵, dont les dispositions ont été largement reprises dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 (loi LCEN) ³⁹⁷⁶, concerne le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie

privée dans le cadre de la fourniture de services de télécommunications. Elle a abrogé une précédente directive du 15 décembre 1997 portant sur le même sujet ³⁹⁷⁷. Ce texte de 2002 a fait l'objet d'une importante réforme par une autre directive du 25 novembre 2009 ³⁹⁷⁸, dont les dispositions ont été transposées dans notre législation nationale par une ordonnance du 24 août 2011 ³⁹⁷⁹.

Le champ d'application de ce dispositif communautaire englobe tous les moyens de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux publics de communications dans la Communauté, qu'il s'agisse du réseau Internet ou celui de la téléphonie fixe ou mobile.

Ces différents textes ont déjà été présentés lors de l'examen des risques que fait encourir le numérique à la vie privée et aux données à caractère personnel. À cette occasion a été abordé le régime juridique des cookies ³⁹⁸⁰, des spams ³⁹⁸¹ et des données de connexion ³⁹⁸².

Le premier procédé évoqué consiste à envoyer « des mouchards de connexion » sur l'ordinateur de l'internaute afin de faciliter sa consultation des pages Internet, grâce à l'usage des cookies dit de navigation. D'autres cookies, dits comportementaux, visent quant à eux à analyser ses comportements dans le but notamment de lui faire parvenir de la publicité ciblée. Ces derniers cookies s'avèrent dangereux, en ce qu'ils sont l'occasion d'un impressionnant recueil d'informations personnelles. La directive de 2009, transposée par l'ordonnance de 2011, a heureusement fait évoluer leur régime juridique d'un système d'*opt out* à celui de l'*opt in*. Cette nouvelle logique impose désormais à l'expéditeur de recueillir le consentement préalable de l'internaute avant toute implantation de témoins de connexion dans son ordinateur. Concrètement, il ne s'agit plus ici d'exprimer son refus à l'envoi d'un cookie déjà enregistré mais d'être préalablement sollicité pour en autoriser l'installation.

Le spam représente quant à lui une communication électronique, souvent anonyme, non sollicitée, envoyée via la messagerie Internet et susceptible de polluer les réseaux de communications électroniques. La technique du spamming intéresse directement la question de la protection des données à caractère personnel en ce qu'elle suppose, en préalable à l'envoi du courrier indésirable, une collecte d'adresses mails qui, lorsqu'elles sont nominatives, constituent des informations personnelles devant être protégées. Depuis la directive du 12 juillet 2002, transposée par la loi LCEN, et la création de l'article L. 34-5 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE) l'envoi de

spam est interdit. Est en effet prohibée « la prospection directe au moyen de systèmes automatisés d'appel ou de communication, d'un télécopieur ou de courriers électroniques utilisant les coordonnées d'une personne physique, abonné ou utilisateur, qui n'a pas exprimé préalablement son consentement à recevoir des prospections directes par ce moyen ». S'applique donc ici encore la logique de l'*opt-in* supposant de recueillir le consentement préalable du destinataire avant tout envoi de message publicitaire électronique.

Malgré l'interdiction d'envoi des spams, on a vu que cette pratique illégale s'avère encore largement répandue et que sa sanction reste marginale.

En ce qui concerne les données de connexion, données de communications ou données de trafic, la directive de 2002 pose différentes obligations à la charge de l'opérateur. Un évident devoir de sécurité du réseau lui incombe tout d'abord. Il a également l'obligation d'assurer la confidentialité des données et doit procéder à un effacement ou une anonymisation des données lorsque celles-ci ne sont plus utiles à la communication. Deux exceptions peuvent cependant justifier la conservation des données. L'une résulte du besoin technique de facturation du service de communications proposé. L'autre, prévue à l'article 15 de la directive, permet aux États de librement légiférer en posant des obligations de conservation des données techniques d'échanges, afin de permettre l'identification des utilisateurs dans le but d'assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques.

Comme précédemment indiqué, cette dérogation a entraîné une prolifération d'exceptions nationales prévoyant des durées de conservation distinctes, ce qui a créé un légitime besoin d'harmonisation auquel a tenté de répondre la directive Data-retention du 15 mars 2006 ³⁹⁸³.

La directive du 12 juillet 2002 ne traite pas seulement de ces trois questions relatives aux cookies, aux spams et aux données de connexion, son champ d'application étant plus large.

Elle impose notamment un certain nombre d'obligations relatives à la confidentialité des échanges et à leur sécurité ³⁹⁸⁴. Des dispositions particulières concernent également les annuaires d'abonnés ³⁹⁸⁵.

1106 *La directive Data-retention du 15 mars 2006* ³⁹⁸⁶ ◇ En vertu de l'article 15 de la directive du 12 juillet 2002 ³⁹⁸⁷, les États membres sont autorisés, à imposer aux différents fournisseurs de services de communications électroniques des obligations de conservation des données de connexion, en vue de permettre l'identification des auteurs d'infractions pénales. La variabilité des durées de conservation fixées s'est cependant avérée préjudiciable aux entreprises de l'Union. Cette directive Data-retention vise donc à harmoniser la durée de conservation des données techniques d'identification ou données de trafic, « à des fins de recherche, de détection et de poursuite d'infractions graves » ³⁹⁸⁸.

L'objectif poursuivi a malheureusement été très imparfaitement atteint, l'article 6 de cette directive disposant que « les États membres veillent à ce que les catégories de données visées à l'article 5 soient conservées pour une durée minimale de six mois et maximale de deux ans ». Un tel écart de durée risque en effet de ne pas mettre fin aux difficultés des opérateurs confrontés à la disparité des législations européennes.

La Cour de justice de l'Union européenne a récemment invalidé la directive du 15 mars 2006. Dans un arrêt du 8 avril 2014 ³⁹⁸⁹, la Cour a en effet estimé que le législateur européen n'a pas assez strictement encadré l'obligation de conservation des données faite aux fournisseurs, « *la directive 2006/24 couvr(ant) de manière généralisée toute personne et tous les moyens de communication électronique ainsi que l'ensemble des données relatives au trafic sans qu'aucune différenciation, limitation ou exception soient opérées en fonction de l'objectif de lutte contre les infractions graves* ». Elle conclut que « *cette directive comporte une ingérence dans les droits fondamentaux d'une vaste ampleur et d'une gravité particulière dans l'ordre juridique de l'Union sans qu'une telle ingérence soit précisément encadrée par des dispositions permettant de garantir qu'elle est effectivement limitée au strict nécessaire* ». Elle regrette enfin que la directive n'ait pas imposé que les données récoltées soient conservées sur le territoire de l'Union, de sorte qu'il ne saurait être considéré qu'est pleinement garanti le contrôle par une autorité indépendante.

1107 *Autres textes et organe du dispositif européen* ◇ L'existence d'un règlement européen en date 18 décembre 2000 ³⁹⁹⁰ mérite encore d'être mentionné. De manière presque anecdotique mais dans une démarche

symbolique forte, les instances européennes ont adopté un texte visant spécialement la protection des données à caractère personnel dans le cadre des traitements mis en œuvre par les institutions et organes de la Communauté.

Notons aussi que le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) a pour mission de surveiller les traitements de données à caractère personnel effectués par l'administration de l'Union européenne. Cet organe a également pour mission de conseiller la Commission, le Parlement et le Conseil sur les propositions de nouveaux textes législatifs et pour toutes les questions ayant une incidence sur la protection des données.

Dans le cadre de cette présentation du dispositif européen, on ne peut enfin omettre de mentionner la Charte des droits fondamentaux, proclamée le 7 décembre 2000, qui reprend en un texte unique l'ensemble des droits civiques, politiques et sociaux des citoyens européens. Son article 8 qui dispose que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications », peut en effet être utilement invoqué pour garantir la protection des données à caractère personnel.

En plus de ces différents textes européens, le dispositif de protection des données personnelles et de la vie privée est encore enrichi par des dispositions relevant du Droit européen.

2. Le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme

1108 *Convention du Conseil de l'Europe* ◇ La matière est ici principalement régie par la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel adoptée par le Conseil de l'Europe le 28 janvier 1981 et dite « convention 108 ». Du fait du temps nécessaire à l'obtention des signatures des différents États, elle n'est entrée en vigueur que le 1^{er} octobre 1985. Au même titre que les dispositions du droit communautaire, ce texte est très largement inspiré de la loi française du 6 janvier 1978. Il poursuit le même objectif d'équilibre entre la libre circulation de l'information et la protection des données de la personne.

La convention prend soin de définir les notions clefs auxquelles elle a recours. Les définitions de « données à caractère personnel », de

« fichier automatisé » et « de traitement » sont globalement identiques à celles de la directive communautaire de 1995. Une divergence terminologique peut cependant être constatée, la convention 108 préférant le concept de « maître du fichier » à celui de responsable du traitement. Les critères d'identification restent cependant les mêmes.

Si le champ d'application du texte est le même que celui de la directive de 1995, l'application aux fichiers manuels et à ceux établis par des personnes morales est néanmoins facultative pour les États signataires.

Les grands principes retenus pour le traitement des données sont également identiques (la récupération des données doit être loyale et licite, les données doivent être exactes et mises à jour, le traitement doit se faire dans le respect de sa finalité)³⁹⁹¹, les données dites sensibles disposent d'un régime propre³⁹⁹², le texte requiert également l'établissement de sanctions pénales en cas de non-respect des dispositions³⁹⁹³, de même que la mise en place de recours individuels au profit de la personne concernée par les données récoltées.

Des dispositions sont également consacrées aux flux transfrontaliers de données, ceux-ci n'étant possibles que vers des pays présentant un niveau de protection équivalent³⁹⁹⁴.

Le texte exige aussi que dans un souci d'entraide des États dans l'application de cette convention, chaque pays signataire désigne un représentant pour être l'interlocuteur des autres³⁹⁹⁵, ceux-ci intégrant un comité consultatif, à l'instar du Groupe de l'article 29. Ce comité a notamment pour mission de faire des propositions en vue de l'amélioration du texte.

Si d'importantes similitudes entre ce texte et la directive de 1995 peuvent être constatées, une différence d'ambition peut cependant être relevée. La directive de 1995 vise une harmonisation des législations nationales alors que tel n'est pas le cas de cette convention qui prétend seulement proposer un niveau de protection minimale, les pays signataires étant libres de définir des règles nationales plus protectrices.

On précise pour finir qu'après amendement de la convention 108, l'Union européenne est devenue partie à cette convention.

Le 8 novembre 2001, un protocole additionnel à cette convention a été ouvert à la signature. Celui-ci est spécialement relatif à la mise en place d'autorités de contrôle nationales et aux flux transfrontaliers de données.

Ce texte complémentaire invite en premier lieu chaque État signataire à mettre en place des entités locales indépendantes ayant pour mission de contrôler l'application des dispositions de la convention. Celles-ci doivent impérativement être dotées de pouvoir d'investigation et de sanction. Elles doivent également pouvoir être saisies directement par les citoyens et leurs décisions être susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Le protocole additionnel permet, en second lieu, une facilitation des flux transfrontaliers en conférant une plus grande souplesse au principe d'équivalence. Trois exceptions sont ainsi envisagées à l'interdiction de transférer des données vers un pays ne présentant pas un niveau de protection suffisant : lorsque l'intérêt de la personne concernée ou l'intérêt public le justifie ou si des garanties contractuelles sont fournies par l'État destinataire et jugées suffisantes par l'État expéditeur.

La France disposant déjà avec la Cnil d'un organe de contrôle, comme exigé dans ce protocole additionnel, la ratification n'a posé aucune difficulté particulière et est intervenue le 22 mai 2007. L'entrée en vigueur de la Convention a eu lieu en France le 1^{er} septembre 2007.

1109 *Cour européenne des droits de l'homme* ◇ Le contrôle du respect des dispositions de la convention 108 et de son protocole additionnel incombe à la Cour européenne des Droits de l'homme. Cette juridiction est évidemment également en mesure d'assurer la protection d'une personne lésée par un traitement portant atteinte à ses données personnelles, sur le fondement de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'article 8 conférant une protection générale de la vie privée. À ce titre, la Cour a par exemple eu l'occasion de sanctionner le Royaume-Uni qui avait créé un fichier ADN, avec conservation illimitée des données des personnes acquittées ou ayant bénéficié d'un abandon de poursuite. La Cour a jugé contraire à l'article 8 le refus de destruction de ce fichier ³⁹⁹⁶. Dans le même esprit, la France vient également d'être condamnée, en avril 2013, la Cour européenne contestant le régime de conservation dans le fichier national automatisé des empreintes digitales (FAED) ³⁹⁹⁷. Ce fichier collecte les données de personnes suspectées d'avoir commis des infractions mais n'ayant pas été condamnées. Il prévoit une période d'archivage de 25 ans et ce, quelque que soit la gravité des faits dont la personne est soupçonnée (en l'espèce deux vols de livres). La Cour

européenne a ici considéré que ces modalités de traitement ne traduisaient pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés en jeu. En réponse à cette condamnation, le ministre de l'Intérieur a indiqué qu'un projet de décret, modifiant celui du 8 avril 1987 relatif à la mise en œuvre de ce fichier, était en cours de rédaction. Des dispositions spécifiques seront intégrées permettant la reconnaissance d'un droit à l'effacement des données des personnes ayant bénéficié d'un acquittement, d'une relaxe, d'un classement sans suite ou d'un non-lieu ³⁹⁹⁸.

3. Les dispositions internationales

- 1110** *Présentation* ◇ Certaines dispositions sont adoptées par l'Assemblée générale des Nations unies. D'autres relèvent d'accords bi ou multilatéraux, dont certains très célèbres comme celui du *Safe-Harbor*.
- 1111** *Assemblée générale des Nations unies* ◇ Ces dispositions ont été adoptées le 14 décembre 1990 et sont connues sous le nom de « principes directeurs ». Inspirés eux aussi de la loi française du 6 janvier 1978, ils reproduisent très largement les règles générales exposées à plusieurs reprises.
- 1112** *Les principes du « Safe Harbor »* ◇ Il s'agit d'un ensemble de principes de protection des données personnelles, négociés entre les autorités américaines et la Commission européenne. Cet accord est censé garantir une sphère de sécurité pour le transfert des données vers des sociétés américaines. Suite à des négociations engagées dès 1996, cette sorte de charte a finalement été validée par la Commission européenne dans une décision du 26 juillet 2000 ³⁹⁹⁹. Le texte reprend 7 grands principes de la directive de 1995. Il y est ainsi fait état d'une obligation de « notification », le terme ayant cependant un sens différent de celui utilisé dans les dispositions communautaires. Cette obligation consiste ici à fournir une information sur la finalité du traitement et l'identité des tiers auxquels seront communiquées les données. Un droit d'accès est également reconnu, de même qu'un droit de rectification. Le principe de l'*opt-in* est prévu relativement au transfert de données sensibles, les autres informations étant seulement soumises à la règle de l'*opt-out*. Une exigence de sécurité des données est également posée. Le

respect de leur intégrité est aussi exigé, ce qui implique qu'elles soient pertinentes, exhaustives et actuelles.

La société adhérente au *Safe Harbor* doit s'engager à respecter les principes susmentionnés et à réaliser annuellement des audits, soit internes soit par externalisation, sur la mise en œuvre de ses traitements.

Le document est complété par une foire aux questions (FAQ) composée de quinze interrogations les plus fréquemment posées.

Les sociétés américaines désireuses de récolter des informations transmises des pays européens sont annuellement tenues d'adhérer aux principes contenus dans le *Safe Harbor*. Elles le font par le biais du département du commerce américain. Une telle adhésion n'est pas obligatoire mais son absence impliquera alors une interdiction de transfert à partir d'un État de l'Union européenne. Chaque année, le ministère du Commerce américain dévoile de manière publique la liste des entreprises adhérentes, ce qui permet aux entités européennes de vérifier, avant toute réalisation de transfert de données, si l'entreprise américaine destinataire est ou non habilitée à recevoir les informations.

Les dispositions du *Safe Harbor* étant assez proches des solutions dégagées par la directive de 1995, l'expédition des données vers des entreprises américaines se conformant à ces règles est considérée comme étant réalisée vers une entité donc la loi nationale présente un niveau de protection équivalent à la législation européenne. De ce fait, l'entité française, désireuse de transférer ses données vers une entreprise américaine adhérente, a seulement l'obligation de déclarer cette opération à la Cnil ⁴⁰⁰⁰. Le responsable du traitement peut même être dispensé de cette démarche s'il intègre au sein de sa structure un Correspondant Informatique et Libertés (CIL). Une faveur particulière est ici faite au responsable du traitement car cette exception ne vaut pas pour les transferts de données réalisés vers les autres États non-européens, la désignation d'un CIL ne dispensant pas alors de déclarer à la Cnil le transfert réalisé ⁴⁰⁰¹.

Le dispositif du *Safe Harbor* a également prévu la procédure à suivre au cas où l'entreprise expéditrice européenne constaterait des manquements aux principes de la charte. L'entité ayant exporté les données doit alors adresser un courrier à la Cnil et à la Federal Trade Commission indiquant les violations constatées. La société américaine défaillante recevra alors une mise en demeure de se conformer aux principes auxquels elle a adhéré et sera susceptible d'être radiée de la liste des entités adhérentes. Elle pourra également être condamnée à

indemniser la victime. De son côté la Cnil européenne, avisée des carences du prestataire américain, est en mesure d'ordonner la suspension du flux des données.

Si les géants américains, tels Google ou Facebook, ont pris l'engagement de respecter les principes du *Safe Harbor*, leur adhésion n'offre malheureusement pas la garantie du respect de la vie privée des personnes dont les données sont collectées, de nombreux écarts ayant été dénoncés ⁴⁰⁰². En matière de protection des données personnelles, il existe en effet une différence conséquente d'état d'esprit entre l'approche européenne, très contraignante, et celle des États-Unis, beaucoup plus libérale et privilégiant la voie de l'accord contractuel et de l'autorégulation.

1113 *Les autres accords internationaux* ◇ L'exemple du *Safe Harbor* est en mesure d'inspirer une prochaine reconnaissance d'équivalence de niveau de protection des législations européennes et de la zone Asie pacifique (APEC). Pour ce faire des représentants des Cnil européennes, d'autres de la zone en question et le G29 se sont rencontrés en janvier 2013 à Jakarta ⁴⁰⁰³.

De telles initiatives sont également menées sur le continent africain. L'Association Francophone des Autorités de Protection des Données Personnelles (AFAPDP) ⁴⁰⁰⁴, dont la Cnil française assure le secrétariat général, a ainsi organisé à Dakar, le 19 septembre 2011, la première rencontre régionale sur la protection des données personnelles et de la vie privée. Cette réunion a pris la forme d'un séminaire de formation. 7 États africains sont actuellement dotés d'une législation sur la protection des données personnelles ⁴⁰⁰⁵. La Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), qui réunit 15 pays, dispose par ailleurs d'un acte additionnel sur la protection des données personnelles adopté le 16 février 2010.

L'organisation de conférences internationales permet chaque année de réunir les 78 autorités nationales ou commissaires à la protection des données et de la vie privée du monde entier. Ces manifestations œuvrent pour une meilleure coopération des États de tous les continents et pour une harmonisation mondiale du dispositif de protection. À l'occasion de la conférence internationale de 2011, organisée à Mexico, un comité exécutif a été mis en place afin de favoriser la continuité des travaux d'une année sur l'autre ⁴⁰⁰⁶.

Sans qu'ils s'agissent de véritables accords internationaux, on peut pour finir indiquer que dès 1980, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a formulé des recommandations émises sous la forme de lignes directrices pour la protection des données.

Le dispositif de protection des données à caractère personnel constitue donc un impressionnant maillage de textes nationaux et internationaux. Bon nombre de ces dispositions partagent les mêmes principes directeurs, ce qui confère une appréciable cohérence à l'ensemble.

La présentation de ce dispositif étant achevée, voyons à présent en détail les droits que ces différents textes confèrent à la personne dont les données sont collectées. Précisons que le propos s'appuiera plus particulièrement sur les dispositions de la loi du 6 janvier 1978, modifiée par celle du 6 août 2004.

§ 2. Les droits de la personne dont les données sont collectées

1114 ***Présentation*** ◇ Notons en préambule de ces développements que les droits de la personne dont les données sont collectées constituent autant d'obligations de les respecter pour le responsable du traitement. Dès lors la partition avec le prochain sous-paragraphe, consacré aux obligations du maître du fichier, peut sembler délicate mais ne seront envisagées dans la subdivision suivante que les obligations qui incombent en propre au responsable du traitement, sans incidence comme ici sur les droits du titulaire des données. On détaillera alors les devoirs de réaliser les formalités préalables ou de veiller à la sécurité des données.

Aucun ordre ne s'impose pour la présentation de la liste des différents droits de la personne dont les données sont collectées, tels que le droit d'accès ou de rectification (B). Il semble néanmoins logique de commencer par ce qui apparaît essentiel : la nécessité d'exprimer un consentement exprès et préalable à tout recueil d'informations personnelles (A).

A. Un nécessaire consentement préalable

1115 L'obligation de recueillir préalablement le consentement (1) est assortie d'un certain nombre d'exceptions (2).

1. Le principe

1116 *Présentation* ◇ L'expression d'un consentement préalable ne suffit pas, celui-ci doit en outre être éclairé, certaines informations devant être transmises à la personne dont les données sont traitées.

1117 *Un consentement préalable* ◇ Cette exigence d'expression d'un consentement préalable suppose en corollaire une obligation pour le responsable du traitement de recueillir l'accord de la personne dont il récolte les données. Les dispositions présentement détaillées sont d'ailleurs exposées dans la loi de 1978 dans une section relative aux obligations du responsable du traitement. La présentation personnelle consistant à envisager l'exigence d'un consentement préalable dans les droits de la personne titulaire des données plutôt que dans les obligations du responsable du traitement ambitionne de la valoriser afin d'insister sur le fait qu'aucune donnée personnelle ne doit en principe être collectée à l'insu de la personne concernée. Ce droit au recueil du consentement préalable nous apparaît même comme le droit premier de l'individu dont les informations sont traitées en ce qu'il conditionne l'exercice de ses autres droits. La formulation d'un droit d'accès ou de rectification des données apparaît en effet stérile si la personne ignore qu'elle a été fichée, n'en ayant pas été au préalable informée.

La reconnaissance de ce droit essentiel résulte de la directive du 24 octobre 1995 ⁴⁰⁰⁷. Son intégration dans le Droit français n'est donc effective que depuis la loi du 6 août 2004 ⁴⁰⁰⁸, la loi Foyer de 1978 prévoyant seulement un droit à une information préalable de la personne, sans que l'exigence d'un consentement ne soit véritablement posée.

Ce principe est fermement formulé dans l'article 7 de la directive de 1995 qui dispose « que les États membres prévoient que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que si... la personne concernée a indubitablement donné son consentement ». Dans le point h) de son article 2, le texte communautaire définit le concept et indique qu'il s'agit de « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à

caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ».

L'exigence d'un tel recueil est également développée à l'article 7 de la nouvelle version de la loi de 1978 qui prévoit qu'« un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ».

Tout comme en droit commun, pour être valable le consentement ne peut se contenter d'exister il doit en outre être éclairé.

1118 *Un consentement éclairé* ◇ La personne dont les données font l'objet d'un traitement doit recevoir une information complète dont le contenu est détaillé à l'article 32 de la loi de 1978. Les modalités pratiques de la délivrance de cette information sont précisées dans un décret d'application du 25 mars 2007 ⁴⁰⁰⁹. Les informations requises peuvent ainsi être communiquées directement sur le support de collecte des données (par exemple un formulaire de demande de carte de fidélité), sur un document annexe répondant à certaines exigences, oralement, par voie électronique, voire par voie d'affichage.

S'agissant du contenu de l'information légale, le législateur indique tout d'abord que la personne confiant ses données doit connaître l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, celle de son représentant. La finalité du traitement doit également lui être spécifiée. On précise ici qu'une exploitation ultérieure des données à des fins statistiques, de recherches historiques ou scientifiques est considérée comme compatible avec les finalités initiales, ceci supposant qu'aucun nouveau recueil de consentement ne soit nécessaire ⁴⁰¹⁰.

Le responsable du traitement doit également indiquer le caractère facultatif ou obligatoire des réponses données ainsi que les conséquences éventuelles d'un défaut de réponse. Par exemple, un fichier mis en place par un comité d'entreprise, interrogeant les salariés sur leur nombre d'enfants et leur identité et mentionnant le caractère facultatif des réponses, devra également indiquer qu'une absence de renseignement induira l'inapplication d'un tarif dégressif prenant en compte le quotient familial ou la délivrance d'offres promotionnelles pour l'anniversaire des enfants.

Il doit aussi être fait mention de l'identité du ou des destinataires des données. La pratique démontre ici que les indications sur ce point s'avèrent bien souvent sommaires, le responsable de traitement se contentant parfois d'indiquer que les destinataires sont ceux nécessaires

au traitement des données.

Doivent également être indiqués les différents droits dont le titulaire des données dispose en vertu de la loi de 1978 et qui seront détaillés plus loin (droit d'accès, d'opposition, de rectification...) ⁴⁰¹¹. L'information ne porte cependant ici que sur le principe d'octroi de ces droits et non sur leurs modalités de mise en œuvre.

Des renseignements doivent enfin être fournis en cas d'éventuels transferts des données vers un État non-membre de la Communauté européenne. Le détail du contenu de l'information exigée est fixé à l'article 14 du décret d'application du 25 mars 2007 ⁴⁰¹².

Cette information légale doit être délivrée même lorsque le responsable du traitement n'a pas collecté les données directement auprès de la personne concernée, celles-ci ayant été louées ou achetées. Le III de l'article 32 enjoint alors de fournir l'information dès l'enregistrement des données ou, si une communication à des tiers est prévue, au plus tard lors du premier transfert. Le responsable du traitement est néanmoins en mesure d'échapper à cette obligation s'il prouve que la délivrance de l'information « se révèle impossible ou exige des efforts disproportionnés par rapport à l'intérêt de la démarche » ⁴⁰¹³.

De manière quelque peu surprenante, le législateur a prévu de limiter l'information due lorsque les données sont recueillies par le biais d'un questionnaire, renseigné par exemple pour l'ouverture d'un profil utilisateur ou l'obtention d'une carte de fidélité. Le responsable n'est plus alors tenu d'indiquer les conséquences éventuelles de l'absence de réponse à certaines questions, ni le destinataire des données. On peut, il est vrai, supposer qu'il s'agisse de l'entité qui a initié le questionnaire et que la personne délivrant volontairement ses données en connaisse l'identité. L'éventualité d'un transfert des données vers un pays non-membre de l'Union européenne n'a pas non plus à être indiquée. Il est ici regrettable que le caractère volontaire de la démarche de délivrance des données prive leur titulaire de la complétude de l'information.

Obligation atténuée la loi de 1978 prévoit également une obligation d'information atténuée lorsque les données sont appelées à faire l'objet à bref délai d'un procédé d'anonymisation. À l'occasion de l'élaboration d'une fiche pratique, disponible sur son site, la Cnil a formulé un certain nombre de recommandations sur les moyens de garantir cette anonymisation des données ⁴⁰¹⁴. La personne dont les informations sont collectées ne peut alors prétendre qu'à des indications portant sur

l'identité du responsable du traitement et la finalité de celui-ci ⁴⁰¹⁵.

L'article 110 du décret d'application du 20 octobre 2005 ⁴⁰¹⁶ a permis l'intégration dans le Code pénal de mesures sanctionnatrices relatives aux « atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques ». L'article R. 625-10 concerne spécialement la présente obligation d'information. Ce texte prévoit que tout responsable de traitement qui ne respecterait les dispositions susmentionnées en ne délivrant pas cette information légale encourt l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe, soit 1 500 € par infraction constatée et 3 000 € en cas de récidive ⁴⁰¹⁷.

On rappelle qu'existent des modalités d'information spécifiques à l'installation des témoins de connexion ⁴⁰¹⁸.

Enfin, dans son avis précité du 4 avril 2007, le Groupe de travail de l'article 29 a indiqué que ce droit à l'information devrait également être reconnu dans le cadre du fonctionnement des moteurs de recherche ⁴⁰¹⁹.

Si l'internaute dispose donc en théorie d'une information complète sur le devenir de ses données à caractère personnel, sa délivrance s'avère cependant fortement compromise en pratique. L'information est en effet souvent donnée par le biais d'une acceptation de conditions générales d'utilisation souvent non lues et validées par l'utilisateur au moyen d'un simple clic.

Afin d'améliorer cet état actuel des choses, la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen (LIBE) préconise dans son rapport sur le projet de réforme de la directive n° 95/46 du 25 octobre 1995, en date du 21 octobre 2013, de standardiser la délivrance de cette information. Elle propose ainsi la généralisation de l'utilisation d'icônes qui, sous forme de petits dessins simplistes, indiqueraient que les données sont collectées au-delà de leur finalité, de leur durée de conservation ou sont disséminées auprès de partenaires commerciaux. Sous réserve évidemment que le sens de ces icônes soit connu des utilisateurs, une telle pratique aurait le mérite de remédier aux difficultés d'accès à l'information généralement transmise par le biais de divers supports informatifs abscons ou de conditions générales trop rarement lues.

2. Les exceptions

principe étant assorti d'exceptions, le législateur a prévu des cas de dispense du droit d'exprimer un consentement préalable avant toute collecte de données à caractère personnel.

La majeure partie de ces dérogations est mentionnée à l'article 7 de la loi du 6 janvier 1978.

Une première dérogation est applicable lorsque le responsable du traitement réalise un fichier en vertu d'une obligation légale. Par exemple pour les traitements réalisés par l'Institut National de la Statistique et des Études Économiques (INSEE).

De manière tout à fait légitime, une seconde dérogation est prévue lorsqu'il en va de la sauvegarde de la vie de la personne dont les données sont collectées. Ainsi l'inscription d'un individu dans un fichier de receveurs de greffes pourra se réaliser sans son consentement. Toujours dans l'intérêt de la personne concernée, et probablement pour des raisons pratiques, une autre dispense concerne « l'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit des mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci »⁴⁰²⁰. Il peut par exemple s'agir ici de données recueillies dans le cadre de la souscription d'un contrat d'assurance ou pour la mise en place d'un contrat de téléphonie mobile.

Une autre exception, mentionnée au n° 3 de l'article 7, peut quelque peu surprendre du fait de son caractère généraliste. Il est indiqué que la personne concernée n'a pas à exprimer son consentement préalable lorsque le responsable du traitement ou son destinataire est investi « d'une mission de service public ». Cette exception étant susceptible de viser aussi bien des personnes publiques que des personnes privées, les dérogations risquent d'être nombreuses.

Le 5° de l'article 7 s'avère encore plus discutable. Est en effet prévue une dispense de recueil du consentement préalable lorsqu'il en va de la « réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire ». L'imprécision de ce critère est regrettable même si une réserve est posée, qui conditionne la mise en œuvre de l'exception à l'absence de méconnaissance de « l'intérêt ou des droits et libertés fondamentaux de la personne concernée »⁴⁰²¹. Il faut espérer que les juges fassent preuve de beaucoup de mesure dans la mise en œuvre de cette exception. Tel a heureusement été le cas dans une affaire médiatisée mettant en cause le site <note2be.com>. Ce site a réalisé la mise en ligne de notations d'enseignants et de leur établissement d'affectation sans qu'aucun recueil de consentement n'ait

été préalablement organisé. Le responsable du traitement a tenté d'excuser son manquement en se prévalant de l'exception de l'intérêt légitime. Dans une ordonnance de référé en date du 3 mars 2008, le TGI de Paris a refusé de faire droit à un tel argumentaire ⁴⁰²². La Cnil avait également été saisie de cette affaire. À l'occasion d'une décision du 6 mars 2008, elle a elle aussi conclu à « l'illégitimité » du site. Du fait de la condamnation pénale, la Commission nationale n'a néanmoins pas souhaité user de son pouvoir de sanction.

1120 *Les exceptions de l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978* ◇ Deux autres exceptions sont mentionnées au V et VI de l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978. Ces textes indiquent que la personne fichée dans le cadre de « traitements mis en œuvre pour le compte de l'État et intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique » n'est pas en droit d'exiger d'exprimer son consentement préalable ⁴⁰²³. La solution vaut également pour les fichiers « ayant pour objet l'exécution de condamnations pénales ou de mesures de sûreté » ⁴⁰²⁴. L'application de ces exceptions ne devrait cependant pas être automatique, le législateur ayant ajouté que ces dérogations ne valent que « dans la mesure où une telle limitation (au droit d'exprimer son consentement) est nécessaire au respect des fins poursuivies par le traitement » ⁴⁰²⁵.

Pour finir cette liste des exceptions au recueil du consentement préalable, on peut enfin citer le III de l'article 32 qui traite du cas où les données n'ont pas été directement collectées auprès de la personne concernée. Si le responsable du traitement doit informer l'individu dont les données sont fichées, il peut être dispensé de cette obligation lorsque la délivrance de l'information « se révèle impossible ou exige des efforts disproportionnés par rapport à l'intérêt de la démarche ». Les critères d'application de cette circonstance sont cependant assez malaisés à manier. La Cnil a eu l'occasion de juger d'une pratique du site Pages jaunes qui, dans le cadre d'un accord avec plusieurs réseaux sociaux, a récupéré des coordonnées de personnes pour les faire apparaître dans ses pages de résultat, sans que leur consentement n'ait été préalablement requis. Le site invoquait la présente exception pour excuser son manquement. La Cnil a refusé de faire droit à cet argument, et ce bien que 25 millions de personnes soient ici concernées. Par une délibération du 21 septembre 2011 ⁴⁰²⁶, elle a donc prononcé un avertissement public

contre cette société. Ayant fait l'objet d'un recours, cette sanction a été validée par le Conseil d'État dans une décision du 12 mars 2014 ⁴⁰²⁷.

Le même article prévoit encore qu'il n'est pas utile de solliciter à nouveau le consentement d'un individu lorsque ses données ont été initialement recueillies pour un autre objet et qu'elles sont ensuite retraitées « à des fins historiques, statistiques ou scientifiques ».

Ainsi énumérées, on réalise que les exceptions au recueil d'un consentement préalable s'avèrent nombreuses, ce qui apparaît d'autant plus regrettable que leur formulation est parfois floue. Il faut, là encore, espérer pouvoir compter sur la vigilance des juges et de la Commission nationale.

On précise pour finir que si ces exceptions sont également mentionnées dans la directive du 25 octobre 1995, la Cour de justice de l'Union européenne a récemment indiqué que leur transposition dans les législations nationales des États membres s'avère facultative ⁴⁰²⁸.

En plus de son droit d'exprimer son consentement préalable à la collecte de ses données, la personne dispose d'autres droits qui vont à présent être présentés.

B. Les droits de la personne dont les données sont collectées : de l'accès à l'oubli

- 1121** *Information sur les droits* ◇ À l'occasion de tout usage d'une donnée à caractère personnel, le rappel de ces droits est obligatoire et est souvent réalisé par le biais d'une formule type expliquant que « conformément à la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978, vous disposez d'un droit d'accès, de rectification et de suppression des données qui vous concernent ». Ces différentes prérogatives sont détaillées dans une section 2 de la loi intitulée « Droits des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel ». Détaillons à présent les modalités d'exercice de chacun de ces droits en les présentant dans leur ordre d'apparition dans la loi de 1978.

1. Le droit d'opposition

- 1122** *Régime du droit d'opposition* ◇ Ce droit est exposé à l'alinéa 1^{er} de l'article 38 de la loi du 6 janvier 1978 qui dispose que « 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 ».

Notons que ce droit d'opposition n'est pas absolu, les raisons du refus devant être légitimes. Ces motifs doivent tenir à une situation particulière de la personne concernée et l'emporter sur les intérêts du responsable du traitement. Le caractère légitime du refus relève de l'appréciation de ce dernier et se fera au cas par cas, au regard du type de fichiers en cause et de la nature des données récoltées. En cas de désaccord, la Cnil et/ou les juridictions pénales pourront être saisies. La jurisprudence accepte de faire une appréciation assez laxiste des raisons invoquées par les personnes s'opposant au traitement de leurs données.

L'article 14 de la directive de 1995 a ajouté qu'il est par contre possible de s'opposer à ce que ses données fassent l'objet d'un usage à des fins de prospections commerciales, sans qu'il soit ici besoin de justifier d'une raison légitime. Cette exception, qui n'était pas prévue dans la version d'origine de la loi de 1978, a été intégrée par la réforme de 2004 à l'alinéa 2 de l'article 38 de la loi informatique et libertés.

Les modalités d'expression du refus de la personne concernée varient donc selon le type de fichiers. Dans les deux cas le responsable du traitement, auprès duquel le droit d'opposition a été exercé, doit en informer sans délai tout éventuel destinataire des données.

S'agissant spécialement du recueil des données dans un cadre commercial, le décret d'application du 25 mars 2007 précise ⁴⁰²⁹ que « l'intéressé est mis en mesure d'exprimer son choix avant la validation définitive de ses réponses ». Une case à cocher devrait ainsi figurer sur tout formulaire ou questionnaire de recueil des informations personnelles, l'intégration d'une vague mention dans conditions générales de vente n'étant pas suffisante. Par ailleurs, « lorsque la collecte des données intervient par voie orale, l'intéressé (doit être) mis en mesure d'exercer son droit d'opposition avant la fin de la collecte des données le concernant » ⁴⁰³⁰.

Le droit d'opposition peut donc être réalisé en cochant une case, en l'exprimant oralement ou encore par l'envoi d'une lettre au responsable du traitement. Dans un guide intitulé « Comment éviter de recevoir des publicités » ⁴⁰³¹, la Cnil propose d'ailleurs des lettres types. Le refus peut également être exprimé par une simple mention écrite sur le document utilisé pour la collecte des données. Il est enfin possible de s'inscrire sur des listes d'opposition. Il existe à cet effet une liste gérée par l'Union

Française du Marketing Direct (UFMD) ⁴⁰³². L'inscription n'est cependant pas une garantie absolue de non-prospection puisqu'elle engage les seules sociétés adhérentes. Elle ne met pas non plus à l'abri des multiples sollicitations par voie téléphonique. S'agissant de ces dernières, il s'avère possible de solliciter l'opérateur de téléphonie pour une intégration dans une liste rouge ou une liste « anti-prospection », celles-ci interdisant à l'opérateur de communiquer les coordonnées de l'abonné à des fins commerciales.

Dans le cadre spécial de la prospection commerciale, le législateur a pris le soin de préciser que l'exercice du droit de refus doit se faire sans frais pour la personne concernée ⁴⁰³³. La Cnil semble considérer qu'il doit en être de même en dehors de ce contexte particulier, celle-ci affirmant sans distinction que « le droit d'opposition ne doit occasionner aucun frais pour la personne qui l'exerce » ⁴⁰³⁴.

Dans tous les cas, l'expression de ce refus de traitement peut se faire au stade de la demande de recueil des données mais également postérieurement, à tout moment.

1123 ***Sanctions*** ◇ Le responsable du traitement qui ne ferait pas droit à une telle opposition est passible des peines prévues par l'article 226-18-1 du Code pénal qui dispose que « le fait de procéder à un traitement de données à caractère personnel concernant une personne physique malgré l'opposition de cette personne, lorsque ce traitement répond à des fins de prospection, notamment commerciale, ou lorsque cette opposition est fondée sur des motifs légitimes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende ».

1124 ***Exceptions*** ◇ Comme tout droit, celui-ci connaît des exceptions. Le législateur en a prévu deux.

Il sera tout d'abord impossible de s'opposer au recueil de ses données personnelles lorsque le responsable du traitement agit en vertu d'une obligation légale. Tel sera par exemple le cas s'agissant des fichiers mis en œuvre par l'Institut National de la Statistique et des Études Économiques (INSEE), par les services fiscaux ou la sécurité sociale.

L'article 38 prévoit également qu'il est impossible de refuser le recueil des données lorsqu'un tel droit a été « écarté par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement ». Cela vise les situations dans lesquelles un contrat, unissant le responsable du traitement et le titulaire

des données, interdit explicitement l'expression d'un tel refus. On peut craindre ici une trop fréquente mise à l'écart de ce droit formulée dans des conditions générales rarement lues et acceptées par le biais d'un simple clic.

2. Le droit d'accès

1125 ***Contenu*** ◇ Ce droit, dit aussi droit d'interroger ou droit de curiosité, est formulé à l'article 12 de la directive de 1995 et à l'article 39 de loi informatique et libertés de 1978. Contrairement au droit d'opposition, la demande d'exercice de ce droit d'accès n'a pas besoin d'être motivée. En faisant preuve de son identité, la personne dont les données sont collectées peut interroger le responsable du traitement sur différents points : celui de savoir si ses données font ou non l'objet d'un traitement, quelles sont les informations personnelles détenues, quelle est la finalité du traitement, qui est le destinataire des données, si est envisagé un transfert international vers un État tiers à l'Union européenne et quel procédé informatique a contribué à produire une décision la concernant (*scoring*, segmentation, profil...).

Le non-respect de ce droit d'accès est, en vertu de l'article R. 625-10 du Code pénal, puni d'une contravention de 5^e classe.

En vertu du respect du droit à l'expression d'un consentement préalable éclairé ⁴⁰³⁵, ces diverses informations devraient avoir été préalablement communiquées au titulaire des données. Ce droit d'accès constitue donc une sorte de rattrapage du non-respect de cette obligation initiale. Il s'avère également utile lorsque les modalités du traitement sont susceptibles d'évoluer.

1126 ***Exercice du droit d'accès*** ◇ La personne qui suspecte un risque de dissimulation ou de disparition de ses données est en droit de saisir le juge des référés afin que soient mises en place toutes mesures de nature à éviter la réalisation d'un tel événement.

Le droit d'accès peut être exercé à distance, par écrit, mais aussi sur place. Dans ce dernier cas de figure, la personne dont les données sont collectées doit être en mesure de consulter en direct les informations à l'écran ou aux moyens d'éditions papier. Doit lui être laissé le temps nécessaire à la consultation voire, si elle le souhaite, au recopiage des données. La délivrance d'une copie des informations doit également être

possible. Le législateur a autorisé que cette requête soit payante mais précise que son coût ne peut excéder celui de la reproduction.

Le droit d'accès ne doit pas être considéré comme absolu, le responsable du traitement étant autorisé à s'y opposer en établissant le caractère abusif de la demande. Tel sera le cas lorsque les sollicitations du titulaire des données sont nombreuses, répétitives ou systématiques.

Le responsable est également autorisé à ne pas répondre positivement à la demande d'accès s'il prouve que les données sont conservées sous une forme excluant « manifestement »⁴⁰³⁶ tout risque d'atteinte à la vie privé ou que leur durée de conservation n'excède pas celle nécessaire à l'établissement de statistiques ou à la recherche scientifique ou historique.

Il n'aura pas non plus à répondre à la sollicitation de communication si les informations sont susceptibles de porter atteinte au droit d'auteur.

Comme précédemment indiqué, le droit d'accès s'exerce parfois de manière indirecte⁴⁰³⁷. Tel est le cas s'agissant des fichiers intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique (fichiers de police judiciaire, fichiers des services de l'information générale [ancien renseignements généraux]). De même, pour les traitements ayant pour objet de prévenir, rechercher ou constater des infractions ou d'assurer le recouvrement des impositions. La demande d'accès devra alors se faire par l'intermédiaire de la Commission nationale. La requête doit être formulée par écrit, indiquer quel(s) fichier(s) est(sont) concerné(s) par la demande et être accompagnée d'une copie d'un titre d'identité. Elle peut être effectuée personnellement ou en donnant mandat à un avocat. Les démarches d'interrogation sont ensuite réalisées par certains membres de la Cnil, spécialement habilités : un magistrat de la Cnil appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'État, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes. L'agent mandaté pour mener les investigations est également en mesure de faire procéder le cas échéant aux modifications utiles. Les délais de traitement des demandes sont de l'ordre de plusieurs mois. La requête ne peut évidemment aboutir si la communication des informations est de nature à remettre en cause l'intérêt public ayant motivé la constitution du fichier⁴⁰³⁸.

Dans son rapport d'activité 2012 la Cnil indique qu'elle a été saisie de 3 682 demandes de droit d'accès indirect, ce chiffre représentant une augmentation de + 75 % par rapport à l'année précédente. Cette explosion des sollicitations s'explique par le nouveau droit octroyé aux héritiers d'accéder au fichier FICOPA de l'administration fiscale.

Dans une feuille de route présentée lors d'un séminaire gouvernemental sur le numérique, le gouvernement a annoncé, s'agissant des fichiers nécessaires à l'exécution des missions de police, sa volonté d'élargir les possibilités d'accès direct des citoyens aux données nominatives les concernant et de faciliter la mise à jour de ces traitements ⁴⁰³⁹.

Il existe enfin des dispositions spéciales relatives à l'accès aux données de santé. L'article 43 de la loi de 1978 offre ainsi au titulaire de l'information une alternative. Celui-ci a la possibilité de demander directement au responsable du traitement d'accéder à ses données ou peut présenter sa requête par l'intermédiaire d'un médecin qu'il aura choisi. La communication de ces informations se fera dans le respect de l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique.

Le législateur a apporté des précisions, applicables à tous types de fichiers, sur les modalités de la transmission des données. Il exige que les informations communiquées soient complètes et qu'elles soient transmises sous une forme directement accessible. À ce titre, la Cour de cassation a rendu, en date du 6 mai 2008 ⁴⁰⁴⁰, une décision peu favorable au demandeur désireux d'accéder à ses données. En l'espèce, et alors qu'une personne avait sollicité un responsable du traitement pour obtenir communication des informations la concernant, ce dernier s'était contenté de lui transférer des informations inintelligibles et ce à plusieurs reprises. Décidant d'agir contre ce responsable de traitement de mauvaise foi, le demandeur a cependant été débouté, la Cour de cassation ayant invoqué la prescription de l'action. Elle a en effet considéré que, s'agissant d'une infraction instantanée, le délai de prescription courrait à compter du premier envoi, et ce malgré le caractère inintelligible des informations transmises. Les envois ultérieurs ne pouvaient par ailleurs selon elle caractériser une réitération de l'infraction justifiant de faire courir un nouveau délai de prescription. On précise que le droit de prescription en question n'est que d'un an.

On peut pour finir cette présentation du droit d'accès, mentionner une heureuse initiative de la société Google qui offre aujourd'hui à l'utilisateur la possibilité, grâce à son outil *Dashboard*, de visualiser les informations récoltées à l'occasion du recours aux différents services de l'opérateur (*Gmail, Google agenda, You tube...*).

3. Le droit de rectification

1127 *Nature et régime* ◇ Ce droit, envisagé à l'article 40 de la loi de 1978, représente la continuité du droit d'accès. Une fois que la personne a pu consulter ses données, elle doit en effet pouvoir demander à ce qu'elles soient « rectifiées, complétées, mises à jour ou, verrouillées » ⁴⁰⁴¹ lorsque celles-ci s'avèrent « inexactes, incomplètes, équivoques, périmées... ou (que) la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation (en sont) interdite » ⁴⁰⁴². Le demandeur doit justifier de son identité auprès du responsable du traitement et à la charge de la preuve des différents défauts qu'il invoque. Le législateur a veillé à faire mention de la gratuité d'une telle démarche.

Le droit de rectification est également ouvert à l'héritier, en vue de l'actualisation des informations relatives à une personne décédée. Il doit apporter « outre la justification de son identité, la preuve de sa qualité par la production d'un acte de notoriété ou d'un livret de famille. » ⁴⁰⁴³.

Une fois les modifications requises effectuées, le responsable du traitement doit en aviser le demandeur de même que le tiers à qui il aurait éventuellement transféré les données en cause afin que ce dernier réalise lui aussi la rectification.

4. Le droit à l'oubli

1128 *Les formes actuelles du droit à l'oubli* ◇ Ce droit à l'oubli numérique peut être appréhendé de deux manières.

En premier lieu, par le biais de l'interdiction faite au responsable du traitement de conserver les données collectées au-delà du temps nécessaire au traitement ⁴⁰⁴⁴. Les dispositions sur la conservation des données posent en effet une obligation de suppression qui permet la concrétisation de ce droit à l'oubli et qui passe ici par la destruction ou l'anonymisation des données ⁴⁰⁴⁵.

En second lieu, le droit à l'oubli peut être considéré comme un prolongement, voire un aboutissement du droit de rectification, se concrétisant par une demande d'effacement des données en cause. Le titulaire des informations collectées est en effet en droit de demander à ce qu'elles disparaissent des pages Internet et ne soient plus référencées par les moteurs de recherche. On parle ici d'opérations de désindexation, de déréférencement ou de droit à la mort virtuelle.

Ce droit est seulement sous-entendu dans l'article 12 de la directive de 1995 qui fait référence à « un droit à l'effacement » des données dans le

cadre plus général de leur rectification. Il en est de même dans l'article 40 de la loi du 6 janvier 1978 qui évoque la possibilité d'exiger du responsable du traitement que soient « effacées les données à caractère personnel ».

1129 *Enjeux et sanctions du droit à l'oubli* ◇ Avec l'essor du web 2.0 et notamment des réseaux sociaux, ce droit à l'oubli est devenu essentiel. Le nombre des informations personnelles récoltées a explosé et celles-ci sont désormais accessibles sans limitation de durée. Des photos, des commentaires publiés durant la période insouciante de l'adolescence pourront s'avérer préjudiciables à l'âge adulte. Les recruteurs notamment n'hésitent pas à rechercher et utiliser cette manne d'informations sur la vie privée de leurs candidats afin de guider leurs décisions d'embauche. Il importe donc de mettre en place un dispositif susceptible de protéger l'individu contre son passé.

Dans son rapport annuel 2011, la Cnil indique que les problématiques du droit à l'oubli sur Internet (suppression de textes, photographies ou vidéos en ligne) enregistrent une progression de 42 % par rapport à 2010, avec 1 000 plaintes enregistrées⁴⁰⁴⁶.

La reconnaissance d'un droit à l'oubli se heurte cependant à d'autres droits et exigences qu'il faut également préserver. L'exercice d'un droit absolu à l'oubli ne doit pas compromettre l'obligation de transparence qui pèse sur de nombreux acteurs ni remettre en cause le légitime droit à l'information. Il serait par ailleurs regrettable que certaines sociétés ou personnalités politiques, confrontées à d'anciens scandales médiatisés, puissent s'acheter une nouvelle « virginité » en faisant prévaloir leur droit à l'oubli.

Comme bien souvent s'agissant des droits des individus dans le cadre de l'usage des réseaux numériques, un savant équilibre doit ici être trouvé entre la protection des données personnelles, la libre circulation de l'information, la nécessité de pouvoir se ménager des preuves, le devoir de mémoire et la liberté d'expression.

La Cnil résume ce besoin de recherche de la juste mesure en affirmant que « nécessité humaine et sociétale, le droit à l'oubli ne doit pas être interprété comme un impératif absolu d'effacement des données »⁴⁰⁴⁷.

Si en théorie, le responsable de traitement est donc tenu de répondre positivement aux personnes qui sollicitent la suppression de leurs données, en pratique cependant, l'effectivité de ce droit s'avère

discutable. Les garants de la protection des libertés sont donc parfois amenés à intervenir.

Ainsi dans une ordonnance de référé du 15 février 2012, le TGI de Paris ⁴⁰⁴⁸ a ordonné sous astreinte à Google Inc. de désindexer, sur <google.com> et <google.fr>, des contenus de sites à caractère pornographique. Une femme devenue secrétaire, avait en effet demandé que l'on supprime un ancien film qu'elle avait tourné. Celui-ci était référencé et pouvait dès lors toujours être visionné en tapant son nom, son prénom et un pseudo. Malgré ses multiples demandes, Google s'était refusé à agir invoquant le fait qu'il ne gère pas le contenu des pages publiées. Rejetant cet argumentaire, le juge a contraint le moteur de recherche à la désindexation.

Sur le fondement de l'article 9, l'invocation d'une violation du droit à l'image a également permis la condamnation de la Société Google Inc. à retirer et à cesser l'affichage sur le moteur de recherche *Google Images* d'images attentatoires à la vie privée de Max Mosley (alors Président de la Fédération Internationale de l'Automobile). Après une première demande de retrait et des démarches réalisées en ce sens par la société Google, les images à caractère sexuel, étaient ensuite réapparues à plusieurs reprises sur Internet. Dans une décision en date du 6 novembre 2013, le TGI de Paris a condamné, sous astreinte de 1 000 euros par manquement constaté, l'opérateur américain à « retirer et cesser, pendant une durée de cinq années, l'affichage sur le moteur de recherche *Google Images* que la société exploite, de neuf images dont Max Mosley a demandé l'interdiction » ⁴⁰⁴⁹.

Si cette injonction inscrite dans le temps confère une certaine concrétisation au droit à l'oubli, l'on peut cependant là encore douter de son effectivité, la société Google Inc. ayant été seule condamnée sans que ne le soit sa filiale française, ce qui risque de poser des difficultés d'exécution de la décision. On peut aussi regretter que le tribunal n'ait pas accédé à la demande de mise en place d'un système de filtrage permettant d'assurer la disparition des images.

La Cnil est également susceptible d'intervenir lorsque certains acteurs font l'objet de trop nombreuses plaintes de particuliers désireux de disparaître de leurs fichiers. Elle s'est notamment intéressée aux pratiques du fichier central des retraits des cartes bancaires, considérant que celles-ci n'étaient pas respectueuses du droit à l'oubli. Ce fichier, qui constitue un sous-ensemble du Fichier Central des Chèques (FCC), recense les personnes qui ont fait l'objet d'une décision de retrait de leur

carte en raison d'incidents de paiement (défaut de provision). Les banques ont en effet l'obligation de notifier leurs décisions de retrait à la banque de France. La Cnil contestait le fait que l'inscription durait deux ans malgré la possible régularisation opérée par le titulaire de la carte. La possibilité d'un effacement anticipé relevait par ailleurs du bon vouloir de l'établissement et en cas de refus, la personne concernée devait demander l'intervention de la Cnil. Après plusieurs années de négociations et l'adoption d'une délibération ⁴⁰⁵⁰, la Commission nationale est parvenue à obtenir des améliorations du système. L'information des titulaires de carte est désormais meilleure et l'établissement bancaire doit demander la radiation du fichier dès la régularisation de l'incident de paiement, ce qui garantit enfin le respect du droit à oublier.

La Cour européenne des droits de l'homme a également eu l'occasion de récemment intervenir pour sanctionner la France pour l'ineffectivité de la procédure d'effacement au fichier des empreintes génétiques ainsi que pour la durée de conservation excessive de ces empreintes ⁴⁰⁵¹.

1130 *Évolution du droit à l'oubli* ◇ Les parlementaires œuvrent de leur côté pour tenter d'améliorer l'effectivité du droit à l'oubli. Dans un rapport d'information, les sénateurs Anne-Marie Escoffier et Yves Détraigne préconisent de consacrer officiellement un droit autonome à l'oubli ⁴⁰⁵². Ce rapport a donné lieu à une proposition de loi déposée le 6 novembre 2009 ⁴⁰⁵³. Si le texte a été adopté par le Sénat le 24 mars 2010, il est cependant depuis resté en instance.

Les auteurs de ce rapport proposaient en corollaire de la formulation du droit à l'oubli, la reconnaissance d'un droit à l'hétéronymat. Ce dernier droit, assez délicat à cerner, consiste à « se forger de véritables personnalités alternatives, distinctes de la personnalité civile qui les exploite ». Il s'agirait ici d'un moyen de « brouiller les pistes » ⁴⁰⁵⁴, d'éviter l'identification de l'internaute, ce qui réglerait en amont la question du droit à l'oubli. « Afin d'éviter que ce droit ne serve à commettre des infractions, ces identités alternatives pourraient être déposées auprès d'un organisme chargé de les gérer. En cas d'infractions par exemple, la justice pourrait demander l'identité civile de la personne » ⁴⁰⁵⁵.

Ces recommandations n'ont pour l'heure pas été reprises car, si chacun s'accorde pour reconnaître le besoin de la reconnaissance d'un droit à une disparition virtuelle, les propositions achoppent sur les moyens de

sa mise en œuvre. Le rapport d'information précité préconise de préférer un déréférencement de la donnée par les différents moteurs de recherche plutôt qu'une suppression de l'information directement sur les différents sites. Si l'idée emporte l'adhésion, sa mise en œuvre s'avère délicate là encore.

La Cnil préconise quant à elle d'aller encore plus loin dans l'effectivité du droit à l'oubli. Elle souhaite en effet voir instaurer un droit à la désindexation comme composante du droit à l'oubli ⁴⁰⁵⁶. Une telle reconnaissance permettrait à toute personne à qui a été reconnu un droit à l'effacement, d'exiger des moteurs de recherche que ses données personnelles n'apparaissent plus dans leurs pages de résultats. La possible applicabilité de ce règlement aux moteurs de recherche américains est cependant loin d'être acquise et constituerait une véritable révolution des pratiques ⁴⁰⁵⁷.

1131 *Proposition de règlement européen* ◇ La proposition de règlement européen, visant à moderniser la directive du 24 octobre 1995, envisage également de consacrer de ce droit à l'oubli. L'article 17 du projet dispose en effet que « la personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement l'effacement de données à caractère personnel la concernant et la cessation de la diffusion de ces données ». Ce droit n'est pas ici considéré comme absolu car les cas dans lesquels on peut le faire valoir sont limitativement énumérés. Le citoyen pourrait ainsi prétendre à l'effacement de ses données lorsqu'elles « ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées », ou encore « lorsque le délai de conservation autorisé a expiré et qu'il n'existe pas d'autre motif légal au traitement des données ». Le droit à l'oubli serait également invocable quand « la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement ». Également lorsqu'en vertu du droit d'opposition qui lui est reconnu, le titulaire des informations personnelles « s'oppose au traitement des données à caractère personnel » le concernant. Une dernière circonstance assez généraliste prévoit enfin que le droit à l'oubli puisse être invocable quand « le traitement des données n'est pas conforme au présent règlement pour d'autres motifs ».

Dans son considérant 53 le projet de règlement précise que ce droit à l'oubli « est particulièrement important lorsque la personne concernée a donné son consentement à l'époque où elle était enfant et donc mal

informée des risques inhérents au traitement, et qu'elle souhaite par la suite supprimer ces données à caractère personnel, en particulier sur l'Internet ».

Les instances européennes entendent concrétiser la reconnaissance du droit à l'oubli. Le point 2 de l'article 17 prévoit en effet que « le responsable du traitement (qui) a rendu publiques les données à caractère personnel, prend toutes les mesures raisonnables... en vue d'informer les tiers qui traitent lesdites données qu'une personne concernée demande d'effacer tous liens vers ces données à caractère personnel, ou toute copie ou reproduction de celles-ci ».

La consécration du droit à l'oubli ne fait cependant pas toujours l'unanimité et est notamment fermement contestée par l'Association des Archivistes Français (AAF) et les généalogistes qui s'insurgent contre ce qu'ils désignent comme une amnésie collective. Il faut cependant relativiser l'inquiétude exprimée par ces opposants, les considérant 52 et 53 du projet de règlement prévoyant une exception de conservation des données pour des fins statistiques ou pour des recherches historiques ou scientifiques. Hormis cette réserve, l'ambition d'une reconnaissance d'un droit à l'oubli est saluée par de nombreux acteurs de la protection des données à caractère personnel.

Le G29 et la Cnil réclament cependant quelques éclaircissements notamment sur la possibilité de faire-valoir ce droit directement auprès d'un tiers ⁴⁰⁵⁸. Dans son rapport sur le projet de texte européen, en date du 21 octobre 2013, la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement (LIBE) fournit quelques précisions ⁴⁰⁵⁹. Dans le sens des préconisations de la Cnil française et afin de prendre en compte les difficultés liées à sa réalisation technique, la notion de « droit à l'effacement » a tout d'abord été préférée à celle de « droit à l'oubli ». Ce droit a par ailleurs été doublement renforcé. Tout d'abord, en ce que la personne concernée serait en droit d'obtenir directement des tiers l'effacement de ses données et non seulement du responsable du traitement, comme prévu dans le texte initial du projet de règlement. Également, parce que dans l'hypothèse où les données ont été rendues publiques, le responsable de la publication aura l'obligation, le cas échéant, de veiller à ce que ces informations soient effacées par les tiers alors qu'initialement il était seulement tenu de les informer de la demande d'effacement.

1132 *Solutions alternatives* ◇ Si la formulation du droit à l'oubli est aisée, sa mise en œuvre s'avère donc problématique, peut-être même illusoire⁴⁰⁶⁰. Les solutions doivent peut-être être recherchées ailleurs, en amont. L'une de celles-ci se trouve indiscutablement dans l'éducation des internautes qui doivent être sensibilisés sur les risques de divulgation de leur vie privée. La Cnil engage de nombreuses campagnes en ce sens. Dans le rapport d'information précité, Yves Détraigne et Anne-Marie Escoffier proposent également dans leur recommandation n° 1 de « faire du citoyen un “*homo numericus*” » libre et éclairé, protecteur de ses propres données⁴⁰⁶¹.

On attend également beaucoup des politiques d'autorégulation se concrétisant par l'établissement de formulations de bonnes pratiques. Sous l'impulsion de Nathalie Kosciusko-Morizet, ancienne secrétaire d'État chargée de la prospective et du développement de l'économie numérique, l'ancien gouvernement a initié en 2010 deux chartes du droit à l'oubli. L'une signée le 30 septembre 2010 est relative à la publicité ciblée, l'autre, du 13 octobre 2010, concerne les sites collaboratifs et les moteurs de recherche. Si ces chartes reposent sur un simple engagement moral des signataires de se conformer aux principes qui y sont formulés, elles ont cependant le mérite d'exister et sont susceptibles de faire lentement évoluer la pratique. On peut néanmoins regretter que Facebook et Google, bien qu'ayant participé aux discussions, aient refusé de signer.

La Cnil est amenée à jouer un rôle majeur dans la mise en œuvre de ces politiques d'autorégulation, en ce qu'elle peut aider à la mise en place de labels de certification délivrés aux structures respectueuses du droit à l'oubli. L'obtention de ces labels offre une appréciable amélioration de l'image commerciale des opérateurs qui en sont gratifiés.

Au niveau communautaire, ces procédés d'autorégulation se développent, notamment par la mise en place d'un *web trader Code*. Les sites marchant désireux de se prévaloir du logo en question doivent s'engager à respecter ce cahier des charges de bonnes pratiques.

Malgré les diverses tentatives de consécration du droit à l'oubli, ce droit reste donc très théorique en l'état. Certains opérateurs, tel *Réputation Squad* font une exploitation lucrative de ce constat. Contre une rémunération conséquente, de l'ordre de 200 à 10 000 euros selon la complexité de la tâche, ils proposent de gérer l'e-réputation des

entreprises et des particuliers. Leur intervention permet de concrétiser le droit à l'oubli en ce qu'ils effectuent, pour le compte de celui qui les paye, les démarches de désindexation. Le travail consiste à nettoyer la toile des images ou commentaires indésirables ou, s'agissant de l'e-réputation des entreprises dont l'image est mise à mal par des scandales, à faire remonter des informations positives dans les pages des moteurs de recherche et à renvoyer aux tréfonds les négatives. Les internautes iraient en effet très rarement au-delà de la troisième page de résultat des requêtes.

Le fait qu'il faille passer par ces prestataires pour rendre effectif le droit à l'oubli conduit cependant à une regrettable protection à deux vitesses, les plus riches pouvant se payer le luxe de « se faire oublier » tandis que les plus pauvres ne peuvent avoir accès à ces services.

Il faut souhaiter que les débats qui accompagnent l'élaboration du futur règlement européen de la protection des données parviennent à dégager des solutions qui assureront l'effectivité de ce droit à l'oubli afin que celui-ci ne se limite pas à l'expression d'un droit théorique.

L'adoption d'une nouvelle loi californienne, devant entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2015, est de nature à entretenir de telles espérances, ce texte reconnaissant un droit à l'effacement numérique au profit des mineurs⁴⁰⁶². La formulation de ce droit s'avère novateur aux États-Unis et le fait qu'il soit officialisé par l'État de Californie, où se trouve la Silicon Valley, s'avère particulièrement symbolique !

5. Modalités communes d'exercice des droits de la personne

1133 *Un régime commun* ◇ Hormis le droit d'opposition initial, qui consiste à répondre négativement à une sollicitation du responsable du traitement, l'exercice des différents droits susmentionnés se fait en vertu de modalités communes.

Les demandes de droit d'accès, de rectification, d'opposition ultérieure ou de mise en œuvre du droit à l'oubli doivent être formulées par écrit au responsable du traitement. Elles doivent être signées et accompagnées de la photocopie d'un titre d'identité du demandeur. Doit également être précisée l'adresse à laquelle doit parvenir la réponse.

La demande peut être réalisée sur place. La personne dont les données sont collectées ou toute autre faisant preuve d'un mandat, doit alors être mise en mesure de consulter les informations à l'écran ou aux moyens

d'éditions papier. Il doit lui être laissé le temps nécessaire à la consultation voire, si elle le souhaite, au recopiage des données. L'obtention d'une copie des informations la concernant doit également être possible. Le législateur a autorisé que cette requête soit payante mais précise que son coût ne peut excéder celui de la reproduction.

Si le responsable du traitement n'est pas en mesure d'apporter une réponse immédiate à la demande d'exercice des différents droits, les données ayant par exemple été transmises à des tiers, il doit délivrer un avis de réception daté et signé. Il a alors, à compter de la réception de cette demande, deux mois pour répondre. Si la requête est imprécise ou ne comporte pas tous les éléments permettant d'y apporter réponse, le responsable du traitement invite alors le demandeur, par lettre remise contre signature ou par voie électronique, à les lui fournir avant l'expiration du délai des deux mois, cette demande de complément d'information suspendant le délai précité.

- 1134** ***Sanctions*** ◇ Le responsable du traitement qui ne répondrait pas positivement aux demandes d'exercice de ces différents droits, alors qu'aucune raison légitime ne l'empêche de le faire, est passible des sanctions prévues par les articles R. 625-10-11 et 12 du Code pénal. Ces textes prévoient que l'auteur du manquement est passible d'une contravention de 5^e classe. L'infraction de violation du droit d'opposition relève quant à elle de dispositions autonomes. Détaillées à l'article 226-18-1 du Code pénal, elles appliquent la sanction traditionnelle en cas de non-respect de la loi informatique et libertés, soit 5 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende.

Voici donc exposés les différents droits dont dispose la personne dont les données sont collectées. Comme indiqué en préliminaire de cet inventaire, ces droits constituent autant d'obligations de les respecter mises à la charge du responsable du traitement. Ce dernier est par ailleurs soumis à d'autres contraintes qui cette fois lui sont propres et ne sont pas comme on vient de le voir le corollaire des droits de la personne titulaire des données.

§ 3. Les obligations du responsable du traitement

- 1135** Il est en premier lieu tenu de respecter certaines formalités préalables à la mise en œuvre du traitement (A). D'autres obligations sont plus

spécialement relatives aux opérations de collecte et de traitement des données (B).

Notons qu'il importera au préalable de s'assurer que la personne soumise à ces diverses obligations a effectivement la qualité de responsable de traitement. Dans le cadre de recours exercés contre des décisions de condamnation prononcées par la Cnil à l'encontre de responsables de traitement qui n'auraient pas respecté les obligations qui leur incombent, le Conseil d'État est amené à vérifier cela ⁴⁰⁶³.

A. Le respect des formalités préalables ⁴⁰⁶⁴

1136 *Présentation* ◇ Tout individu ne peut librement mettre en œuvre un traitement de données à caractère personnel. Une telle opération est encadrée, la Cnil disposant d'un droit de regard sur les fichiers envisagés. Ce contrôle de la Commission nationale présente un double intérêt. Il permet de s'assurer que les traitements sont réalisés sans atteinte à la vie privée des personnes dont les données sont collectées et dans le respect de leurs droits fondamentaux. La mise en place de cette procédure de surveillance vise également à responsabiliser les responsables de traitements qui savent ne pouvoir agir en toute impunité.

Ces opérations de contrôle prennent différentes formes, les traitements étant soumis selon leur objet à des formalités préalables distinctes. Pour chaque régime de formalités, le président de la Cnil fixe le modèle de formulaire à utiliser et définit les annexes associées.

La version d'origine de la loi du 6 janvier 1978 prévoyait que la nature des formalités préalables varie selon que le fichier soit mis en œuvre par une entité publique ou privée. L'opinion exprimait en effet à cette époque une plus grande défiance à l'égard des fichiers publics. Craignant le phénomène *Big brother* ⁴⁰⁶⁵, la population redoutait que l'État cherche à ficher tous ses citoyens afin d'avoir un droit de regard sur les différents aspects de leur vie. Pour cette raison, les fichiers du secteur public ne pouvaient être mis en œuvre sans qu'un avis de la Cnil n'ait été préalablement émis, cette procédure prenant la forme d'une sorte d'autorisation préalable. À l'inverse, les fichiers du secteur privé, considérés moins dangereux, étaient seulement soumis à une procédure de déclaration d'existence auprès de la Commission nationale. Les fichiers les plus courants pouvaient même prétendre au régime de la

déclaration simplifiée.

La directive du 24 octobre 1995, et donc la loi du 6 août 2004, n'ont pas été élaborées dans le même esprit. Progressivement une prise de conscience s'est faite sur l'impact potentiellement attentatoire à la vie privée des fichiers mis en œuvre par des entités commerciales. Un alignement des procédures a donc été réalisé. Si les démarches préalables à effectuer auprès de la Cnil restent protéiformes, leur différence n'est plus aujourd'hui justifiée par le caractère public ou privé du fichier envisagé mais par la finalité de celui-ci de même que par la nature des données faisant l'objet du traitement. Précisons encore que la directive du 24 octobre 1995 fait mention de ces démarches administratives préalables sous le vocable d'obligations de « notification », la loi de 1978 préférant les termes de formalités préalables.

Ces différentes procédures sont aujourd'hui exposées dans un chapitre IV de la loi de 1978 intitulé « Formalités préalables à la mise en œuvre des traitements ». Elles sont par ailleurs détaillées dans le décret d'application du 25 mars 2007 ⁴⁰⁶⁶. Il existe deux grandes catégories de formalités préalables. Une procédure dite de droit commun consiste à simplement déclarer le fichier envisagé auprès de la Cnil (1). Une autre procédure plus lourde exige de demander l'autorisation de la Cnil avant toute mise en œuvre du fichier (2). Ces procédures de déclaration ou d'autorisation sont toutes deux susceptibles d'aménagements (3).

Certains fichiers, de part leur origine (les fichiers d'État) ou la nature des données traitées (les données sensibles), relèvent de régimes particuliers ensuite envisagés (4).

1. Le régime de déclaration

1137 *Présentation* Ce régime de formalité est dit de droit commun en ce qu'il s'applique lorsque les fichiers ne relèvent d'aucun autre régime particulier. Dans un but d'allégement des procédures, des aménagements existent, le responsable du traitement pouvant parfois prétendre à bénéficier d'une procédure de déclaration simplifiée, voire à être dispensé de toutes démarches préalables auprès de la Cnil.

1138 *Le régime de droit commun* ◇ Ce régime concerne les traitements susceptibles de porter une atteinte limitée à la vie privée et aux libertés.

Il peut s'agir des traitements de vidéosurveillance, des traitements liés aux opérations de recrutement mises en place par les services de ressources humaines, des fichiers médicaux gérés par la médecine du travail ou des fichiers détenus par les comités d'entreprise aux fins de gestion des œuvres sociales...

Cette procédure de droit commun est mentionnée à l'article 23 de la loi de 1978 modifiée par celle du 6 août 2004. Le responsable du traitement est ici simplement tenu de prévenir la Cnil de la création de son fichier. Cette déclaration, qui peut être réalisée par voie électronique directement sur le site de la Commission, « comporte l'engagement que le traitement satisfait aux exigences de la loi »⁴⁰⁶⁷. Le respect de cette démarche préalable n'est évidemment en rien exonératoire de responsabilité.

Conformément à l'article 30 de la loi de 1978, qui expose les dispositions communes aux différentes formalités préalables, le responsable du traitement doit fournir au moment de sa déclaration un certain nombre d'informations sur les fichiers qu'il envisage de mettre en œuvre. Il doit ainsi indiquer : son identité et son adresse, la finalité du traitement, le cas échéant les interconnexions les rapprochements ou toutes autres formes de mise en relation avec d'autres traitements, les données à caractère personnel traitées, leur origine et les catégories de personnes concernées par le traitement, la durée de conservation des informations traitées, le ou les services chargés de mettre en œuvre le traitement, les destinataires habilités à recevoir communication des données, le service ou la personne auprès de qui pourra s'exercer le droit d'accès, le détail des mesures de sécurité mises en place et le cas échéant les transferts de données envisagés. Grâce à ces informations, la Cnil vérifiera que le traitement est conforme aux dispositions de la loi de 1978 et qu'il n'est pas attentatoire aux droits des personnes dont les données sont collectées.

Dans le cadre de ce contrôle préalable, la Commission nationale a notamment eu l'occasion d'ordonner la modification d'un fichier de locataires auteurs d'impayés. Elle a ainsi interdit au responsable du traitement de diffuser par voie électronique des informations relatives à des jugements de condamnation de débiteurs. Suite au recours exercé par le responsable du traitement contre cette décision, le Conseil d'État a donné raison à la Commission⁴⁰⁶⁸.

À la suite du dépôt de la déclaration, la Cnil délivre sans délai un récépissé au responsable du traitement, lui permettant ainsi de prouver

qu'il a bien respecté les obligations lui incombant au titre de ces démarches administratives. Le traitement peut être mis en œuvre dès réception du récépissé.

Il s'avère inutile de refaire annuellement la procédure de déclaration préalable, celle-ci étant valable tant que le fichier ne fait l'objet d'aucune modification substantielle.

On précise enfin que l'absence de réalisation de cette obligation préalable est invocable par toutes personnes concernées par le traitement. Ainsi la Cour de cassation a eu l'occasion de dire qu'un salarié, qui avait refusé d'utiliser un badge électronique invoquant le fait que ce dispositif avait été mis en place sans respect de la procédure de déclaration, ne peut être valablement licencié pour son refus ⁴⁰⁶⁹.

1139 *La déclaration simplifiée* ◇ Pour les traitements courants, n'étant pas de nature à porter atteinte à la vie privée et aux libertés, le législateur a souhaité faciliter les démarches du responsable du traitement en mettant en place une procédure dite de déclaration simplifiée. Celle-ci est envisagée à l'article 24 de la loi de 1978.

Dans le cadre de ce dispositif de démarches allégées, la Cnil établit un certain nombre de « normes simplifiées », sorte de cahier des charges consacré à un traitement particulier. Ces normes sont numérotées et publiées au journal officiel. Certaines concernent ainsi la gestion courante des ressources humaines s'agissant par exemple de l'établissement des emplois du temps des salariés ou de la fixation de leurs congés payés. Il peut également s'agir des nombreux fichiers de clients ou de prospects mis en place au sein des entreprises, cette norme n° 48 venant d'ailleurs d'être modifiée ⁴⁰⁷⁰.

L'obligation du responsable du traitement se limitera ici à un engagement de respecter le cahier des charges détaillé par la Cnil.

Le Conseil d'État est susceptible de connaître de recours exercés contre ces normes simplifiées et a donc le pouvoir de les annuler. Une seule a cependant fait l'objet d'une telle censure. Il s'agissait de la norme n° 7 relative à la paye et à la gestion des personnels des personnes physiques et morales autres que celles gérant un service public ⁴⁰⁷¹.

1140 *Les dispenses de déclaration* ◇ Le législateur est allé encore plus loin dans l'allégement des démarches préalables en prévoyant des circonstances dans lesquelles le responsable du traitement est totalement

dispensé d'effectuer une déclaration auprès de la Cnil. Ces exceptions légales sont exposées au II de l'article 22 de la loi de 1978 et sont au nombre de trois.

Sont tout d'abord concernés, « les traitements ayant pour seul objet la tenue d'un registre qui, en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, est destiné exclusivement à l'information du public et est ouvert à la consultation de celui-ci ou de toute personne justifiant d'un intérêt légitime »⁴⁰⁷². Il pourra ainsi s'agir des registres tenus par les communes en vue des élections. Également des fichiers relevant des archives publiques.

Peuvent également bénéficier de l'exemption des démarches préalables « les traitements mis en œuvre par une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical »⁴⁰⁷³. Cette exception ne vaut cependant que si les fichiers concernent les membres de la structure ou, le cas échéant, des personnes qui entretiennent avec celle-ci des contacts réguliers. Ils doivent également correspondre à l'objet de l'entité et être seulement destinés à une consultation interne. Ces précisions restrictives s'expliquent par le fait que son ici traitées des données sensibles susceptibles de concerner les convictions politiques, philosophiques ou religieuses des membres.

La troisième exception à l'exigence de réalisation d'une déclaration préalable est très vaste en ce qu'elle vise tous « les traitements pour lesquels le responsable a désigné un correspondant à la protection des données à caractère personnel »⁴⁰⁷⁴. Cette facilitation des démarches a déjà été évoquée lorsqu'a été présentée la fonction de Correspondant Informatique et Libertés (CIL)⁴⁰⁷⁵. Ce cas de dispense a cependant une limite : il ne vaut plus lorsqu'est envisagé un transfert de données à caractère personnel à destination d'un État non-membre de la Communauté européenne. On précise encore que cette exonération ne concerne que les démarches relevant de la procédure de déclaration, la désignation d'un CIL ne dispensant pas le responsable du traitement de réaliser les formalités qui lui incombent au titre de la procédure d'autorisation.

En dehors de ces cas de dispenses légales limitativement énumérées, la Commission conserve, par le biais de ses délibérations, la possibilité de décider au cas par cas que certains traitements feront l'objet d'une dispense de déclaration. Cette dérogation, mentionnée au II de l'article 24, prévoit que pour les traitements dont la mise en œuvre n'est

pas susceptible de porter atteinte à la vie privée et aux libertés, « la commission peut définir (ceux)... qui, compte tenu de leurs finalités, de leurs destinataires ou catégories de destinataires, des données à caractère personnel traitées, de la durée de conservation de celles-ci et des catégories de personnes concernées, sont dispensées de déclaration ».

Dans une délibération du 22 novembre 2005 ⁴⁰⁷⁶, la Cnil a par exemple indiqué que pouvaient entrer dans le champ de cette exception les sites web personnels ainsi que les *blogs*. Ces pages Internet doivent cependant être mises en œuvre par des particuliers et dans le cadre d'une activité exclusivement personnelle. Les sociétés commerciales utilisant ces outils de communication restent donc soumises à la procédure de déclaration. On rappelle que si cette délibération de la Cnil prévoit une dispense relative aux démarches préalables, elle a aussi affirmé que les *blogs* étaient bien soumis à la loi du 6 janvier 1978.

Précisons pour finir que si le responsable du traitement, dont les fichiers entrent dans le champ d'application de l'une de ces exceptions, est dispensé d'effectuer les démarches préalables relevant de la procédure de déclaration, il est néanmoins tenu de respecter les autres obligations qui lui incombent au titre de la loi informatique et libertés (recueil du consentement préalable, obligation d'information...).

Il existe au côté de la procédure de déclaration une autre formalité préalable beaucoup plus contraignante relevant du régime de l'autorisation.

2. Le régime d'autorisation

1141 La procédure d'autorisation est présentée avant qu'il soit fait mention des différents traitements qui y sont soumis.

1142 *Présentation de la procédure d'autorisation* ◇ Ce régime est réservé aux traitements qui présentent un risque conséquent d'atteintes à la vie privée et aux libertés fondamentales des personnes dont les données sont collectées.

Cette procédure d'autorisation est requise par l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978. Dans le cadre de cette procédure, le responsable du traitement doit présenter sa demande auprès de la Cnil. Le formulaire est le même que celui utilisé dans le cadre de la procédure de déclaration préalable et la démarche est identique. La différence réside dans le fait

que le responsable du traitement ne peut ici mettre en œuvre immédiatement son traitement mais doit attendre la validation de la Cnil.

La demande doit être accompagnée de toutes les informations utiles permettant de juger si le traitement envisagé est conforme aux dispositions de la loi informatique et libertés. Le contenu de l'information exigée est détaillé à l'article 30 de la loi de 1978 et est identique à ce qui est demandé dans le cadre de la procédure de déclaration préalable ⁴⁰⁷⁷. Le responsable du traitement doit ainsi indiquer : son identité et son adresse, la finalité du traitement, le cas échéant les interconnexions les rapprochements ou toutes autres formes de mise en relation avec d'autres traitements, les données à caractère personnel traitées, leur origine et les catégories de personnes concernées par le traitement, la durée de conservation des informations traitées, le ou les services chargés de mettre en œuvre le traitement, les destinataires habilités à recevoir communication des données, le service ou la personne auprès de qui pourra s'exercer le droit d'accès, le détail des mesures de sécurité mises en place et le cas échéant les transferts de données envisagés.

La Commission a deux mois pour se prononcer à compter de la réception de la demande. Si un temps plus long est nécessaire à l'examen du dossier, ce délai peut être renouvelé une fois, sur décision motivée du président de la Cnil. Si la Commission ne se prononce pas dans ces délais, son silence vaut refus d'autorisation ⁴⁰⁷⁸.

Durant l'année 2012, la Cnil a délivré 316 autorisations de traitements ⁴⁰⁷⁹. Un recours pour excès de pouvoir peut être formé devant le Conseil d'État contre la décision de refus ou de refus partiel de réaliser le traitement.

1143 Les traitements soumis à la procédure d'autorisation ◇ L'article 25 de la loi de 1978 mentionne dix cas de traitements soumis au régime d'autorisation. Trois ne vont cependant pas être envisagés, ceux-ci concernant, par un renvoi à l'article 8 de la loi, la catégorie des données dites sensibles. Ces dernières bénéficient d'un régime juridique propre ultérieurement présenté ⁴⁰⁸⁰.

Il convient d'examiner les 7 autres cas d'autorisation prévus par l'article 25.

Dans le 2° de ce texte, le législateur vise « les traitements automatisés

portant sur des données génétiques ». Ces informations revêtant un caractère intimement personnel, il importe d'en encadrer strictement la récolte. On pourrait par exemple craindre les pratiques d'assureurs malhonnêtes qui utiliseraient de telles données pour réaliser une mise à l'écart de clients à risques, leur opposant des exclusions de garantie ou des majorations de primes. Lorsque ces données sont par contre récoltées dans le cadre de traitement « mis en œuvre par des médecins ou des biologistes et nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux ou de l'administration de soins ou de traitements », de telles précautions n'ont plus lieu d'être. Le traitement peut alors être soumis à une simple procédure de déclaration.

Le 3° envisage le cas des traitements « portant sur des données relatives aux infractions, condamnations ou mesures de sûreté, sauf ceux qui sont mis en œuvre par des auxiliaires de justice pour les besoins de leurs missions de défense des personnes concernées ». Le régime des formalités préalables applicables à ces données s'avère assez complexe en ce qu'il est variable, trois situations devant être distinguées. Ces données peuvent, d'une part, être traitées dans des fichiers mis en œuvre pour le compte de l'État. Dans ce cas, il n'est pas fait application du présent article mais d'un régime particulier qui sera ultérieurement envisagé lorsque seront présentés les fichiers dits d'État ⁴⁰⁸¹. Ces données peuvent relever, d'autre part, comme le prévoit le 3° de cet article 25, du régime d'autorisation. Tel sera le cas lorsque le fichier est mis en œuvre par des personnes de droit privé, comme par exemple des sociétés de gestion des droits d'auteurs afin de lutter contre la contrefaçon et le téléchargement illicite. Il est enfin prévu que lorsque ces données relatives aux infractions et aux condamnations sont traitées par des auxiliaires de justice, tels que des avocats, des experts judiciaires, des greffiers ou des huissiers de justice, il n'est plus utile de soumettre leur traitement au rigoureux régime d'autorisation, le responsable du traitement pouvant alors bénéficier des facilitées de la procédure de déclaration préalable.

Le 4° soumet également à la procédure d'autorisation « les 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 ». Le législateur entend ici conférer une protection particulière aux individus susceptibles d'être fichés dans des listes noires ou listes négatives. Celles-ci tentent de regrouper les personnes ayant

réalisé ou tenté de réaliser des opérations illicites, frauduleuses ou anormales. Le Groupe de l'article 29 ⁴⁰⁸², de même que la Cnil y ont consacré des rapports ⁴⁰⁸³. La Commission nationale indique que ces listes ne doivent pas être secrètes, les personnes concernées devant être informées du fait qu'elles y sont inscrites. Ces fichiers doivent également être soumis à un principe de sectorisation ce qui signifie qu'ils doivent être limités à un secteur d'activité précis. Il ne faudrait pas en effet que le non-paiement d'une facture de téléphonie mobile empêche d'obtenir un logement. Le droit à l'oubli doit par ailleurs être respecté, ceci supposant de faire disparaître la personne du fichier lorsque l'incident de paiement est régularisé. La Cnil attire enfin l'attention sur les exigences de sécurité et de confidentialité des données, les mesures de protection mises en place devant être à la hauteur des dangers que représentent ces traitements pour la vie privée. Le risque d'homonymie doit également être contrôlé.

Il faut ici trouver un juste équilibre entre le droit octroyé aux différents opérateurs de se prémunir contre des individus indécents et le danger de voir se créer de véritables fichiers judiciaires privés. Ces listes noires, synonymes d'exclusion, doivent dès lors être strictement encadrées par la Cnil, ce que permet la soumission à la procédure d'autorisation.

Le 5° de l'article 25 vise de manière générale les traitements ayant pour objet l'interconnexion de fichiers dont les finalités sont différentes. On parle d'interconnexion de catégorie A lorsque ces fichiers relèvent d'une ou de plusieurs personnes morales gérant un service public et (que leur) finalités correspondent à des intérêts publics différents. Et d'interconnexion de catégorie B lorsque les fichiers concernent des personnes privées. Un tel croisement de données, par la richesse des informations qu'il permet d'obtenir, est potentiellement attentatoire à la vie privée et doit donc être mis en œuvre avec beaucoup de prudence, ce que permet là encore une soumission à la procédure d'autorisation.

Le n° 6 mentionne les traitements dans lesquels « figure le numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques (le RNIPP) et ceux qui requièrent une consultation de ce répertoire sans inclure le numéro d'inscription à celui-ci ». Ce répertoire est géré par l'INSEE et regroupe tous les états civils des communes, ce qui permet de récolter des informations, sur la naissance, le mariage ou le décès des personnes fichées. Il permet de mener des études statistiques, de réaliser une veille sanitaire (lors d'événements

exceptionnels comme par exemple la canicule de l'été 2003) et de confirmer l'état civil de personnes confrontées à des problématiques d'homonymie ⁴⁰⁸⁴. Le numéro d'inscription au répertoire (NIR), plus communément appelé n° INSEE ou numéro de sécurité sociale, donne quant à lui de nombreuses informations sur une personne car il permet de connaître son sexe, sa date et lieu de naissance et, par la mention du nombre 99 en guise d'indication du département de naissance, s'il s'agit d'une personne de nationalité étrangère. Pour cette raison, la création de fichiers intégrant ce numéro d'identification doit être préalablement soumise à autorisation de la Cnil. De tels traitements sont fréquemment mis en œuvre par les différents organismes d'assurance-maladie. La Cnil a par contre refusé l'utilisation de ce numéro à des organismes de crédit et de recouvrement.

Le 7° de l'article 25 entend soumettre à la procédure d'autorisation les traitements « comportant des appréciations sur les difficultés sociales des personnes ». L'intimité de ces données justifie à elle seule que la Cnil valide en amont la création de ces fichiers.

Le 8° de l'article 25 vise enfin « les traitements automatisés comportant des données biométriques nécessaires au contrôle de l'identité des personnes ». Du fait de leur particularité, ces traitements seront envisagés dans des développements autonomes ⁴⁰⁸⁵.

En dehors de l'article 25 de la loi de 1978, l'article 36 de la même loi soumet une dernière catégorie de traitements à l'autorisation de la Cnil. Il s'agit des fichiers impliquant une conservation des données au-delà de la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles ont été collectées. De même que ceux qui prévoient une utilisation prolongée de ces données à des fins autres qu'historiques, statistiques et scientifiques.

1144 *L'autorisation unique ou simplifiée* ◇ Cette procédure intervient dans les domaines les plus variés. Elle est ainsi applicable aux traitements mis en œuvre dans les études notariales ⁴⁰⁸⁶, aux traitements de pharmacovigilance qui ont pour objet la surveillance des effets indésirables résultant de l'utilisation de médicaments et produits à usage humain ⁴⁰⁸⁷ ou encore aux fichiers réalisés dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ⁴⁰⁸⁸.

Ce régime particulier de formalités préalables est envisagé à l'article 25-II de la loi informatique et libertés. Ce texte dispose que « les traitements qui répondent à une même finalité, portent sur des catégories

de données identiques et ont les mêmes destinataires ou catégories de destinataires peuvent être **autorisés par une décision unique** de la commission ». Cette procédure d'autorisation unique ou autorisation simplifiée est quelque peu similaire à celle de la déclaration simplifiée, en ce qu'elle repose elle aussi sur une sorte de cahier des charges élaboré par la Cnil. Le responsable du traitement se contente en effet d'adresser « à la commission un engagement de conformité... à la description figurant dans l'autorisation »⁴⁰⁸⁹.

3. Précisions communes aux différentes formalités préalables

1145 ***Sanctions*** ◇ À la suite de ces développements on comprend qu'il existe cinq situations distinctes au regard des formalités préalables : la déclaration préalable de droit commun, la déclaration simplifiée (norme simplifiée), la procédure d'autorisation préalable, la procédure d'autorisation unique ou simplifiée. Et les cas dans lesquels le responsable du traitement est dispensé d'effectuer toutes formalités préalables.

Il n'est pas toujours aisé pour le responsable du traitement de savoir à quelle formalité préalable il doit se soumettre. Il est pourtant essentiel pour lui de ne pas se tromper et surtout de ne pas s'abstenir, son manquement étant constitutif d'une infraction sanctionnée par l'article 226-16 du Code pénal. Ce texte dispose que le fait de « procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende ». Le responsable du traitement n'est pas en droit de se cacher derrière son ignorance des différentes procédures, le législateur ayant précisé que le manquement peut être sanctionné même s'il intervient par « négligence ». Une autre disposition concerne plus spécialement les infractions réalisées dans le cadre de traitements relevant des procédures de déclaration « allégée ». L'article 226-16-1-A du Code pénal prévoit en effet la même sanction en cas de non-respect « des normes simplifiées ou d'exonération ». L'article 226-16-1 est quant à lui relatif au cas particulier d'usage non autorisé du numéro d'inscription au répertoire national et prévoit là encore l'application des mêmes peines.

La Cour de cassation vient de trouver une manière originale de

sanctionner le non-respect des formalités préalables. Dans un arrêt de la chambre commerciale, rendu en date du 25 juin 2013, elle a ainsi estimé qu'un fichier d'adresses non déclaré à la Cnil présente un objet illicite ⁴⁰⁹⁰. Elle fonde sa décision sur l'article 22 de la loi informatique et libertés et sur l'article 1128 du Code civil qui dispose qu'« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Ce fichier non déclaré à la Cnil est donc considéré comme une chose hors commerce, ce qui induit que l'objet du contrat doit être considéré comme nul et la convention annulée. Une telle affirmation, tout à fait novatrice, constitue un moyen efficace pour contraindre le responsable du traitement au respect des formalités préalables, tout particulièrement dans le cadre de la lutte contre la commercialisation des données à caractère personnel ⁴⁰⁹¹. La portée de la décision doit cependant être relativisée, ce genre de traitements étant soumis à une simple procédure de déclaration et même susceptible de relever de la norme simplifiée n° 48. En mesure d'être étendue aux autres formalités préalables, cette décision présente néanmoins un réel intérêt, même si elle peut surprendre à une époque où le projet de réforme de la directive de 1995 envisage de supprimer ces formalités préalables ⁴⁰⁹².

1146 *Quelle formalité accomplir ?* ◇ Afin de guider le responsable du traitement dans les méandres de ces démarches administratives, la Cnil propose sur son site une intéressante page interactive qui, par secteur d'activités, permet d'identifier la procédure à respecter.

La mise à jour des logiciels pose une difficulté particulière. Dans un premier temps il importe de comprendre que la simple saisie d'informations dans le cadre d'un logiciel consiste en une opération effectuée sur des données à caractère personnel et doit dès lors être considérée comme un traitement soumis à ce titre au respect des formalités préalables. La difficulté réside tout d'abord dans le fait de savoir à quel type de procédure le responsable du traitement doit s'astreindre mais également de comprendre qu'un logiciel étant par nature évolutif, sa mise à jour peut conduire à ce qu'il ne soit plus conforme à la procédure dont il relevait initialement. Le responsable du traitement devra donc veiller à renouveler si besoin la formalité préalable, voire à la faire évoluer de régime. La Cour de cassation semble *a priori* indiquer qu'aucune nouvelle formalité préalable n'est requise en cas de mise à jour mais c'est alors à la condition que les

modifications ne soient pas substantielles ⁴⁰⁹³.

On rappelle pour finir, qu'à l'occasion de la proposition de règlement européen sur la protection des données, les instances communautaires envisagent de réformer les formalités préalables incombant au responsable du traitement. L'idée consiste de manière catégorique à supprimer l'obligation de notification, ce terme étant utilisé au niveau européen pour viser les différentes formalités préalables effectuées auprès des autorités nationales de contrôle. Afin cependant de garantir au mieux la protection des informations personnelles, il est envisagé de valoriser le rôle des Délégués à la Protection des Données (DPD), chez nous les Correspondants Informatique et libertés (CIL) ⁴⁰⁹⁴. Leur désignation serait même obligatoire pour certaines entités. En contrepartie de cette faveur d'allègement des formalités administratives, les obligations et la responsabilité des responsables de traitements seraient accrues. Par le biais d'une démarche d'autorégulation, ces derniers seraient en effet tenus de mettre en place des procédures internes afin d'assurer la protection des informations personnelles durant toute la durée de leur conservation (analyses d'impact sur les données, auditeurs indépendants internes ou externes, tenues de registres appropriés...) ⁴⁰⁹⁵.

Les responsables de traitements seraient également contraints de notifier, dans les meilleurs délais (si possible 24 heures), à leur autorité nationale de contrôle toutes violations graves de données à caractère personnel occasionnées par des failles de sécurité de leur système de traitement ⁴⁰⁹⁶. Une communication de la violation constatée devrait également être faite « sans retard indu à la personne concernée » ⁴⁰⁹⁷.

Le principe « *d'accountability* » dès lors applicable suppose une plus grande responsabilisation des personnes mettant en œuvre un traitement de données à caractère personnel et leur impose la mise en place d'un contrôle permanent de conformité.

L'avenir dira si cette politique d'autorégulation, instaurée en lieu et place des démarches relevant des formalités préalables, sera effectivement de nature à alléger la charge administrative des responsables de traitements, tout en garantissant un niveau satisfaisant de protection des données personnelles.

Après cet exposé du régime de droit commun des formalités préalables, applicable quelle que soit la nature des données traitées, envisageons des régimes propres à certaines données particulières.

4. Les régimes propres à certaines données particulières

1147 *Présentation* ◇ Les données traitées dans le cadre de fichiers biométriques (a), de même que les données dites sensibles relèvent de régimes qui leur sont propres (b), ce qui mérite de leur consacrer des développements autonomes.

a. Les traitements des données biométriques

1148 *Notion de données biométriques* ◇ Les données biométriques reposent sur la reconnaissance de caractéristiques physiques et permettent de prouver l'identité des personnes. Ces données sont multiples et susceptibles de provenir des empreintes digitales, de l'iris de l'œil, de l'ADN, du contour de la main, de la voix ou d'une démarche.

La Cnil s'avère très vigilante à l'égard de ces données car leur collecte déloyale peut conduire à de dangereuses situations d'usurpation d'identité. Ce risque est d'autant plus conséquent que la récolte des données biométriques est aujourd'hui facilitée par la vente sur Internet de kit de prélèvements.

Le législateur a un temps envisagé de réserver un régime spécial à ces données biométriques. Cela n'ayant pas été fait, la sécurisation des traitements de ces données repose donc sur les contrôles effectués par la Cnil. Le pouvoir de surveillance de la Commission est cependant limité s'agissant des fichiers biométriques mis en œuvre pour le compte de l'État ⁴⁰⁹⁸. L'article 27-I n° 2 prévoit en effet que « les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'État qui portent sur des données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes », sont autorisés par décret en Conseil d'État. La Commission nationale est seulement ici consultée afin de rendre un avis motivé, rendu public.

Le nombre de traitements portant sur des données biométriques est en constante augmentation. Si entre 1978 et 2004 la Cnil a examiné 34 dispositifs, rien que sur l'année 2012 est a donné 795 autorisations de système biométriques, ce qui représente en outre une élévation de + 6,8 % par rapport à 2011 ⁴⁰⁹⁹.

Comme indiqué dans le n° 8 de l'article 25, le responsable de traitements portant sur des données biométriques doit adresser une demande d'autorisation préalable à la Cnil. Il faut cependant préciser qu'il existe deux catégories de traitements de données biométriques qui

ne présentent pas les mêmes risques et ne sont donc pas soumis à la même procédure d'autorisation. Certains fichiers sont dits d'identification, tandis que d'autres permettent seulement une authentification des individus.

Les traitements biométriques d'identification permettent de vérifier l'identité de l'individu faisant l'objet de l'analyse et de s'assurer qu'il s'agit bien d'une des personnes nominativement prévues dans le fichier. Ils sont les plus dangereux car le responsable du traitement effectue un stockage des données des personnes fichées. Ces fichiers sont ceux mentionnés au n° 8 de l'article 25 et donc soumis à une stricte procédure d'autorisation de la Cnil.

1149 ***Finalité, proportionnalité et sécurité du dispositif*** ◇ Dans une communication de 2007, la Commission a spécialement détaillé les éléments sur lesquels porte son analyse lors de l'examen d'un traitement utilisant les empreintes digitales⁴¹⁰⁰. Le choix a été fait de se pencher sur ces fichiers d'empreintes car les données traitées sont particulièrement sensibles. Elles constituent en effet des biométries « à trace », aisément capturables à l'insu des personnes concernées. Dans le cadre de son appréciation sur ces fichiers, la Cnil annonce contrôler la finalité du dispositif, celui-ci devant être légitime. Il s'agit le plus souvent de protéger un lieu (par exemple l'accès à une salle dans laquelle sont conservés les sujets du baccalauréat) ou de protéger les personnes du fait de la dangerosité du lieu (stockage de produits nucléaires). La Cnil apprécie par ailleurs la proportionnalité du dispositif. Cela consiste à mettre en balance les intérêts protégés par la mise en place du traitement et les inconvénients du recueil des données biométriques. La variabilité des appréciations de la Cnil conduit parfois à des solutions surprenantes. Ainsi, sur la base de ce principe de proportionnalité, elle a pu refuser un tel dispositif destiné à contrôler les entrées et les sorties des élèves d'un lycée mais a accepté un autre, consistant en un contrôle des contours de la main, mis en place pour accéder à une cantine...

La Cnil vérifie aussi la sécurité du dispositif, l'impératif étant ici l'absence de divulgation des données. Elle s'attarde enfin à contrôler que le responsable du traitement fait preuve de transparence à l'égard des personnes fichées, celles-ci devant avoir reçu une information complète sur les modalités de mise en œuvre du traitement.

Après un examen attentif de ces différents éléments, la Cnil autorisera

ou non le traitement biométrique envisagé.

1150 *Traitements d'authentification* ◇ En plus de ces traitements biométriques d'identification existent également des traitements dits d'authentification. Moins dangereux que les précédents, ceux-ci permettent seulement de vérifier que le porteur du badge ou de la carte d'accès est bien le bon titulaire. Le responsable du traitement n'a pas ici besoin de connaître l'identité de la personne faisant l'objet de l'analyse biométrique et aucun stockage des données n'est effectué. Pour ces raisons, le traitement relève toujours du régime de l'autorisation mais sous une forme allégée. Il sera en effet fait usage ici d'une procédure d'autorisation simplifiée.

Dans ce cadre, il suffit au responsable du traitement de se connecter sur le site de la Cnil et de s'engager à respecter le cahier des charges défini pour le traitement biométrique concerné. Un engagement de conformité se fera ici à différentes autorisations uniques (AU) : AU 007 reposant sur la reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalités le contrôle d'accès ainsi que la restauration sur les lieux de travail ⁴¹⁰¹ ; AU 019 portant sur la reconnaissance du réseau veineux des doigts de la main et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail ⁴¹⁰² ; AU O27 relative aux dispositifs biométriques utilisant la reconnaissance de l'empreinte digitale aux fins de contrôler l'accès aux postes informatiques portables professionnels ⁴¹⁰³.

1151 *Passeports et cartes d'identité* ◇ Des précisions peuvent enfin être apportées sur la création de deux fichiers biométriques qui font particulièrement polémique.

On peut tout d'abord évoquer la mise en place des passeports biométriques. Le 3 décembre 2004 ⁴¹⁰⁴, l'Union européenne a adopté un règlement prévoyant que les passeports devraient désormais comporter, en plus de la photo faciale, deux empreintes digitales. Un décret national du 30 décembre 2005 ⁴¹⁰⁵, pris pour l'application de ce nouveau dispositif, a cependant été au-delà des exigences européennes en prévoyant le recueil et la conservation dans un fichier national des Titres Électroniques Sécurisés (fichier TES) des empreintes de huit doigts au lieu de deux. Ce texte a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État. Le 26 octobre 2011 ⁴¹⁰⁶, la haute juridiction administrative a considéré qu'il n'était pas légitime de conserver plus d'empreintes qu'exigé dans le

règlement européen. L'État a donc dû procéder à l'effacement de milliers d'empreintes et un décret de mise en conformité a été élaboré le 16 avril 2012⁴¹⁰⁷.

Une autre polémique est également intervenue relativement à la création d'un fichier biométrique national des détenteurs de cartes d'identité, celui-ci étant censé lutter contre les usurpations d'identité. Une loi relative à la protection de l'identité a été votée le 27 mars 2012⁴¹⁰⁸. Dans une décision du 22 mars 2012⁴¹⁰⁹, le Conseil constitutionnel l'a cependant partiellement censurée. Il était prévu d'apposer sur les nouvelles cartes d'identité une puce contenant deux empreintes digitales. Le Conseil a estimé que les dispositions relatives au fichage et la conservation de ces données biométriques « portent au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi »⁴¹¹⁰. Dans un avis du 25 octobre 2005, la Cnil partage cette analyse, considérant que la proportionnalité de la conservation des données au regard de l'objectif légitime de lutte contre la fraude, n'était pas démontrée. La version définitive de la loi a donc été amputée des dispositions invalidées.

Certaines données dites sensibles relèvent elles aussi d'un régime qui leur est propre.

b. Les traitements des données sensibles

1152 *Données qualifiées de « sensibles »* ◇ L'article 8 de la loi de 1978 est spécialement consacré à ces données dites sensibles, qui font apparaître, directement ou indirectement, « les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci ». Les deux dernières catégories de données ont été ajoutées suite à la réforme du 6 août 2004.

S'agissant des données intéressant la religion, ce terme est entendu au sens large. Il n'intègre pas exclusivement les 3 religions dites révélées mais peut aussi viser les informations d'appartenance à une secte.

1153 *Principe d'interdiction* ◇ Un principe d'interdiction de traitement de ces données sensibles est posé à l'alinéa 1^{er} de l'article 8. L'article 226-19 du Code pénal confère une effectivité à cette interdiction en prévoyant que toute collecte de ces données qui serait réalisée sans le consentement de l'intéressé est punie de 5 ans d'emprisonnement et de

300 000 euros d'amende. En vertu du même article, ces peines sont également applicables en cas de collecte de « données à caractère personnel concernant des infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté ». S'il ne s'agit pas ici de données sensibles en tant que telles, celles-ci n'étant pas mentionnées dans la liste de l'article 8 de la loi de 1978 mais dans son article 9, elles sont à tout le moins des données sociales à risques.

1154 *Exceptions* ◇ Parce que certains fichiers relatifs aux données sensibles présentent un réel intérêt, des exceptions d'autorisation de traitement sont prévues dans le II du même article.

Le 1° envisage la possibilité de récolter les données sensibles d'une personne qui y a expressément consenti. Il est par exemple intéressant de communiquer des données de santé à un médecin qui les enregistrera, pour conservation, dans un dossier médical informatisé. Le titulaire des données sensibles n'est cependant pas tout à fait libre de les diffuser, le texte indiquant que le pouvoir législatif peut prévoir des interdictions de collecte qui ne peuvent être levées malgré le consentement exprès de l'intéressé. Les assureurs ont par exemple interdiction de collecter les données génétiques de leurs clients même si ces derniers leur proposent de leur mettre à disposition.

En vertu du 2° de l'article 8, sont autorisés les « traitements nécessaires à la sauvegarde de la vie humaine, mais auxquels la personne concernée ne peut donner son consentement par suite d'une incapacité juridique ou d'une impossibilité matérielle ». On pense par exemple ici à l'inscription d'une personne inconsciente dans un fichier de receveurs d'organes. En vertu du 2° de l'article 7 de la loi de 1978, ces circonstances particulières constituent également une dérogation à l'obligation de recueil du consentement préalable de la personne avant la réalisation d'un traitement de ses données.

Le 3° du même article permet les traitements de données à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical dans les cas précis où le traitement est mis en œuvre par « une association ou tout autre organisme à but non lucratif ». Pour que le traitement de ces données sensibles soit autorisé, il est néanmoins nécessaire que les informations correspondent à l'objet de la structure, qu'elles concernent seulement les membres ou « les personnes qui entretiennent avec (cette structure) des contacts réguliers dans le cadre de son activité » et enfin que les données

ne soient pas communiquées à des tiers, sauf consentement express des personnes concernées.

Dans le cadre de l'élection présidentielle de 2012, la Cnil s'est particulièrement intéressée aux traitements des données politiques réalisés par les différents partis, ceux-ci étant amenés à constituer des fichiers sur leurs adhérents, leurs soutiens financiers, ou les personnes à prospecter. Ces traitements, étant susceptibles de donner des informations sur l'orientation politique des personnes y figurant, doivent être mis en œuvre avec beaucoup de précaution. Dans une délibération du 26 janvier 2012, la Cnil donne ses recommandations pour la gestion de ces traitements de données politiques ⁴¹¹¹. À cette occasion, elle stigmatise la prospection politique souvent perçue de manière très intrusive comme en témoignent les nombreuses plaintes instruites par la Commission. Plus de 69 % des Français, soit 7 sur 10 auraient déjà fait l'objet d'un démarchage par un candidat ou un parti politique ⁴¹¹². En 2005 beaucoup de personnes ont été marquées par le scandale du « Sarkospam » correspondant à un envoi par l'UMP de mails de promotion du candidat Nicolas Sarkozy. Cette expédition a choqué car elle a souvent été réalisée sans le recueil du consentement préalable des destinataires.

Le même jour que l'adoption de la délibération précitée, la Cnil a proposé une norme simplifiée n° 34 visant à faciliter les démarches des partis politiques et permettre qu'elles se fassent dans le respect des dispositions de la loi informatique et libertés ⁴¹¹³. La Commission a également proposé un guide pratique afin de conseiller les différents acteurs dans leur communication politique ⁴¹¹⁴. En janvier 2012, elle a également mis en place un « observatoire des élections » ⁴¹¹⁵. À l'issue de l'élection présidentielle, la Cnil propose dans son rapport d'activité 2012 ⁴¹¹⁶, un premier bilan de l'utilisation des fichiers de communication politique. Celui-ci est l'occasion d'adresser de nouvelles recommandations aux principales formations politiques afin d'améliorer le respect des droits des personnes lors des prochaines élections législatives.

Le point n° 4 envisage l'autorisation de traitements de données sensibles « rendues publiques par la personne concernée ». Dans un communiqué du 7 février 2012 ⁴¹¹⁷, la Cnil a invoqué cette exception en réponse à des plaintes contre des sites réalisant des statistiques sur l'activité des parlementaires (jours de présence, nombre de questions posées, nombre d'amendements déposés). Les hommes politiques

concernés par cette étude contestaient le fait qu'il y ait communication de données sensibles relatives à leur orientation politique, ce à quoi la Cnil a légitimement répondu que communiquant par ailleurs publiquement sur celles-ci, ces informations pouvaient être licitement collectées. Elle rappelle cependant que les sites en question doivent respecter le droit à l'information individuelle des parlementaires dont les données sont collectées.

Le point n° 5 de l'article 8 autorise quant à lui les traitements de données sensibles qui sont « nécessaires à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice ».

Le n° 6 du même article concerne plus particulièrement les données de santé en autorisant leurs traitements lorsqu'ils sont « nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé ». Cette autorisation ne vaut cependant que s'ils sont mis en œuvre par un professionnel de santé ou une personne soumise au secret professionnel. Le n° 8 de l'article 8 envisage encore « les traitements nécessaires à la recherche dans le domaine de la santé », ceux-ci devant cependant être réalisés dans le respect des modalités détaillées aux articles 53 et suivants de la loi.

Le point n° 7 prévoit que toutes les données sensibles peuvent faire l'objet d'un traitement statistique dès lors qu'il est réalisé par l'INSEE ou l'un des services statistiques ministériels. Un avis du Conseil national de l'information statistique est néanmoins nécessaire.

Le III de l'article 8 permet par ailleurs de manière générale le traitement de toutes les données sensibles dès lors qu'elles « sont appelées à faire l'objet à bref délai d'un procédé d'anonymisation préalablement reconnu conforme aux dispositions de la présente loi par la Commission nationale de l'informatique et des libertés ». À l'occasion de l'élaboration d'une fiche pratique, disponible sur son site, la Cnil a formulé un certain nombre de recommandations sur les moyens de garantir une telle anonymisation⁴¹¹⁸.

Le IV de l'article 8 prévoit enfin une autorisation de traitement des données sensibles dont la mise en œuvre risque d'être délicate. Sont en effet autorisés tous les « traitements justifiés par l'intérêt public ». On peut ici déplorer le manque de précision de la notion qui rend assez mal aisé à définir le champ d'application de l'exception.

Malgré la formulation initiale du principe d'interdiction des traitements de données sensibles, le nombre des exceptions posées peut

surprendre. Cela d'autant plus que la mise en œuvre de ces traitements dérogatoires est assez aisée. Ils sont en effet majoritairement soumis au simple régime de la déclaration préalable. On aurait pu s'attendre à ce que l'examen de la Cnil soit ici plus poussé en envisageant l'application de la procédure d'autorisation. Le législateur a heureusement prévu que trois des cas de dérogations mentionnés à l'article 8 échappent à la procédure de déclaration préalable et relèvent, par le biais d'un renvoi à l'article 25 de la loi, de la procédure d'autorisation.

Sont ainsi soumis au régime plus rigoureux de la demande d'autorisation, les fichiers de données sensibles faisant l'objet de traitements statistiques (art. 8-II, n° 7), de même que ceux portant sur des données sensibles anonymisées (art. 8-III) et enfin ceux dont la mise en œuvre est justifiée par l'intérêt public (art. 8-IV).

Le recours à la procédure d'autorisation répond ici aux inquiétudes exprimées lors de la présentation de ces exceptions de traitement. Il est en effet heureux que la Cnil soit en mesure d'effectuer un examen complet et *a priori* des modalités d'anonymisation des données, afin de vérifier que le procédé utilisé apporte le niveau de sécurité nécessaire au traitement de ces données sensibles. On se réjouit également que l'appréciation de l'intérêt public, justifiant la dérogation du IV de l'article 8, fasse lui aussi l'objet d'un contrôle préalable de la Cnil. La raison de la soumission à la procédure d'autorisation des traitements statistiques des données sensibles apparaît par contre avec moins d'évidence.

Dans l'élaboration du régime spécial des données sensibles, le législateur a su trouver un juste équilibre entre la protection de ces données particulières et la facilitation de leurs traitements dans les cas où la réalisation des fichiers s'avère légitime.

1155 *Les « fichiers d'État » ou le régime particulier des données du secteur public* ◇ On rappelle que la loi du 6 janvier 1978 a été initialement élaborée en réponse aux inquiétudes des citoyens face aux fichiers mis en œuvre pour le compte de l'État. Dans un syndrome « *Big brother* » ⁴¹¹⁹, ces derniers craignaient en effet un fichage de tous les aspects de leur vie privée. Mais parce que leur création répond souvent à un intérêt légitime, ces fichiers se sont néanmoins multipliés.

Les fichiers dits d'État visent les différents traitements du secteur public, qu'ils soient mis en œuvre directement par l'État ou par des

personnes morales de droit public ainsi que des personnes morales de droit privé gérant un service public. Ils sont soumis à un régime spécial détaillé aux articles 26 et 27 de la loi de 1978. Les autres traitements du secteur public non visés par ces textes relèvent des formalités préalables de droit commun.

Deux régimes distincts sont ici mis en œuvre. Certains fichiers sont soumis à un régime d'autorisation par arrêté ministériel, tandis que d'autres nécessitent une autorisation par décret en Conseil d'État ⁴¹²⁰.

Ainsi, par exemple les traitements dits de souveraineté, concernant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique sont autorisés par arrêté du ou des ministres compétents (art. 26, I-1°). Il en va de même des traitements opérés par l'État et relatif à la prévention, la recherche, la constatation, la poursuite et l'exécution des condamnations pénales et des mesures de sûreté (art. 26-I, 2°). À l'inverse, les traitements « mis en œuvre pour le compte de l'État, d'une personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public et qui portent sur des données parmi lesquelles figure le numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques » sont soumis à une autorisation par décret en Conseil d'État (art. 27-I, n° 1). Tel est également le cas des « traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'État qui portent sur des données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes ». Notons que cette dernière procédure s'avère dérogatoire à celle normalement réservée aux traitements portant sur des données biométriques (art. 27-I, n° 2) ⁴¹²¹.

Quel que soit le régime d'autorisation applicable, le projet de création de ces fichiers doit être soumis à la Cnil qui se contente néanmoins de rendre un simple avis. Celui-ci doit être motivé et publié, ce qui lui confère un poids plus conséquent. En vertu de l'article 28 de la loi de 1978, cet avis doit être rendu dans les deux mois de la réception de la demande. Ce délai peut être renouvelé une fois sur décision motivée du président. Si l'avis n'est pas rendu dans ces délais, celui-ci est réputé favorable.

De manière quelque peu surprenante, ces fichiers d'État peuvent être mis en œuvre malgré un avis défavorable de la Cnil. Tel a d'ailleurs été le cas du fichier Edwige ⁴¹²². Ce fichier, très largement médiatisé, concernait les personnes de 13 ans et plus. Il permettait de centraliser et d'analyser les informations relatives aux personnes physiques ou morales ayant sollicité, exercé ou exerçant un mandat politique, syndical

ou économique ou qui jouent un rôle institutionnel, économique, social ou religieux significatif. Pouvaient également être fichées les informations relatives aux individus, groupes, organisations et personnes morales qui, en raison de leur activité individuelle ou collective, sont susceptibles de porter atteinte à l'ordre public. Même si cela devait se faire « à titre exceptionnel », ce fichier autorisait même la collecte d'informations relatives à la santé ou à l'orientation sexuelle des personnes. L'étendue du champ d'application de ce traitement de même que le jeune âge des individus potentiellement fichés ont fait vivement réagir l'opinion publique, ce qui a finalement conduit à l'abandon du projet ⁴¹²³. Cet abandon ne doit pas faire oublier que le gouvernement aurait tout aussi bien pu faire fi de la pression citoyenne et mener à bien ce fichier, la Cnil n'étant pas alors en mesure d'empêcher cela.

D'autres fichiers, couverts par le secret défense, sont par ailleurs susceptibles d'échapper totalement à l'examen de la Cnil. Tel a été le cas du fichier Cristina, instauré dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et pour la création duquel la Cnil n'a pas été consultée.

Outre les fichiers précités, les fichiers d'État les plus connus sont le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG). Également le système de traitement des infractions constatées (fichier STIC), mis en œuvre par le ministère de l'Intérieur et la direction générale de la police nationale, de même que son homologue le système judiciaire de documentation et d'exploitation (fichier JUDEX) relevant de la gendarmerie. Un récent décret du 4 mai 2012 ⁴¹²⁴, relatif aux traitements des antécédents judiciaires (TAJ) a permis de fusionner ces deux derniers fichiers pour une meilleure efficacité de la répression ⁴¹²⁵. 9 millions de personnes seraient ainsi fichées. La Cnil a rendu un rapport très critique sur le fonctionnement des fichiers d'antécédents du ministère de l'Intérieur ⁴¹²⁶. Elle y fait 10 propositions d'amélioration. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que la consultation du STIC est réservée aux personnels de la police individuellement désignés et spécialement habilités. Un préfet ne peut donc sans habilitation spéciale demander à des agents de la police nationale de consulter ce fichier dans le cadre de l'attribution d'une carte professionnelle d'agent de sécurité ⁴¹²⁷.

A également été récemment créé le fichier national des objectifs en matière de stupéfiant (le FNOS) ⁴¹²⁸.

Outre ces obligations relatives aux formalités préalables, le responsable du traitement doit en respecter d'autres qui concernent cette

fois les modalités de la collecte et du traitement des données.

La question des fichiers constitués par l'État dans le cadre de ses opérations de surveillance et de protection des citoyens est actuellement particulièrement sensible, l'opinion ayant été scandalisée par les pratiques de la *National Security Agency* (NSA) révélées par Edward Snowden ⁴¹²⁹. La Commission européenne des libertés civiles a réalisé un rapport sur la NSA qui intervient d'ailleurs à un parfait moment puisqu'est actuellement discuté l'accord-cadre devant être conclu entre les États-Unis et l'Union européenne relativement à la protection des données. Sa finalisation est prévue pour la fin de l'année 2014.

Le choix du législateur français du moment de la promulgation de la loi de programmation militaire apparaît à ce titre assez maladroit. Cette loi du 18 décembre 2013 ⁴¹³⁰, dite LPM, a pu notamment choquer en ce qu'elle permet un accès administratif aux données de connexion, sans aucun contrôle du juge, et dans un contexte désormais plus large que celui de la seule prévention des actes de terrorisme ⁴¹³¹. Une surveillance est en effet désormais possible lorsque, de manière générale, la sécurité nationale est en jeu ou encore dans le cadre de la sauvegarde du potentiel scientifique et économique de la France ou enfin s'agissant de faits de criminalité ou de délinquance organisées. Du fait de la discutable rédaction de l'article 20 de cette loi, un accès aux contenus même des échanges semble également possible. Si ce texte, qui fait prévaloir la sécurité sur la liberté, peut certes sembler légitime en ce qu'il ambitionne d'assurer la sécurité des citoyens, il importerait de s'assurer que les atteintes sont effectivement proportionnées au but recherché. En l'absence de possibilité de contrôle sur les actions engagées, on peut cependant craindre la portée liberticide des pratiques ici légalisées. L'efficacité et l'indépendance de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) sont également discutées, celle-ci n'étant composée que de trois membres, l'un s'avérant justement être le député qui a défendu la loi LPM... On peut enfin regretter que la Cnil n'ait pas été consultée avant l'adoption définitive du texte. Cette dernière annonce d'ailleurs qu'elle sera particulièrement vigilante sur la rédaction des décrets d'application du texte ⁴¹³².

B. Les obligations relatives à la collecte et aux traitements des données

1156 *Présentation* ◇ Les grands principes ici listés sont repris à la fois dans les dispositions, nationale, européenne et internationale, relatives à la protection des données personnelles (notamment les articles 6 de la loi de 1978 et de la directive du 24 octobre 1995).

1157 *L'exigence de loyauté et de licéité* ◇ L'article 6-1° de la loi de 1978 mentionne tout d'abord l'obligation faite au responsable du traitement de réaliser une collecte et un traitement loyaux et licites des données. Ces dernières doivent par ailleurs être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs.

L'article 226-18 du Code pénal prévoit que « le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende ».

1158 *L'exigence d'exactitude des données* ◇ Les données personnelles collectées doivent être exactes, complètes et si nécessaire mises à jour, ce qui suppose que toutes les données présentant des défauts soient effacées ou rectifiées. Le responsable du traitement doit donc réaliser une sorte de veille sur les données collectées. On peut y voir ici l'expression implicite d'un droit à l'oubli ⁴¹³³.

Si la formulation du principe est honorable, sa mise en œuvre est cependant délicate en pratique. On note d'ailleurs que, contrairement aux autres obligations dont il est fait mention dans les présents développements, aucune disposition pénale ne sanctionne spécialement le fait pour le responsable du traitement de conserver des informations inexactes ou incomplètes. En cas de mauvaise foi avérée, le juge pénal devrait cependant pouvoir se fonder sur la disposition généraliste de l'article 226-18, en considérant que l'absence d'intervention consciente sur une donnée fausse ou obsolète est susceptible de caractériser un manque de loyauté du traitement.

1159 *L'exigence de confidentialité des données* ◇ Cette obligation, expressément visée à l'article 16 de la directive du 24 octobre 1995, ne résulte qu'implicitement de l'article 34 de la loi de 1978 qui impose au responsable du traitement de veiller à ce qu'aucun « tiers non autorisé ait

accès » aux données récoltées. L'article 35 de la loi informatique et libertés cite par contre expressément cette obligation de confidentialité des données en faisant état des obligations du sous-traitant du traitement. La Cnil a d'ailleurs réalisé une fiche pratique prenant la forme d'un modèle de clause de confidentialité à intégrer dans les contrats de sous-traitance ⁴¹³⁴.

Le manquement à cette obligation est sanctionné par l'article 226-22 du Code pénal. Ce texte sanctionne la divulgation de données à caractère personnel, faite sans autorisation de la personne concernée, à des tiers qui n'auraient pas qualité pour les recevoir. Un tel comportement fautif n'est sanctionné que s'il s'avère préjudiciable, c'est-à-dire si la violation de la confidentialité des données a pour effet de « porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée ». Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Contrairement aux autres incriminations relatives à la protection des données, la condamnation est moindre si les faits de divulgation ont été commis par imprudence ou négligence. Le fautif n'encourt plus alors que trois ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.

Cette obligation de confidentialité doit être conciliée avec les règles permettant un libre accès aux documents administratifs. Ainsi dans le cadre de la publicité foncière, les communes devront communiquer certaines des informations cadastrales qu'elles compilent. Un juste équilibre doit ici être trouvé, les communes devant impérativement savoir quelles sont les informations qu'elles sont tenues de communiquer à toute personne qui en fait la demande et celles dont elles sont tenues de respecter la confidentialité. Afin de les aider, la Cnil propose aux collectivités locales un modèle de formulaire type d'information.

Sur la question de l'obligation de confidentialité, notons enfin que les Cnil européennes s'intéressent particulièrement aux nouvelles règles de confidentialité mises au point par Google en mars 2012. Les autorités de contrôle sont inquiètes, ces règles permettant un croisement des données récoltées dans le cadre des différents services proposés par l'opérateur. Elles font dès lors l'objet d'une surveillance accrue des instances européennes ⁴¹³⁵.

1160 ***Le respect de la finalité du traitement*** ◇ Le traitement doit être réalisé pour des finalités déterminées, explicites et légitimes. Les

opérations réalisées sur les données collectées doivent par ailleurs être conformes à ce qui a été déclaré auprès de la Cnil au moment de la réalisation des formalités préalables. Le législateur interdit en effet, dans l'article 6-2° de la loi de 1978, de « traiter ultérieurement ces données de manière incompatible avec ces finalités » initialement déclarées.

L'attention doit être attirée sur le fait que les termes de l'article précité confèrent une certaine souplesse au responsable du traitement : tout nouveau traitement réalisé à partir des données collectées n'est pas interdit. Tel sera seulement le cas de celui qui sera qualifié « d'incompatible » avec celui initialement déclaré auprès de la Cnil. Il y a ici une marge d'appréciation laissée au responsable du traitement sous le contrôle des juges et de la Commission nationale.

Différentes exceptions sont prévues qui permettent de réaliser un traitement totalement différent de celui initialement projeté.

L'article 6-2° de la loi de 1978 précise tout d'abord qu'un « traitement ultérieur des données à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique est considéré comme compatible avec les finalités initiales de la collecte des données ». Celui-ci doit cependant être réalisé dans le respect des principes et des procédures de la loi de 1978 et ne doit pas être « utilisé pour prendre des décisions à l'égard des personnes concernées ».

L'article 36 de la loi de 1978 permet également la réalisation d'un traitement à des fins différentes de celles initialement déclarées, si la personne titulaire des données y consent expressément. Dans le même sens, mais cette fois dans le cas particulier des données à caractère personnel recueillies par les prestataires de services de certification électronique pour les besoins de la délivrance et de la conservation des certificats liés aux signatures électroniques, l'article 33 prévoit qu'un consentement express de la personne concernée permettra que les informations collectées soient traitées à des fins autres que celles en vue desquelles elles ont été recueillies.

L'article 36 de la loi de 1978 autorise encore un changement des finalités du traitement si de telles mutations sont autorisées par la Commission nationale.

S'agissant enfin du cas particulier des données sensibles, un changement des finalités du traitement peut être opéré, au titre de l'article 36 de la loi de 1978, dans le cadre de traitements nécessaires à la recherche en matière de santé (art. 8-II n° 8). Il en va de même, lorsque le traitement a été autorisé et est justifié par l'intérêt public (art. 8-IV).

Dans ces deux derniers cas, la légitimité des traitements initiés est de nature à justifier la souplesse octroyée.

Le fait de détourner les données personnelles de leur traitement initial est sanctionné, par l'article 226-21 du Code pénal, de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. A ainsi été jugé comme constitutif d'un délit de détournement de finalité, l'envoi par une Caisse d'Épargne de publicités dans la même enveloppe que celle utilisée pour adresser des relevés de comptes. Le traitement avait en effet été déclaré en conformité à une norme simplifiée qui n'a pas prévu ce type d'envois ⁴¹³⁶.

1161 *La préservation de la sécurité des données* ◇ Cette exigence est posée à l'article 34 de la loi de 1978 qui dispose que « 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 ». Il importe que le débiteur de cette obligation protège les données contre les risques d'atteintes résultant de l'intervention de l'homme mais également des éléments naturels. Il est tenu de le faire sous peine de se voir infliger les sanctions prévues par l'article 226-17 du Code pénal. Comme pour la majeure partie des obligations qui lui incombent au titre de la loi informatique et libertés, le responsable du traitement est passible à ce titre de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

La jurisprudence s'avère parfois particulièrement rigoureuse sur ce point à l'égard des responsables de traitements. Un jugement du Tribunal correctionnel de Créteil, en date du 23 avril 2013, illustre parfaitement cette tendance ⁴¹³⁷. Dans cette décision, les juges ont relaxé un prévenu inquiété sur le fondement du délit d'accès et de maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données (STAD) ⁴¹³⁸, sur le motif que le responsable du traitement (en l'occurrence l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail) n'avait pas sécurisé son système d'information contre les intrusions. Le tribunal a considéré que, faute de code ou de mot de passe, l'agence n'avait pas clairement manifesté l'intention de restreindre l'accès aux données récupérées par le prévenu aux seules personnes autorisées et que de ce fait ce dernier avait pu penser que les données étaient en libre

accès. Cette décision a cependant été infirmée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 5 février 2014⁴¹³⁹. Les juges ont certes considéré que l'infraction d'accès frauduleux n'était pas caractérisée en raison de la défaillance technique du système, mais ont en revanche estimé que le prévenu s'était rendu coupable de vol de fichiers informatiques et de maintien frauduleux dans le système.

Afin de guider le responsable dans le respect de cette obligation particulière de sécurité, la Cnil a élaboré en 2010 un guide intitulé *La sécurité des données personnelles*⁴¹⁴⁰. Elle y prodigue de précieux conseils portant notamment sur l'anonymisation des données et la sécurisation des postes de travail, préconisant ici l'utilisation de codes d'accès et la mise en place d'écrans de veille avec mots de passe.

L'attention du responsable du traitement doit être particulièrement attirée sur les opérations de sous-traitance, dites également d'externalisation. Il est notamment essentiel de prévoir dans ces contrats des clauses de confidentialité des données. L'article 35 de la loi de 1978 précise que le contrat signé entre le sous-traitant et le responsable du traitement doit « comporter l'indication des obligations incombant au sous-traitant en matière de protection de la sécurité et de la confidentialité des données ». Il doit également intégrer une clause indiquant que le « sous-traitant ne peut agir que sur instruction du responsable du traitement »⁴¹⁴¹.

Le législateur s'est par ailleurs spécialement intéressé aux questions de responsabilité qu'implique cette situation juridique de sous-traitance. Le même article prévoit que si des obligations incombent au sous-traitant, la responsabilité reste focalisée sur le responsable du traitement. La personne titulaire des données, et lésée dans le cadre d'une opération de sous-traitance, ne dispose donc pas d'une action personnelle contre le sous-traitant, celui-ci bénéficiant, comme en droit commun de la responsabilité civile, d'une sorte d'immunité. Après engagement de sa responsabilité, le responsable du traitement est cependant en mesure d'exercer un recours contre son sous-traitant.

Le projet de règlement européen, visant à réformer la directive de 1995, envisage de considérablement modifier le partage des responsabilités dans le cadre des opérations d'externalisation. Il prévoit en effet de responsabiliser le sous-traitant en accroissant le nombre de ses obligations. Il est surtout prévu au point 4 de l'article 26 du projet de règlement que si ce dernier « traite des données à caractère personnel d'une manière autre que celle définie dans les instructions du

responsable du traitement, (il) est considéré comme responsable du traitement à l'égard de ce traitement ». Il encourrait donc ici une responsabilité personnelle.

L'ordonnance du 24 août 2011⁴¹⁴², élaborée pour l'intégration dans le dispositif national de la directive du 25 novembre 2009⁴¹⁴³, a par ailleurs alourdi les obligations relatives à la sécurité des données lorsque le responsable du traitement est fournisseur de services de communications électroniques ouverts au public. Un nouvel article 34 *bis* de la loi de 1978 a été créé qui prévoit que le responsable du traitement est tenu de notifier, sans délai, à la Cnil toutes violations des données personnelles traitées⁴¹⁴⁴. L'objectif est ici de lutter contre les anciennes pratiques consistant en un étouffement des problèmes relatifs aux failles de sécurité du système. En vertu de ce même texte, le responsable du traitement est également tenu de prévenir l'abonné ou toute autre personne physique de la difficulté survenue, si celle-ci est de nature à constituer un risque d'atteinte aux données privées de cette personne.

En vertu de l'article 226-17-1 du Code pénal, également créé par l'ordonnance de 2011, ces nouvelles obligations sont sanctionnées des mêmes peines que les autres manquements du responsable du traitement, soit 5 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende.

Cette ordonnance semble avoir anticipé sur le projet de réforme de la directive du 24 octobre 1995, le projet de règlement mettant à la charge du responsable du traitement une obligation générale de notification de toutes les failles de sécurité, si possible dans un délai de 24 heures⁴¹⁴⁵. Dans le prolongement de ces textes, la Commission européenne vient de publier, le 7 février 2013, une proposition de directive concernant la sécurité des réseaux et de l'information (SRI). Ce nouveau dispositif prévoit lui aussi l'obligation pour les administrations publiques et différents acteurs du secteur financier, des transports, de l'énergie et de la santé, de signaler les incidents de sécurité significatifs touchant leurs services essentiels⁴¹⁴⁶. Ce texte imposerait par ailleurs à chaque États membres de mettre en place une autorité nationale compétence en la matière, de même qu'une « équipe d'intervention en cas d'urgence informatique (*Computer Emergency Response Team/CERT*) chargée de la gestion des incidents et des risques selon un processus bien défini »⁴¹⁴⁷. En France, ce rôle est déjà rempli par l'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI). Le texte ambitionne également d'accroître le niveau de coopération entre les États⁴¹⁴⁸. Ce projet de directive visant seulement un niveau d'harmonisation minimal,

chaque État serait libre d'adopter des dispositions plus contraignantes.

1162 *Les obligations relatives à la conservation des données* ◇ L'article 6-5° de la loi de 1978 prévoit que les données ne doivent pas être conservées au-delà du temps nécessaire à la finalité du traitement. Toute conservation d'une durée supérieure est en mesure d'être sanctionnée sur le fondement de l'article 226-20 du Code pénal prévoyant l'application d'une peine de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

L'article 36 autorise cependant un délai de conservation supérieur lorsque les données sont « traitées à des fins historiques, statistiques ou scientifiques ».

Une autre dérogation est prévue dans le même article pour 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 Code du patrimoine » ⁴¹⁴⁹.

Rappelons enfin qu'à titre dérogatoire, certains responsables de traitement sont tenus de conserver certaines données, dites de connexion, afin de permettre l'identification d'auteurs d'infractions ⁴¹⁵⁰. La directive du 12 juillet 2002, relative aux communications électroniques, prévoyait en effet dans son article 15 des dérogations au principe d'effacement des données de connexion. Cette disposition permettait aux États membres de librement légiférer afin de poser des obligations de conservation en vue de sauvegarder la sécurité nationale ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales. Au regard de la disparité des différentes législations nationales, la directive data-retention du 15 mars 2006 a été adoptée en vue d'harmoniser les délais de conservation.

1163 *Sanctions* ◇ Comme le démontrent les présents développements, la violation de toutes les obligations incombant au responsable du traitement est à chaque fois sanctionnée par les articles 226-16 et suivants du Code pénal d'une peine de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. On rappelle pour finir que ces sanctions pénales sont susceptibles de se cumuler avec les sanctions administratives éventuellement prononcées par la Cnil ⁴¹⁵¹. En cas de dommage résultant de la violation de l'une de ces obligations, la responsabilité civile du responsable du traitement est également en

mesure d'être engagée sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil.

La personne dont les données sont collectées peut également envisager d'agir contre le responsable du traitement, sur le fondement d'une autre disposition du Code civil, en invoquant la violation d'un droit particulier de la personnalité : le droit à la protection de la vie privée.

SECTION 3. LE DROIT COMMUN DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

1164 Au cœur du dispositif de protection de la vie privée se trouve l'article 9 du Code civil. L'action fondée sur ce texte doit être considérée comme de droit commun par opposition à celle qui se base sur les textes spéciaux relatifs à la protection des données personnelles.

En vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*, le constat d'une atteinte aux données personnelles devrait imposer de recourir exclusivement aux textes protecteurs de ces données particulières, en excluant l'application de l'article 9 du Code civil. Mais telle n'est pas la logique retenue. Ces deux dispositifs n'étant pas exclusifs l'un de l'autre, le demandeur peut librement fonder sa demande sur le texte de son choix.

Envisageons donc à présent les modalités d'une action invoquant la violation du droit à la vie privée. Le visa de l'article 9 du Code civil permet également d'agir en cas d'atteinte au droit à l'image, ce droit devant être considéré comme un démembrement du droit à la vie privée. Des développements autonomes lui seront consacrés.

A. Le droit au respect de la vie privée

1165 *Subdivision* ◇ Après avoir présenté ce droit (1), nous constaterons que si l'article 9 du Code civil constitue la disposition centrale du régime de protection de la vie privée, d'autres textes sont également susceptibles d'être invoqués en cas d'atteintes à cette liberté fondamentale (2). On indiquera ensuite que, quel que soit le fondement de l'action envisagée, l'atteinte à la vie privée doit être caractérisée.

1. Présentation du droit à la vie privée

1166 *Sources* ◇ Ce droit est formulé dans de nombreux textes protecteurs des droits fondamentaux de la personne. L'article 12 de la déclaration universelle des droits de l'homme, élaborée en 1948 par l'Assemblée générale des Nations unies, dispose ainsi que « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ». Une disposition relevant du même esprit est proposée dans l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 et, plus récemment depuis l'an 2000, dans l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Si en France la formulation de ce droit subjectif est assez ancienne, il a fallu attendre une loi du 17 juillet 1970⁴¹⁵² pour le voir consacré dans le Code civil et qu'une action autonome puisse être engagée sur ce fondement. L'article 9 dispose désormais dans son alinéa 1^{er}, de manière lacunaire mais efficace, que « chacun a droit au respect de sa vie privée ».

À l'occasion d'une décision du 18 janvier 1995⁴¹⁵³, le Conseil constitutionnel a considéré que ce droit découlant de la liberté proclamée à l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, une valeur constitutionnelle devait lui être conférée.

La jurisprudence a permis d'identifier les diverses facettes du droit à la vie privée dont l'invocation permet aussi bien de protéger, la vie sentimentale, les informations sur l'état de santé, la pratique religieuse, l'adresse ou le domicile. La protection de ce droit est octroyée aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Dans le cadre de l'usage d'Internet s'est alors l'atteinte à l'e-réputation de la société qui est souvent invoquée.

1167 *Évolution de la question* ◇ Avec le développement du numérique, d'Internet, et des réseaux sociaux, l'exigence de protection de la vie privée prend une dimension nouvelle. Les préjudices résultant de la violation de ce droit sont en effet d'autant plus conséquents qu'un nombre impressionnant de personnes est susceptible d'accéder à la manne de renseignements disponibles sur les pages du Net.

Avant l'avènement du numérique, l'information était diffusée par des professionnels devant exercer leur travail journalistique dans le respect des règles de déontologie. Aujourd'hui, tout particulier est en mesure de répandre une information, fausse ou vraie. Les anciens commérages, hier confinés à la sphère privée, prennent aujourd'hui la forme de rumeur à dimension nationale, voire internationale. L'auteur des faits est en outre susceptible de se cacher derrière un pseudonyme, ce qui rend malaisée son identification et lui évite parfois de répondre de ses actes.

Malgré les multiples actions de sensibilisation, l'utilisation des réseaux sociaux est l'occasion de nombreuses atteintes à la vie privée. Non pas en ce que le titulaire du compte y dévoile son intimité car, étant alors à l'origine de la divulgation, son acte relève de sa liberté et de sa responsabilité mais parce que, par un échange d'informations au sein d'un groupe souvent très étendu d'amis, il peut être amené à diffuser des données qui ne le concernent pas ⁴¹⁵⁴.

À l'occasion de la médiatique affaire du soi-disant « *bug* » de Facebook, on a également craint que des risques d'atteintes à la vie privée proviennent des opérateurs eux-mêmes. En septembre 2012, des titulaires de comptes Facebook se sont en effet alarmés de découvrir en libre accès à la consultation, d'anciens messages personnels relevant de communications confidentielles. Ils invoquaient dès lors une atteinte à la vie privée résultant d'une violation du secret des correspondances. Si le dysfonctionnement est indiscutable, on ne peut cependant considérer qu'il y a eu violation de la vie privée des internautes. Les utilisateurs ont en effet oublié qu'à l'origine de l'utilisation de ce réseau social les échanges étaient réalisés sur un « *wall* » accessible à tous, sans aucune confidentialité. Ce sont donc les titulaires de comptes qui, à cette époque, ont eux-mêmes rendus publics leurs échanges, le dysfonctionnement imputable à Facebook ayant seulement consisté à faire réapparaître ces anciens messages. Après la réalisation d'une enquête, la Cnil a également conclu à l'absence de violation de la vie privée des internautes ⁴¹⁵⁵. Le fonctionnement de ce réseau est heureusement aujourd'hui différent, les échanges ayant désormais lieu par le biais de messageries privées.

Cette affaire révèle, s'il en était besoin, les risques que représente pour la vie privée l'usage des réseaux sociaux. Leur fréquentation doit se faire avec une grande vigilance et dans une parfaite maîtrise des paramètres de confidentialité, ce qui n'est malheureusement pas toujours le cas. Les titulaires de comptes doivent donc être sensibilisés, formés et

responsabilisés.

Malgré les diverses évolutions liées au progrès technique, les juges n'ont pour seul outil d'action que les dispositions traditionnelles de protection de la vie privée. Si quelques adaptations sont nécessaires, les solutions dégagées avant l'avènement du numérique restent cependant satisfaisantes et globalement en mesure de répondre aux besoins actuels de protection des victimes. Les principes du respect de la vie privée restent en effet les mêmes que la personne qui les viole le fasse à l'occasion d'une lettre anonyme manuscrite ou par le biais de l'Internet. Dans un jugement du 27 avril 2009, le TGI de Paris a ainsi rappelé que les exigences en matière de respect de la vie privée demeurent identiques, qu'une information soit publiée dans la version papier ou bien sur le site Internet d'un journal ⁴¹⁵⁶.

Avant d'envisager la caractérisation de l'atteinte à la vie privée, voyons la diversité des actions susceptibles d'être engagées sur la base d'un manquement à ce droit.

2. Les différents fondements textuels susceptibles de sanctionner une atteinte à la vie privée

1168 *Code civil et sanctions pénales* ◇ L'action du demandeur invoquant une atteinte à la vie privée peut être fondée sur l'article 9 du Code civil mais aussi sur des dispositions de nature pénale.

1169 *Les actions fondées sur l'article 9 du Code civil* ◇ La demande fondée sur l'article 9 du Code civil peut avoir différents objets. L'alinéa 2 de ce texte envisage les diverses possibilités offertes. Il dispose en effet que « les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée. Ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

On comprend dès lors que l'action peut être engagée à titre préventif, pour que soit empêchée la réalisation de l'atteinte.

En cas d'urgence, le demandeur a la possibilité de saisir le juge des référés. Le 12 décembre 2000, une décision jurisprudentielle importante a permis la facilitation de l'exercice de cette voie de recours. La première chambre civile de la Cour de cassation a en effet indiqué « que

la seule constatation de l'atteinte caractérise l'urgence » ⁴¹⁵⁷. Le juge pourra dans ce cadre accorder une provision et ordonner la publication d'un communiqué faisant état de la condamnation.

Les dispositions de l'article 9 du Code civil sont renforcées par d'autres plus spécialement relatives au domaine du numérique. L'article 6-8 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) prévoit en effet que « l'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête (à l'hébergeur) ou à défaut (au fournisseur d'accès), toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ».

L'objet de l'action exercée sur le fondement de l'article 9 du Code civil peut tout autrement consister en une demande de dommages et intérêts. Jusqu'en 1970, seuls les textes relatifs au droit commun de la responsabilité civile étaient invocables par les victimes d'atteinte à la vie privée. Elles étaient donc tenues de fonder leur action en réparation sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, ceux-ci supposant l'établissement d'une faute.

Depuis un célèbre arrêt du 5 novembre 1996 ⁴¹⁵⁸, le régime de protection instauré par l'article 9 est considéré comme autonome par rapport au droit commun de la responsabilité civile et relevant d'une toute autre logique indemnitaire. Sur le fondement de cet article, il n'est plus besoin de prouver ni faute, ni dommage, « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvr(ant) droit à réparation ».

Au-delà de la possible action civile du demandeur, le législateur a mis en place un volet répressif en cas d'atteinte à la vie privée.

1170 Les actions fondées sur des dispositions de nature pénale ◇ Même si une telle action est plus rarement engagée, l'auteur d'une atteinte à la vie privée est susceptible de faire l'objet d'une poursuite pénale sur le fondement de l'article 226-1 du Code pénal. Ce texte sanctionne « le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui ». L'atteinte ici sanctionnée peut résulter de la captation, de l'enregistrement ou de la transmission, sans consentement de leur auteur, soit de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel, soit de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. On précise que la constitutionnalité de ce texte n'a pas été discutée, la Cour de cassation

ayant refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur ce dernier ⁴¹⁵⁹.

Une anecdotique décision donne une illustration du premier cas de figure évoqué par le texte et donc d'une atteinte résultant de la captation des paroles d'une personne. En l'espèce, une nourrice a porté plainte contre des parents pour avoir été enregistrée à son insu au moyen d'un enregistreur numérique caché dans la peluche de l'enfant qu'elle gardait. Dans un jugement correctionnel du 28 février 2012 ⁴¹⁶⁰, les juges de la Cour d'appel de Lyon ont considéré que l'élément matériel de l'infraction était constitué mais que tel n'était pas le cas de l'élément intentionnel, les parents ayant seulement agi du fait d'une suspicion de mauvais traitements sur leur enfant.

L'article 226-1 a également été invoqué à l'occasion d'espèces beaucoup plus médiatisées, ce texte étant en effet au cœur de la célèbre affaire Bettencourt et de celle relative aux écoutes de Nicolas Sarkozy.

Cette incrimination vise en second lieu les atteintes à la vie privée résultant d'une violation du droit à l'image du demandeur. Ce droit fait l'objet de développements spéciaux ultérieurs ⁴¹⁶¹.

Le législateur a une conception très large de cette incrimination, le texte visant « tout procédé quelconque ». Il ne fait donc pas de doute qu'il puisse être invocable dans le cadre d'atteintes réalisées par le biais d'Internet.

L'auteur de ces infractions encourt une peine d'emprisonnement d'un an et 45 000 euros d'amende. Le législateur précise que la sanction ne sera pas appliquée lorsque « les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire », leur consentement étant ici présumé.

L'article 226-2 du Code pénal prévoit quant à lui que sera puni des mêmes peines « le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1 ». L'article 226-2 précise encore *in fine* que si le délit a été commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, « les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ».

D'autres dispositions, relevant cette fois du droit pénal spécial, sont également susceptibles d'être invoquées pour sanctionner des atteintes à

la vie privée lorsque celles-ci sont occasionnées par le biais de fichiers ou de traitements informatiques. On retrouve ici les dispositions de la loi informatique et libertés et plus spécialement celle transposée dans l'article 226-19 du Code pénal. celui-ci interdit « de mettre ou de conserver en mémoire informatisée, sans le consentement exprès de l'intéressé, des données à caractère personnel qui, directement ou indirectement, font apparaître... » des informations relatives à des données dites sensibles de cette personne. Une telle interdiction vaut également si les informations concernent « des infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté » ⁴¹⁶².

On rappelle que l'auteur de ces faits encourt une peine de 5 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende, ce qui s'avère beaucoup plus sévère que les dispositions de droit commun précédemment mentionnées. Le fait que les modalités de l'atteinte portée à la vie privée fassent à ce point varier la sanction peut surprendre : 5 ans de prison si la violation intervient à l'occasion d'un traitement informatique et seulement 1 an si elle est commise en dehors de ce contexte particulier. Il faut cependant noter que les dispositions pénales spéciales de la loi de 1978 concernent plus particulièrement des atteintes relatives à des données sensibles ou des données sociales à risques.

Le pouvoir d'action en cas d'atteinte à la vie privée s'avère donc assez large et varié. Reste à présent à voir comment les juges caractérisent cette atteinte.

3. La caractérisation de l'atteinte à la vie privée

- 1171** *Les éléments constitutifs* ◇ Quelle que soit l'action engagée, le juge devra faire le choix d'analyser l'atteinte d'une manière objective ou subjective. Dans le premier cas, il sanctionnera l'auteur indifféremment de la notoriété de la victime, considérant que toute atteinte mérite d'être identiquement sanctionnée. À l'inverse, si le magistrat fait une analyse subjective des faits, il considérera que l'atteinte à la vie privée est une question de contexte, son appréciation devant varier selon la notoriété du défendeur. La glose de l'article 9 du Code civil incite à pencher pour la première conception, le législateur ayant indiqué de manière abstraite que « chacun a droit à la protection ». Ce seul constat, ne suffisant pas à imposer l'une des deux analyses précitées, la jurisprudence n'a pas exprimé de choix clair en faveur de l'une ou l'autre ⁴¹⁶³.

Dans les deux cas, le juge doit vérifier que la divulgation de l'information relative à la vie privée s'est faite sans le consentement du demandeur. Le défendeur peut parfois utilement invoquer le possible accord tacite donné par celui qui se prétend victime de l'atteinte. Ainsi, les stars, parfois désireuses de faire parler d'elles, peuvent se laisser « surprendre » par de prétendus clichés volés et ne doivent pouvoir ensuite invoquer une quelconque atteinte à leur vie privée pour récupérer de l'argent.

L'éventuel consentement donné doit être apprécié de manière très stricte. Si un accord de diffusion d'une information privée est donné à une personne, il importe ainsi de considérer qu'il ne l'a pas été à l'ensemble du réseau amical de cette dernière. Les utilisateurs des réseaux sociaux doivent impérativement prendre conscience de cela avant d'envisager le partage d'une donnée qui leur aurait été confiée.

De manière surprenante, les juges ont pu considérer qu'une personne qui a été victime d'une révélation, même illicite d'une information privée, ne peut ensuite s'opposer à ce qu'elle soit reproduite quelques années plus tard, celle-ci échappant désormais à sa vie privée. À plusieurs reprises, la Cour de cassation a en effet affirmé que « la relation (le fait de relater) de faits publics déjà divulgués ne peut constituer en elle-même une atteinte au respect dû à la vie privée »⁴¹⁶⁴. Tout fait révélé deviendrait donc public et ne pourrait plus faire l'objet de la protection de l'article 9 du Code civil. Cette décision semble sonner comme une condamnation du droit à l'oubli et s'avère d'autant plus regrettable que la solution est toute différente s'agissant de la protection du droit à l'image, toute nouvelle diffusion exigeant l'expression d'un nouveau consentement⁴¹⁶⁵.

1172 *Les exceptions* ◇ Deux exceptions à l'obligation de recueil du consentement préalable permettent à une personne de divulguer une information privée sans risquer d'être inquiétée. Tel est le cas en premier lieu lorsqu'un intérêt privé supérieur justifie l'atteinte portée. Il est par exemple indispensable à un créancier de connaître l'adresse de son débiteur et la divulgation de cette information privée ne saurait donc être sanctionnée. En second lieu, l'intérêt légitime du public à être informé excuse également un certain nombre d'atteintes à la vie privée. Les juges doivent cependant prendre garde ici à ce que cette exception ne conduise à assouvir la curiosité illégitime des individus. L'appréciation portée

dépend donc de l'information en cause, de l'identité de la personne concernée et du contexte de l'actualité.

La polémique intervenue autour de la révélation de la maladie de François Mitterrand révèle, s'il en était besoin, la délicate mise en œuvre de cette exception au recueil du consentement. Plus récemment, une illustration est encore fournie par l'affaire *Bettencourt*, spécialement dans son volet relatif aux enregistrements clandestins réalisés par son majordome et publiés par *Le Point* et *Médiapart*. Saisie du dossier, la cour d'appel de Paris avait considéré que la révélation des informations relevait de la légitime information du public, celles-ci concernant la gestion de patrimoine de la principale actionnaire de l'un des premiers groupes industriels français. Ce raisonnement a été censuré par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 octobre 2011 ⁴¹⁶⁶, la Cour suprême considérant au contraire que « constitue une atteinte à la vie privée, que ne légitime pas l'information du public, la captation, l'enregistrement et la transmission sans consentement de cette parole prononcée à titre privé et confidentiel ».

On précise pour finir que le caractère flatteur ou vexatoire de l'information donnée est sans incidence pour la caractérisation de la violation. Ainsi l'atteinte à la vie privée consistant en la publication sur Internet d'une photo du bébé du demandeur pourrait être sanctionnée même si celui-ci est annoncé « beau comme un ange ». Le caractère flatteur ou vexatoire du propos est cependant susceptible d'être pris en considération au stade de la détermination du *quantum* de la réparation.

Enfin, ne doit pas non plus entrer en ligne de compte le fait que la divulgation a ou non contribué à la notoriété du demandeur. Cet argument souvent invoqué, il est vrai parfois à juste titre par l'auteur de la violation, doit donc être rejeté.

Voyons à présent les principes applicables lorsque l'atteinte à la vie privée résulte plus particulièrement d'une violation du droit à l'image.

B. Le droit à l'image

1173 Avant d'envisager la caractérisation de la violation de ce droit (2), évoquons son contenu et les modalités de sa sanction (1).

1. La sanction de la violation du droit à l'image et sa proximité avec le droit au respect de la vie privée

1174 *Une atteinte à la vie privée* ◇ On commencera cette présentation du droit à l'image par l'exposé de sa sanction car celle-ci révèle tout particulièrement la relation tenue qu'entretient ce droit avec celui du respect de la vie privée. Cette proximité est démontrée par l'article 226-1 du Code pénal. Ce texte, intégré dans une section première intitulée « De l'atteinte à la vie privée », sanctionne en effet le fait de fixer, enregistrer ou transmettre, « sans consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ». Un tel comportement est passible d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

On comprend ici que le droit à l'image constitue une déclinaison du droit au respect de la vie privée, le premier étant partie intégrante du second.

Du fait de cette proximité entre les deux droits, les actions résultant d'une atteinte à l'image se fondent principalement sur l'article 9 du Code civil, relatif à la protection de la vie privée. Dès lors, et comme dans le cadre d'atteintes à l'intimité de la personne, le demandeur a la possibilité d'engager une action à titre préventif ou curatif. Il est également en mesure d'agir par la voie du référé. En présentant le droit au respect de la vie privée, il avait été fait mention d'un important arrêt du 12 décembre 2000 ayant permis la facilitation de l'exercice de cette voie de recours d'urgence, la décision indiquant « que la seule constatation de l'atteinte caractérise l'urgence »⁴¹⁶⁷. Notons ici que cette jurisprudence a justement été établie dans le contexte d'une atteinte à l'image du demandeur.

L'invocation de l'article 9 du Code civil permet également à la victime d'obtenir réparation de l'atteinte à son image, dans les conditions dérogatoires propres à ce régime autonome. Depuis une décision du 5 novembre 1996⁴¹⁶⁸, et par exception aux règles du droit commun de la responsabilité civile, la personne dont l'intimité a été violée n'a plus en effet besoin d'établir la faute du défendeur ni son dommage, la « seule constatation de l'atteinte ouvr(ant) droit à réparation ». Cette solution a été officiellement étendue au droit au respect de l'image⁴¹⁶⁹.

Il est intéressant de noter que sur le fondement de l'article 9, l'invocation d'une violation du droit à l'image a permis la condamnation de la Société Google Inc. à retirer et à cesser l'affichage sur le moteur de recherche *Google Images* d'images attentatoires à la vie privée de Max Mosley (alors Président de la Fédération Internationale de l'Automobile). Après une première demande de retrait et des démarches

réalisées en ce sens par la société Google, les images à caractère sexuel, étaient ensuite réapparues à plusieurs reprises sur Internet. Dans une décision en date du 6 novembre 2013, le TGI de Paris a condamné, sous astreinte de 1 000 euros par manquement constaté, l'opérateur américain à « retirer et cesser, pendant une durée de cinq années, l'affichage sur le moteur de recherche *Google Images* que la société exploite, de neuf images dont Max Mosley a demandé l'interdiction » ⁴¹⁷⁰.

Si cette injonction inscrite dans le temps confère une certaine concrétisation au droit à l'oubli, l'on peut cependant douter de son effectivité, la société Google Inc. ayant été seule condamnée sans que ne le soit sa filiale française, ce qui risque de poser des difficultés d'exécution de la décision. On peut aussi regretter que le tribunal n'ait pas accédé à la demande de mise en place d'un système de filtrage permettant d'assurer la disparition des images.

1175 *Dissociation droit à l'image/droit au respect de la vie*

privée ◇ Dans le cadre particulier d'une telle action indemnitaire, la jurisprudence a eu l'occasion de couper le cordon ombilical unissant le droit à la vie privée et celui du droit à l'image. Dans une décision du 12 décembre 2000 ⁴¹⁷¹, la première chambre civile de la Cour de cassation a en effet admis que « l'atteinte au respect dû à la vie privée et l'atteinte au droit de chacun sur son image constituent des sources de préjudices distinctes, ouvrant droit à des réparations distinctes ».

Cette décision confère une réelle autonomie au droit à l'image qui sort ainsi du giron du droit au respect de la vie privée. Ces deux droits font ainsi l'objet d'une protection différenciée, comme le démontre d'ailleurs encore une décision du 4 novembre 2011, rendue à la suite d'une plainte d'un fonctionnaire de police ayant participé à un tournage. Cet arrêt affirme que l'autorisation donnée de diffuser l'image n'implique pas implicitement celle de diffuser le nom et le grade, donc des éléments de la vie personnelle.

Cette autonomie prise par le droit à l'image influe sur le fondement textuel de la possible action en réparation. Si le droit à l'image est constitutif d'une atteinte à la vie privée, l'action doit être engagée au visa de l'article 9 du Code civil ; si par contre l'atteinte à l'image ne s'accompagne pas d'une violation de la vie privée, mais d'un simple préjudice commercial par exemple, l'action doit être fondée sur l'article 1382 du Code civil, relatif au droit commun de la responsabilité.

1176 *Sanctions pénales* ◇ Certaines dispositions pénales sanctionnent des atteintes particulières au droit à l'image. L'article 226-8 du Code pénal envisage l'atteinte à la représentation de la personne. Ce texte interdit tout « montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention ». Le créateur qui publie la parodie est donc tenu d'indiquer explicitement qu'il s'agit d'un montage d'images sous peine d'être puni d'un an de prison et de 15 000 euros d'amende. À une époque où les divers montages et parodies sont légion sur Internet, cette disposition s'avère fort utile. Il importe de préciser que le respect de cette mention obligatoire ne met pas pour autant l'auteur du document à l'abri de poursuites, celui-ci pouvant être attaqué pour diffamation ou violation du droit à l'honneur.

Le législateur est par ailleurs récemment intervenu pour lutter contre une pratique odieuse consistant à filmer l'agression d'une personne, souvent par le biais d'un téléphone portable, et d'en diffuser ensuite la vidéo. Le *happy slapping* est aujourd'hui sanctionné par l'article 222-33-33, créé par une loi du 5 mars 2007⁴¹⁷². Ce texte prévoit que l'auteur d'une captation d'images réalisées dans de telles circonstances est considéré comme le complice de l'agression, alors même qu'il n'y aurait pas participé directement. Il encourt de ce fait les mêmes peines que l'auteur des coups. Afin de lutter au mieux contre le phénomène, le législateur a également prévu de sanctionner celui qui diffuse la vidéo, sans pour autant en être l'auteur. Cette action de transmission des images de violence est lourdement punie de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

On précise pour finir qu'aux États-Unis, une nouvelle loi anti-paparazzi est entrée en vigueur en Californie depuis le 1^{er} janvier 2010. Réclamée par l'actrice Jennifer Aniston, elle a été largement soutenue par Arnold Schwarzenegger, alors gouverneur de Californie et ancien acteur. Cette loi vise à protéger les célébrités et leurs familles lorsque celles-ci participent à des activités personnelles ou familiales.

Les moyens de sanction du non-respect du droit à l'image sont donc variés et permettent la reconnaissance de l'autonomie de ce droit, même si dans la majorité des cas une telle violation génère une atteinte à la vie privée et permet dès lors de fonder la demande sur l'article 9 du Code civil.

2. La caractérisation du non-respect du droit à l'image

1177 *Principe d'autorisation préalable* ◇ Un grand principe est posé en la matière : nul ne peut utiliser l'image d'autrui sans avoir au préalable recueilli son autorisation. Cette exigence vaut quel que soit le support de diffusion et s'applique évidemment à Internet, comme cela a été affirmé dès 1999 dans l'une des premières décisions médiatiques sanctionnant la diffusion de l'image d'une célébrité sur le réseau numérique ⁴¹⁷³.

Il est impératif de ne pas perdre de vue cette exigence dans le cadre particulier de l'usage des réseaux sociaux. Trop souvent des échanges de photographies interviennent, au sein d'un groupe plus ou moins étendu d'amis, sans que la personne apparaissant sur le cliché n'en ait donné l'accord. Afin de sensibiliser la communauté des internautes, la Commission nationale de l'informatique et des libertés a publié, par le biais d'un communiqué du 12 décembre 2012, un certain nombre de recommandations relatives aux bonnes pratiques de publication des photographies sur Internet ⁴¹⁷⁴.

Le principe du recueil du consentement préalable connaît les mêmes exceptions que dans le cadre de la protection du droit à la vie privée. L'image d'une personne peut ainsi être captée sans son consentement s'il en va d'un intérêt particulier supérieur. De même si la photographie diffusée répond à l'intérêt légitime du public d'être informé. Cette seconde exception prend ici en compte un critère d'actualité. Il importe cependant là encore de ne pas confondre droit à l'information et droit à la curiosité, ce dernier ne devant pas autoriser la violation du droit à l'image. Ainsi si la diffusion de l'image de Dominique Strauss-Khan, poignets menottés, pouvait sembler attentatoire à son droit à l'image, celle-ci était indiscutablement faite dans l'intérêt légitime du public à être informé, s'agissant ici d'un candidat présidentiable.

La mise en œuvre de l'exception de l'intérêt légitime à l'information s'avère particulièrement délicate dans le cadre de l'usage d'Internet. Si en effet un journal écrit n'est plus disponible quelques jours après sa publication papier, tel n'est pas le cas d'une information délivrée sur une page du web, l'accès en étant illimité dans le temps. Il serait dès lors peut-être utile d'organiser un nouveau régime de protection du droit à l'image, plus adapté à l'usage des nouvelles technologies du numérique. En l'absence d'une telle réforme, il faut compter sur la sagacité des juges qui doivent faire preuve d'une rigueur accrue à l'égard des diffusions sur

le Net.

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que le consentement initial doit être réitéré pour toutes nouvelles publications de l'image d'une personne. Ainsi, le fait qu'une photographie soit visible sur un site ne permet pas de s'en saisir librement pour la reproduire. Une décision du TGI de Paris, en date du 12 décembre 2000, a ainsi donné gain de cause à une actrice qui avait donné son consentement pour une publication de photos de charme et qui avait ensuite eu la mauvaise surprise de les voir reproduites dans une revue. Le juge a répondu à l'éditeur, qui invoquait la libre disposition de l'image, « qu'on ne saurait déduire de la présence des clichés sur Internet, la preuve que ceux-ci seraient en “libre parcours” et priverait la requérante d'une action sur le fondement de l'article 9 du Code civil ». De la même manière, dans une affaire où une star contestait la publication en France d'une photo d'elle et de son nouveau-né, le TGI de Nanterre a, le 6 septembre 2012, rejeté l'argument de l'éditeur qui invoquait la précédente publication du cliché sur un site américain, considérant « que cela était indifférent à la caractérisation de l'atteinte ».

De manière plus exigeante, cette solution vaut également lorsque la seconde diffusion est réalisée par le même éditeur qui a recueilli le consentement lors de la première publication. Une revue ayant obtenu l'accord de la personne concernée pour une diffusion papier de son image a ainsi été condamnée pour ne pas avoir sollicité une nouvelle autorisation avant de mettre le cliché en ligne. Le bénéficiaire de la cession d'une image doit donc prendre soin d'indiquer dans le contrat que l'autorisation vaut pour un usage sur tout support ultérieur.

En cas de publications multiples, le juge doit donc pour chaque diffusion réaliser une appréciation de la licéité de la diffusion de l'image. Si une première publication sans consentement d'une photographie illustrant l'accouchement d'une princesse a pu ainsi être considérée licite, du fait de l'invocation de l'intérêt légitime du public à être informé, sa diffusion ultérieure a par contre été condamnée, l'argument du critère d'actualité n'étant plus recevable.

1178 *Lieu privé* ◇ Des précisions doivent encore être données s'agissant de l'exigence du caractère privé ou non du lieu de la violation du droit à l'image. Si l'article 9 du Code civil, ne fait aucune mention de la localisation de l'atteinte, l'article 226-1 du Code pénal précise quant à lui

qu'il doit s'agir de « l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ». Une différenciation doit donc être faite selon le caractère civil ou pénal de l'action.

Dans le cadre des actions fondées sur l'article 9 du Code civil, la protection de l'image d'une personne doit donc être également garantie pour des clichés réalisés dans un lieu public. Les conditions de la protection sont cependant plus restrictives. L'individu photographié est en effet seulement en droit d'agir s'il apparaît isolément sur l'image ou s'il peut être aisément identifié. Le demandeur doit être le sujet principal du cliché, ce qui empêche l'action des personnes se trouvant en arrière-plan. En vertu de la théorie de l'accessoire, l'individu perd également le droit à la protection de son image s'il est photographié pour illustrer un événement d'actualité avec lequel le cliché a une relation directe ⁴¹⁷⁵. Prime donc ici le droit à l'information de tous. La publication de l'image ne doit cependant pas porter atteinte à la dignité de la personne photographiée.

Le dispositif pénal s'avère beaucoup moins protecteur, le législateur n'ayant prévu de sanctionner dans l'article 226-1 que la captation illicite de l'image dans un lieu privé. De par cette restriction, un certain nombre de victimes ne peuvent malheureusement obtenir la condamnation de l'auteur des faits. Afin de remédier à ce caractère restrictif du texte, la jurisprudence propose parfois une conception extensive du lieu privé, considérant par exemple que tel est le cas d'un supermarché. Il est également possible de différencier, au sein d'un lieu public, un lieu qui peut être considéré comme privé, telles des toilettes ou des cabines d'essayage. Le voyeur réalisant des films à l'aide d'une mini-caméra, pourrait ainsi heureusement tomber sous le coup de cette incrimination. Ces solutions dépendent néanmoins de l'appréciation des juges et un élargissement officiel du texte d'incrimination serait dès lors souhaitable.

Sous cette dernière réserve, les présents développements auront permis de montrer que la protection du respect au droit à l'image s'avère en l'état assez efficace, le dispositif étant globalement en mesure de faire face aux défis du numérique.

Cette présentation du droit à l'image vient clore l'exposé relatif à la protection des données personnelles et au respect de la vie privée. Nous nous proposons à présent d'aborder les modalités d'exercice de la liberté d'expression dans le cadre de l'usage des nouvelles technologies.

CHAPITRE 2

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET SES LIMITES

Section 1. INTERNET NOUVEAU SUPPORT D'EXPRESSION

§ 1. La reconnaissance du droit à la liberté d'expression et de la liberté de la presse

§ 2. Les enjeux d'Internet

Section 2. LA SANCTION DES ABUS

§ 1. Les abus sanctionnés par la loi relative à la liberté de la presse

- A. L'applicabilité de la loi de 1881 à l'outil Internet
- B. Les comportements punissables

§ 2. Les abus sanctionnés en dehors de la loi relative à la liberté de la presse

- A. Les abus de la liberté d'expression sanctionnés par la responsabilité civile
- B. Les abus de la liberté d'expression sanctionnés par la responsabilité pénale

1179 *Présentation* ◇ Si Internet confère une nouvelle dimension à l'exercice de ce droit (Section 1), les nouvelles technologies du numérique sont également l'occasion d'une multiplication d'abus qui ont reçu une sanction (Section 2).

SECTION 1. INTERNET NOUVEAU SUPPORT D'EXPRESSION

1180 Une fois le droit à la liberté d'expression et ses liens avec la liberté de la

presse présentés (§ 1), nous envisagerons les problématiques particulières de son application à l'outil Internet (§ 2).

§ 1. La reconnaissance du droit à la liberté d'expression et de la liberté de la presse

1181 *Liberté d'expression et d'opinion* ◇ Le droit à la liberté d'expression et d'opinion est l'un des premiers droits politiques reconnus au citoyen.

Il a été formulé dès 1789 dans les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ce dernier texte affirmant que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ». La liberté d'expression est également mentionnée à l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Ce texte dispose que « tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. ». On retrouve la même idée exprimée dans les articles 19 et 20 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966. La reconnaissance de ce droit est également européenne, celui-ci étant inscrit à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

C'est à partir de cette liberté fondamentale d'expression qu'a été reconnu le droit à la liberté de la presse et, son corollaire, le droit à l'information.

1182 *Liberté de la presse* ◇ La reconnaissance de la liberté de la presse a permis l'élaboration d'un véritable droit de la presse par le biais de la loi du 29 juillet 1881 ⁴¹⁷⁶. Cette législation définit les libertés et responsabilités de la presse française, imposant un cadre légal à toute publication. Le champ d'application de ce texte est cependant plus large en ce qu'il vise également l'affichage public, le colportage et à la vente sur la voie publique. Il entend établir un compromis entre l'exercice de la liberté fondamentale de s'exprimer et la protection des droits des personnes.

L'article 42 identifie les personnes responsables sur le fondement de

cette loi. Le texte vise en premier lieu les directeurs de publication et les éditeurs, cette dernière notion étant, on le verra, plus large qu'on pourrait le penser *a priori*. Des responsabilités en cascade sont ensuite envisagées, l'article désignant successivement comme responsable, l'auteur des propos, l'imprimeur et même le distributeur.

Cette législation supposant la diffusion de l'information au public, échappent à son champ de compétence toutes les violations à la liberté d'expression commises dans le cadre de correspondances privées. Lorsque les propos diffamatoires ou injurieux sont dépourvus de caractère public, leur sanction ne relève pas du droit spécial de la presse mais de dispositions du droit pénal commun : les articles R. 621-1 et 2. Les faits sont alors punis de l'amende prévue pour les contraventions de première classe.

§ 2. Les enjeux d'Internet

1183 *Lieu d'information* ◇ Internet est devenu le terrain d'élection de la liberté d'expression en ce qu'il constitue un outil clef de l'accès à l'information. Cela a été particulièrement mis en évidence à l'occasion du terrible séisme d'Haïti de janvier 2010. Les moyens de communication traditionnels n'étaient plus opérationnels et les informations parvenaient au reste du monde grâce à quelques connexions Internet qui fonctionnaient encore et qui ont d'ailleurs joué un rôle crucial dans l'organisation des secours. Les réseaux sociaux ont également eu un impact considérable durant la période des printemps arabes. La presse ne disposant souvent que de peu d'indépendance et de liberté dans ces pays, ces nouveaux outils d'expression étaient le moyen de faire circuler l'information entre les différents opposants aux régimes en place.

Si Internet facilite donc les échanges internationaux d'information, il fait à juste titre trembler les états totalitaires dérangés par la liberté d'expression octroyée par ce réseau. Afin de lutter contre les risques de soulèvement de leur population, certains États dit « ennemis d'Internet », comme la Chine, la Corée du Nord ou le Vietnam, prennent soin de couper leurs citoyens du reste du monde en effectuant des censures, des contrôles, des filtrages des contenus, voir des interdictions de connexion à Internet. Les Blogueurs et les cyberdissidents sont également fréquemment emprisonnés.

On voit ici l'intérêt initial de la création de l'espace numérique du *DarkNet*. Le téléchargement du logiciel *Tor*⁴¹⁷⁷ permet en effet de surfer de manière quasiment anonyme, la navigation étant réalisée par transit aléatoire vers des serveurs étrangers ce qui évite à l'internaute d'utiliser sa propre adresse IP. Ce procédé apparaît comme un moyen de favoriser la liberté d'expression à travers le monde en ce qu'il permet aux citoyens soumis à des régimes totalitaires de s'exprimer sans pouvoir être identifié. Il a, à ce titre, reçu le prix du logiciel libre 2010 dans la catégorie des projets d'intérêt social. L'utilisation du logiciel *Tor* suppose cependant le recours à de nombreux serveurs ce qui suppose des coûts de fonctionnement et de développement élevé, financés à plus de 60 % par le gouvernement américain. La technique a malheureusement été détournée par des délinquants qui l'utilisent pour mettre en place en toute discrétion des trafics d'images pédophiles, de drogues ou d'armes.

Les reporters spéciaux pour la liberté des médias d'Europe et des États-Unis se sont penchés sur les difficultés de la liberté d'expression à l'ère du numérique. Ils ont à ce titre publié une déclaration conjointe en mars 2010, par laquelle ils dénoncent les 10 principaux obstacles à surmonter au cours de la prochaine décennie⁴¹⁷⁸. Ils indiquent ainsi dans le point 9 de leur document que « l'important potentiel de l'Internet en tant que moyen de promouvoir la libre circulation de l'information et des idées n'est pas totalement réalisé à cause de la volonté de certains États de contrôler ce média ou d'en limiter l'utilisation ».

La liberté d'expression prend différentes formes sur Internet. Il peut s'agir de propos tenus par un citoyen quelconque, dans le cadre d'un blog personnel ou de commentaires postés sur les différents réseaux sociaux. Les professionnels du journalisme ont également su se saisir de ces nouvelles technologies. Deux modes d'exercice sont alors constatés.

Les publications électroniques représentent parfois une simple extension des informations données en version papier. On pourrait douter de l'intérêt commercial d'une telle pratique qui risque de faire perdre toutes raisons d'achat du support papier et ainsi de compromettre la survie du journal. L'arrêt de la publication de *France soir* et partiellement de la version papier de *La tribune*, semble conforter cette analyse. Les patrons de presse considèrent cependant que l'accès informatique à leurs publications confère une image de modernité à leur société et est au contraire de nature à attirer de nouveaux clients. La version électronique permet en effet de toucher d'autres lecteurs qui, découvrant les travaux éditoriaux, sont susceptibles d'y rester fidèles.

D'autres professionnels, comme Médiapart, ont par contre fait le choix du tout numérique, proposant exclusivement leur journal en ligne.

Internet est donc devenu un formidable lieu d'échanges au sein duquel il est impératif de faire respecter la liberté d'expression. Afin de garantir cela, la loi pour la confiance dans l'économie numérique affirme d'ailleurs explicitement ⁴¹⁷⁹ dans son article 1^{er}, « que la communication au public par voie électronique est libre ». Les enjeux du respect de cette exigence peuvent même, on l'a vu, devenir politiques.

La liberté d'expression, sur le Net comme ailleurs, ne peut cependant être absolue, celle-ci devant s'exercer dans le respect d'autres impératifs de protection. Il ne faut pas que la toile soit un lieu de totale impunité et il importe de se donner les moyens de sanctionner tous abus de cette liberté.

SECTION 2. LA SANCTION DES ABUS

- 1184** *Présentation* ◇ Tout comme la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres, la liberté d'expression de chacun trouve ses limites dans le respect de l'ordre public et de la réputation d'autrui. L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen affirme ainsi que ce droit s'exerce « sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

Les sanctions de tels abus sont prévues dans différents textes. La majeure partie est réprimée par la loi du 29 juillet 1881 (§ 1), relative à la liberté de la presse, mais d'autres textes complètent ce dispositif de répression (§ 2).

§ 1. Les abus sanctionnés par la loi relative à la liberté de la presse

- 1185** *Jurisprudence* ◇ En jurisprudence, il est considéré que les abus de la liberté d'expression ne peuvent être sanctionnés sur la base du droit commun de l'article 1382 du Code civil dès lors qu'il existe des dispositions spéciales les sanctionnant sur le fondement de la loi relative à la liberté de la presse ⁴¹⁸⁰. Cette règle a encore été récemment confirmée par la Cour de cassation ⁴¹⁸¹.

En vertu de la loi LCEN, qui permet l'extension de l'application des délits de presse aux services de communication au public en ligne, les fournisseurs d'accès à Internet, de même que les hébergeurs, sont tenus de mettre en place des dispositifs aisément accessibles et visibles permettant à toute personne de porter à leur connaissance des faits constitutifs de ces délits. Ils ont également l'obligation de déclarer aux autorités publiques tous faits répréhensibles au regard de la loi de 1881 commis par les destinataires de leurs services. Ils doivent encore mettre à disposition du public les moyens qu'ils consacrent à la lutte contre ces activités illicites. Les manquements à ces diverses obligations sont passibles d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Avant de présenter les différents comportements répréhensibles sur le fondement de la loi de 1881 (B), envisageons au préalable l'applicabilité de cette législation à l'usage d'Internet (A).

A. L'applicabilité de la loi de 1881 à l'outil Internet

- 1186** *Subdivision* La logique de responsabilités en cascade prévue par ce texte sera présentée (1) avant d'envisager la manière dont les règles sont appliquées à l'égard des différents acteurs d'Internet (2).

1. Exposé des règles

- 1187** *La loi de 1881* ◇ Grand texte, régulièrement modifié, la loi de 1881 sur la liberté de la presse est parfaitement en mesure de s'appliquer à la version *on-line* du journalisme et à toutes les autres formes de propos diffusés sur le Net⁴¹⁸². Dans son chapitre IV, cette loi vise en effet la presse mais aussi « tout autre moyen de communication ». De même, en détaillant certains délits, dits de presse, le législateur de l'époque a souvent précisé que les faits poursuivis peuvent être réalisés « par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support »⁴¹⁸³. La loi pour la confiance dans l'économie numérique confirme sans ambiguïté cette applicabilité du texte en affirmant dans son article 6-V que les dispositions des chapitres IV et V de la loi de 1881, relatives à la répression des « crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication », sont applicables aux services de communication au public en ligne.

La législation de 1881 ne s'applique cependant qu'en cas de publicité

donnée aux propos, la diffusion devant avoir un caractère public. Pour cette raison le texte ne concerne pas les échanges relevant de courriers électroniques privés. L'applicabilité de la loi redevient possible si le message est expédié à des dizaines de personnes non liées entre elles par une communauté d'intérêt ⁴¹⁸⁴.

La question de la détermination du champ d'application de la loi sur la liberté de la presse se pose avec plus de difficultés s'agissant des forums de discussion. Il faut alors distinguer selon que le forum est dit fermé ou ouvert. Les échanges intervenus dans le cadre de forums fermés doivent être assimilés à des correspondances privées et échappent dès lors à l'application de cette loi. Seuls les forums ouverts y sont donc soumis.

Lorsque le forum est considéré ouvert et donc public, reste à savoir dans quelles mesures le gestionnaire de celui-ci est susceptible de voir sa responsabilité engagée au titre des délits de presse de la loi de 1881.

1188 *Dispositions applicables à Internet* ◇ Il importe de déterminer si l'identification des responsables de ces délits de presse, commis dans le cadre particulier de l'usage d'Internet, doit se faire à partir des articles 42 et suivants de la loi du 29 juillet 1881, instituant la responsabilité en cascade propre à la presse écrite, ou bien de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 ⁴¹⁸⁵, qui transpose et adapte ces règles de responsabilité à la communication audiovisuelle. À l'occasion d'une loi du 1^{er} août 2000, depuis supprimée par la loi LCEN, le législateur a fait le choix de rattacher Internet, hors sa fonction de communication privée par messagerie électronique, à la communication audiovisuelle. La détermination du responsable doit donc se faire sur la base de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982.

Ce texte renvoie explicitement à la loi de 1881 pour la sanction des délits de presse et prévoit un régime spécial de responsabilités en cascade. En premier lieu, il dispose que « au cas où l'une des infractions prévues est commise par un moyen de communication au public par voie électronique, le directeur de publication... sera poursuivi comme auteur principal lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public ».

Cette notion de « fixation préalable », qui conditionne le jeu des responsabilités, mérite quelques éclaircissements. Ce terme suppose que le directeur de publication réalise un contrôle éditorial sur ce qui est publié, par le biais de paramétrages des thèmes abordés ou par une

sélection des messages diffusés. Dans ces circonstances, s'il doit évidemment assumer ses propres écrits, il doit également répondre des différents propos postés sur son site par des tiers, comme s'il s'agissait des siens. L'auteur direct des contenus litigieux peut, en parallèle, être poursuivi en tant que complice. Si à l'inverse, aucun fixage préalable à la communication n'intervient et que les messages sont postés par des personnes venant sur le site sans contrôle préalable, comme lors d'interventions des invités durant une émission filmée en direct, il apparaît normal que seul l'auteur des propos doit les assumer. Dans ce dernier cas de figure, la responsabilité du directeur de publication relève alors du régime de responsabilité allégée applicable à l'hébergeur en vertu de l'article 6-1.2 de la loi LCEN. Il ne peut alors être déclaré responsable que s'il a effectivement connaissance du caractère illicite du message ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il n'a pas agi promptement pour retirer les propos litigieux ou en rendre l'accès impossible.

En second lieu, et appliquant la logique susmentionnée des responsabilités en cascade, l'article 93-3 alinéa 2 prévoit que lorsqu'aucun fixage préalable à la communication n'a été réalisé et que l'auteur des propos qui aurait dû personnellement en répondre n'est pas identifiable, la responsabilité incombe au producteur qui doit alors être poursuivi comme auteur principal. La désignation de ce dernier, qui correspond habituellement à la personne qui finance la publication, est souvent malaisée à définir s'agissant d'une diffusion sur Internet, le producteur n'existant bien souvent pas. Il ne peut s'agir ici des fournisseurs d'accès ou d'hébergement, l'article 6, I, 6 de la loi LCEN affirmant en effet que ces intermédiaires techniques « ne sont pas des producteurs au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ».

En résumé, ce texte privilégie la responsabilité du directeur de publication chaque fois qu'il a conservé un contrôle éditorial. Dans le cas contraire, seul l'auteur des propos doit être poursuivi, à moins qu'il ne puisse être identifié et c'est alors la responsabilité du producteur qui est recherchée.

L'articulation des textes et de leur régime de responsabilité étant exposés, voyons à présent comment la jurisprudence en fait application à l'égard du responsable d'un site, de l'auteur d'un blog ou d'un gestionnaire de forum ⁴¹⁸⁶.

2. Application des responsabilités en cascade aux différents acteurs d'Internet

- 1189** *Assimilation du site à une publication* ◇ L'applicabilité de la loi de 1881 au responsable de site s'est imposée d'évidence. Les sites web étant assimilés à des services de communication audiovisuels, ils sont en effet soumis au respect de la loi de juillet 1982, renvoyant elle-même à celle de 1881. Le gestionnaire du site, assimilé au directeur de publication, ayant sans conteste un contrôle éditorial sur le contenu de son site, est responsable en cas de commission des différents délits de presse. Cette responsabilité est basée sur une présomption de surveillance qui met à sa charge une obligation de contrôle des éléments publiés sur le site. Différentes décisions de la Cour de cassation ont ainsi retenu la responsabilité de directeurs de publication de sites pour des propos injurieux considérant que ceux-ci avaient nécessairement fait l'objet d'une fixation préalable avant leur communication au public ⁴¹⁸⁷. Ainsi le responsable d'un site a pu être condamné pour délits de diffamation et d'injure pour des propos se trouvant sur son site, alors même qu'il n'en était pas l'auteur et que ceux-ci avaient été récupérés sur un autre site. Les juges ont considéré qu'il devait répondre des commentaires litigieux ayant pris « la responsabilité d'une nouvelle diffusion, en les mettant en ligne, selon une présentation de son choix, sur son propre site » ⁴¹⁸⁸. Un secrétaire général de syndicat a également été déclaré responsable des propos injurieux tenus sur le site de son syndicat ⁴¹⁸⁹.
- 1190** *Blog considéré comme une publication* ◇ L'auteur d'un blog étant considéré par la jurisprudence comme un éditeur ⁴¹⁹⁰, il encourt la même responsabilité que le directeur de publication, l'article 42 de la loi de 1881 assimilant, on le rappelle, les deux fonctions ⁴¹⁹¹. Tout blogueur doit ainsi comprendre qu'il est responsable du contenu de sa page Internet. Mieux encore il sera responsable des commentaires postés par des tiers sur son blog lorsque, comme précédemment indiqué, il aura effectué un contrôle éditorial sur le contenu du message, celui-ci étant alors considéré comme ayant fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public ⁴¹⁹². Dans le cas contraire, seul l'auteur des propos pourra être personnellement poursuivi.

1191 *Forum de discussion* ◇ L'applicabilité de la loi de 1881 aux gestionnaires de forum de discussion s'est également posée dans les mêmes termes mais la réponse apportée est ici un peu plus complexe. Les gestionnaires peuvent eux aussi entrer dans la catégorie des éditeurs d'un service de communication au public en ligne, ce qui permet de leur faire application des dispositions de la loi de 1881. Mais là encore il importe de distinguer. Si le gestionnaire exerce un contrôle éditorial effectif sur le contenu des échanges réalisés sur son forum, et que les propos doivent donc être considérés comme ayant fait l'objet d'une fixation préalable à leur diffusion publique, il sera alors personnellement responsable des différents délits de presse pouvant être caractérisé. Dans le cas contraire, il sera simplement considéré comme hébergeur et pourra bénéficier du régime de responsabilité allégée ⁴¹⁹³.

La jurisprudence a cependant fait preuve de rigueur à l'égard de certains gestionnaires de forum lors de l'application du régime de responsabilité en cascade prévu à l'article 93-3 alinéa 2 de la loi de 1982. Alors même que des propos litigieux n'ont pas été considérés comme ayant fait l'objet d'une fixation préalable à la diffusion publique, certains juges ont cependant retenu la responsabilité du gestionnaire de forum, en tant cette fois que producteur et non plus comme directeur de publication. Dans ces espèces, les juges ont en effet pris le soin de constater qu'aucun directeur de publication n'ayant été désigné et les auteurs des messages étant restés inconnus, la responsabilité des propos devait incomber au gestionnaire du forum, non plus en tant que directeur de publication mais en tant que producteur ⁴¹⁹⁴. Appliquant la même logique, la Cour de cassation a censuré une décision des juges du fond qui avait considéré que le prévenu ne pouvait être inquiété en tant que directeur de publication, les messages en cause n'ayant pas fait l'objet d'une fixation préalable. La haute Cour a condamné ce raisonnement en reprochant aux juges de ne pas avoir recherché « si le directeur de la publication n'avait pas également la qualité de producteur au sens de l'article 93-3 » ⁴¹⁹⁵.

Le jeu des responsabilités ayant été exposé, voyons à présent les différents comportements sanctionnés sur le fondement de la loi de 1881.

B. Les comportements punissables

1192 **Sources** ◇ La loi du 29 juillet 1881, à laquelle renvoient les lois de 1982 (sur la communication audiovisuelle) et celle du 21 juin 2004 (loi LCEN sur la communication électronique), sanctionne principalement l'injure et la diffamation mais également d'autres délits spéciaux.

Avant de présenter ces différents comportements délictueux, précisons que le simple mensonge n'est pas un abus de la liberté d'expression. Dans une espèce où une personne se prévalait indûment d'être la fondatrice d'un certain nombre de musées consacrés au débarquement, la haute Cour a en effet affirmé que « la liberté d'expression est un droit dont l'exercice ne revêt un caractère abusif que dans les cas spécialement déterminés par la loi, et que les propos reproduits, fussent-ils mensongers, n'entrent dans aucun de ces cas » ⁴¹⁹⁶.

Pour les comportements sanctionnés, nous évoquerons la diffamation (1), l'injure (2), le régime de leur sanction (3), les provocations à commettre des crimes et délits (4) et enfin les autres comportements sanctionnés par la loi de 1881 (5).

1. La diffamation

1193 **Définition** ◇ L'article 29 alinéa 1^{er} de la loi de 1881 définit la diffamation comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ».

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser cette incrimination. Elle exige que cinq conditions cumulatives soient réunies.

– L'allégation doit porter sur un fait précis et déterminé. Le fait en question doit donc pouvoir être prouvé et l'expression d'une simple opinion ne saurait suffire à caractériser l'infraction.

– L'allégation doit être relative à des faits concernant l'honneur et la considération d'autrui, l'appréciation de ces éléments devant se faire *in abstracto*. Très récemment, la Cour de cassation a par exemple rappelé que le délit de diffamation est constitué lorsqu'une personne informe le public d'anciennes condamnations dont ont fait l'objet des hommes politiques même si celles-ci sont amnistiées ⁴¹⁹⁷.

– L'allégation doit viser une personne déterminée dont l'identification doit être aisée, même si elle n'est pas nommément désignée. Une simple insinuation peut cependant suffire.

– L'allégation doit être faite de mauvaise foi, celle-ci étant cependant bien souvent présumée. Dans le cadre de la recherche de cet élément

constitutif, le constat de l'intention malveillante peut être fait. Dans un arrêt du 17 octobre 2013, la Cour d'appel de Versailles a ainsi considéré que si la publication en ligne d'une décision de justice ne constitue pas en soi une diffamation, elle peut le devenir si elle a été faite avec malveillance ⁴¹⁹⁸.

– L'allégation doit enfin être publique. La diffamation proférée dans un contexte privé, tel un envoi de courrier électronique, ne relève pas dès lors de la législation spéciale sur les délits de presse mais de l'article R. 621-1 du Code pénal. La peine applicable est alors l'amende prévue pour les contraventions de première classe, soit seulement 38 euros. La jurisprudence propose une conception assez restrictive de l'exigence de publicité. Elle a ainsi considéré, dans un jugement du 9 juin 2006, que le caractère public de la diffamation pouvait faire défaut, même sur Internet ⁴¹⁹⁹. Les juges ont en effet considéré que les modalités de consultation du forum en question, supposant une identification et un mot de passe, s'analysaient en « un réseau fermé constitué par des personnes liées entre elles par une passion commune », ceci excluant la reconnaissance du caractère public des propos.

1194 ***Délai de prescription court*** ◇ Afin de favoriser au maximum la liberté d'expression, le législateur a octroyé un délai de prescription très court aux victimes de diffamation, celles-ci n'ayant que trois mois pour agir. La loi Perben II, du 9 mars 2004 ⁴²⁰⁰, a intégré dans la loi de 1881 un article 65-3 qui confère un délai de prescription plus long aux cas de diffamation les plus graves (diffamation relative à la discrimination au regard de la race, de l'appartenance religieuse ou à une ethnie...). Les victimes de ces faits délictueux disposent dorénavant d'un an pour agir.

1195 ***Défense*** ◇ La personne poursuivie pour diffamation dispose de deux moyens de défense. Elle peut tout d'abord invoquer l'exception de vérité, l'article 35 de la loi lui permettant dans certaines conditions aujourd'hui limitée de prouver les éléments qu'elle allègue. La vérité des faits diffamatoires pouvait ainsi être rapportée sauf si « l'imputation concerne la vie privée de la personne, se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années ou lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision » ⁴²⁰¹. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a

cependant, par un arrêt du 7 juin 2013⁴²⁰², déclaré le troisième cas d'exception de vérité contraire à la Constitution, préférant dès lors faire prévaloir le droit à la liberté d'expression et les droits de la défense. Il a été précédemment de même du second cas d'exception abrogé suite à une décision du Conseil constitutionnel du 20 mai 2011⁴²⁰³.

L'individu inquiété dispose également de la possibilité d'invoquer sa bonne foi. Cette cause d'exonération suppose alors la réunion de quatre critères cumulatifs. La personne mise en cause doit établir la prudence de ses propos, l'absence de volonté de nuire, un but légitime et une enquête sérieuse et contradictoire. Cette excuse a par exemple été invoquée à bon escient par Olivier Besancenot qui, après avoir évoqué dans son blog les dangers du pistolet à impulsion électronique « Taser », a été poursuivi pour propos diffamatoires par la société commercialisant ces appareils⁴²⁰⁴. Dans une décision de 28 janvier 2014, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que l'exigence du sérieux de l'enquête menée n'est pas subordonnée à la preuve de la vérité des faits⁴²⁰⁵.

La jurisprudence adapte son niveau d'exigence au support sur lequel intervient l'acte de diffamation. Elle fait donc preuve d'une plus grande clémence lorsque les propos sont publiés sur un blog ou dans un forum, une liberté de ton étant ici traditionnellement admise. Ainsi, l'auteur d'un blog n'est pas tenu d'avoir, préalablement à la diffusion de ses propos sur Internet, effectué une enquête sérieuse et objective, telle qu'elle est attendue d'un journaliste professionnel⁴²⁰⁶.

Si elles sont à certains égards légitimes, ces tolérances sont cependant de nature à contribuer au sentiment d'impunité des internautes. On regrettera également le manque de cohérence de la jurisprudence, la première chambre civile de la Cour de cassation ayant le 16 mai 2013⁴²⁰⁷, en contradiction avec la QPC susmentionnée, refusé le bénéfice de la bonne foi à des personnes ayant évoqué des condamnations amnistiées.

1196 *Droit de réponse* ◇ La victime de propos relevant du délit de diffamation dispose d'un droit de réponse. Ce droit spécifique est reconnu à l'article 13 de la loi de 1881 et parallèlement par la loi LCEN dans son article 6 IV, s'agissant des services de communication au public. Les modalités de la mise en œuvre de ce droit de réponse sont détaillées dans un décret d'application du 24 octobre 2007⁴²⁰⁸.

Ces textes prévoient que la personne visée bénéficie de ce droit indépendamment des demandes de correction ou de suppression du message. La demande est adressée au directeur de la publication. Elle doit préciser les références du message initial, la nature et la longueur de la réponse sollicitée.

Dans le cadre de l'usage d'Internet et lorsque la personne éditant à titre non professionnel a conservé l'anonymat, le demandeur peut s'adresser au fournisseur d'accès ou d'hébergement qui ensuite transmettra.

Le directeur de publication est tenu d'insérer, dans les trois jours de leur réception, les réponses de toutes personnes nommées ou désignées par les propos diffamatoires. Cette réponse doit toujours être gratuite. Il est tenu de cette réalisation sous peine de payer une amende de 3 750 euros.

La demande d'exercice du droit de réponse doit être présentée dans le même délai de prescription que celui applicable aux actions concernant la sanction des délits de presse, soit trois mois à compter du jour de la publication. La loi LCEN avait là encore envisagé le report du point de départ de ce délai, s'agissant des droits de réponse exercés relativement à un message communiqué par la voie électronique. Comme précédemment indiqué, le Conseil constitutionnel a censuré cette initiative ⁴²⁰⁹.

Dans son article 1^{er}, le décret d'application de 2007 précise que ce droit de réponse ne peut être octroyé lorsque les utilisateurs sont en mesure de formuler directement les observations qu'appelle de leur part un message qui les met en cause. Si cette disposition doit être entendue de manière restrictive, elle implique néanmoins que ce droit de réponse n'a pas lieu d'être s'agissant de propos tenus sur un forum de discussion, la personne visée étant en mesure de répondre immédiatement sur ce même espace d'échanges.

Le décret de 2007 prévoit enfin une possibilité de repentir pour l'auteur des propos diffamatoires. La demande d'exercice du droit de réponse devient ainsi sans objet si le directeur de publication modifie ou supprime le message incriminé dans les trois jours susmentionnés.

1197 ***Sanctions*** ◇ La sanction de la diffamation varie selon la personne visée et l'objet du propos tenu. S'il s'agit d'un particulier la peine encourue est de 12 000 euros d'amende, sans qu'une peine de prison ne soit prévue. Si

le propos visant cette personne est relatif à son origine, son appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, à son sexe, ses orientations sexuelles ou son handicap, la peine est alourdie à an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende ou l'une de ces deux peines seulement ⁴²¹⁰. La diffamation commise « envers les cours, les tribunaux, les armées de terre, de mer ou de l'air, les corps constitués et les administrations publiques » ⁴²¹¹ ou envers « des membres du ministère, des membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'Un des cultes salariés par l'État, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition » ⁴²¹², sera punie d'une amende de 45 000 euros.

2. L'injure

1198 *Texte* ◇ Ce délit est prévu à l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881. Il indique que « toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure ». C'est ainsi l'imputation ou non de faits désobligeants qui distingue l'injure de la diffamation. Une personne qui affirmerait qu'un autre individu est un « salaud » parce qu'il a volé le fisc pourrait être sanctionnée pour diffamation alors que si elle se contente de l'affubler de ce nom d'oiseau sans d'autres explications, elle commettrait alors le délit d'injure.

1199 *Lien avec la diffamation* ◇ Ce délit d'injure est cependant susceptible d'être absorbé par celui de la diffamation. Dans une décision du 23 juin 2009, la Cour de cassation a ainsi considéré que « les expressions outrageantes et injurieuses étant, en l'espèce, indivisibles des imputations diffamatoires et se confondant avec elles, le délit d'injure se trouvait absorbé par celui de la diffamation » ⁴²¹³.

1200 *Sanction* ◇ La sanction de l'injure est plus précise que celle de la diffamation. Quelle que soit la personne à l'égard de qui les faits sont commis, ils sont punis de 12 000 euros d'amende. La peine est aggravée lorsque les propos sont relatifs à l'origine, l'appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, au sexe, à l'orientation ou l'identité sexuelle ou au handicap. L'injure proférée est alors passible de 6 mois d'emprisonnement et de 22 500 euros d'amende ⁴²¹⁴.

Les propos injurieux dépourvus de caractère public et exprimés dans un contexte privé, ne relèvent pas de la législation spéciale sur les délits de presse mais de l'article R. 621-2 du Code pénal. La peine applicable est alors l'amende prévue pour les contraventions de première classe.

3. Les dispositions communes à la diffamation et à l'injure

1201 *Objet* ◇ Ces incriminations visent toutes deux à protéger une victime personne morale ou personne physique. La critique de la qualité d'un produit ou d'un service est par contre constitutive d'un acte de dénigrement, susceptible d'être sanctionné sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile. Ainsi, dans une espèce où un critique gastronomique comparait un vin à « une caricature de piquette chimique », la Cour de cassation a refusé de faire application des délits de diffamation ou d'injure, considérant qu'« aucune référence n'[était] faite à une personne physique ou morale »⁴²¹⁵.

Par ailleurs, dans le cadre de ces deux incriminations, les faits peuvent être caractérisés lorsqu'une information est seulement dubitative ou lorsqu'elle vise une personne non expressément nommée mais qu'il est possible d'identifier.

L'article 34 de la loi de 1881 précise également que les peines susmentionnées ne sont « applicables aux diffamations ou injures dirigées contre la mémoire des morts que dans le cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants ».

1202 *Délai de prescription* ◇ La possibilité de répression des diffamations et des injures s'avère évidemment limitée dans le temps. En vertu de l'article 65 de la loi de 1881, le délai de prescription applicable en matière de délits de presse est en effet seulement de trois mois. Ce délai court à compter du premier acte de publication, c'est-à-dire la date à laquelle le message a été mis pour la première fois à disposition des utilisateurs.

Dans un arrêt en date du 15 mai 2013, la Cour d'appel de Paris a rejeté la demande du Centre national privé de formation à distance en vue de faire condamner la société Google pour injure publique⁴²¹⁶. Elle a considéré que la prescription de l'action était acquise, la première mise

en ligne de la suggestion « CNFDI arnaque » datant de plus de trois mois. La Cour a également précisé que la même suggestion dans les résultats associés, en bas de la page de recherche, ou dans la « roue magique », c'est à dire l'ancienne présentation par arborescence des résultats, ne constitue pas une seconde publication faisant courir un nouveau délai de prescription.

Une décision du 18 mars 2013 vient cependant de préciser que la création d'un lien hypertexte doit être analysée comme une nouvelle mise à disposition du texte auquel ce lien renvoie, ce qui fait courir un nouveau délai de prescription de 3 mois ⁴²¹⁷.

Par le biais de son article 6-V, la loi pour la confiance dans l'économie numérique avait envisagé de reporter le point de départ de ce délai s'agissant des messages communiqués en ligne ⁴²¹⁸. L'article proposait de faire courir la prescription à compter de la cessation de la mise à disposition du public, ce qui s'avérait indiscutablement plus protecteur. Cette proposition a cependant été censurée par le Conseil constitutionnel, dans une décision du 10 juin 2004, les sages ayant considéré que les dispositions méconnaissaient le principe d'égalité devant la loi ⁴²¹⁹. Un alignement a donc été réalisé sur les dispositions de la loi de 1881.

Dans l'intérêt de victimes quelques aménagements ont cependant été opérés s'agissant de certaines infractions de presse. La loi Perben II, du 9 mars 2004 ⁴²²⁰, a ainsi intégré dans la loi de 1881 un article 65-3 qui confère un délai de prescription plus long en cas de provocations à la discrimination, à la haine, ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. L'extension du délai concerne, ce qui nous intéresse ici, les diffamations ou injures commises pour ces mêmes raisons ⁴²²¹. Les victimes de ces faits délictueux disposent dorénavant d'un an pour agir. Cette nouvelle disposition a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, les requérants considérant que cette différence de longueur des délais de prescription portait atteinte au principe d'égalité devant la loi et la justice. Le 12 avril 2013, le Conseil constitutionnel a jugé cette disposition conforme à la Constitution, estimant que la disparité de traitement résultant de l'instauration de ces délais de prescription particuliers ne revêt pas un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi consistant à faciliter la poursuite des auteurs de ces propos diffamatoires ⁴²²².

Une nouvelle loi du 27 janvier 2014 ⁴²²³ a permis d'étendre l'application du délai de prescription d'un an aux infractions consistant à provoquer à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap. Les diffamations ou injures commises pour ces mêmes raisons profitent là encore de l'allongement du délai de prescription. Le législateur a dès lors entendu harmoniser les délais et offrir les mêmes dispositions protectrices à l'ensemble des propos ayant un caractère discriminant.

4. Les provocations à commettre des crimes et des délits

1203 *Texte* ◇ Après modification apportée par la loi LCEN, l'article 23 de la loi de 1881 sanctionne les provocations aux crimes et aux délits lorsqu'elles sont réalisées par tout moyen de communication au public par voie électronique. Internet constituant un redoutable outil de propagande, le législateur s'est donné les moyens de poursuivre toutes personnes qui pervertiraient ce formidable outil de communication pour inciter à la commission d'actes répréhensibles.

Les provocations suivies d'effets sont quant à elles sanctionnées au titre de la complicité, la peine applicable étant celle encourue par l'auteur principal des faits commis. La même solution s'applique si la provocation a conduit à une tentative de crime.

La loi pour la liberté de la presse prévoit par contre ses propres sanctions lorsque la provocation est restée sans suite.

1204 *Sanctions* ◇ Ainsi sera puni de 5 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende celui qui aura incité à commettre des atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité physique, des agressions sexuelles, des vols, des extorsions et des destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes, des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, des actes de terrorisme. Est sanctionné des mêmes peines le fait de faire l'apologie des actes de terrorisme, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi.

Est également punie de 1 an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines, toute personne qui aura « provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une

personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » ⁴²²⁴. La même peine s'applique à ceux qui « auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes »... des actes de discrimination ⁴²²⁵.

En vertu de ces dispositions des sanctions ont ainsi été prononcées à l'égard de personnes ayant tenu des propos antisémites par le biais de leur site Internet ⁴²²⁶ ou qui par leurs propos ont « instillé la haine et exhortent à la violence contre les personnes à raison de leur religion » ⁴²²⁷.

Si l'on peut se réjouir de la complétude de ce dispositif répressif d'incitation à la commission de crimes et de délits, on regrette cependant que bon nombre de sites au contenu potentiellement condamnable, bien que proposés en langue française, soient hébergés à l'étranger afin d'échapper plus aisément à la compétence des juridictions françaises.

5. Les autres comportements sanctionnés par la loi de 1881

1205 *Diverses atteintes à la dignité ou à l'honneur de la personne* ◇ La présentation n'a pas ici la prétention d'être exhaustive et a pour seule ambition de faire prendre conscience de la diversité des comportements sanctionnés sur le fondement de la loi de 1881, ceux-ci pouvant être considérés comme autant de limites à la liberté d'expression.

Au-delà de l'incrimination de la diffamation et de l'injure, cette législation propose des dispositions permettant de sanctionner des atteintes particulières à la considération de la personne. Bénéficient ainsi d'une protection spéciale les personnes mises « en cause à l'occasion d'une procédure pénale mais n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de condamnation ». L'article 35 *ter* de la loi interdit en effet tout propos qui viserait à indiquer qu'elles sont placées en détention provisoire ou toute image qui les ferait apparaître portant des menottes ou des entraves. Ce même texte sanctionne également tout « sondage d'opinion, ou toute autre consultation, portant sur la culpabilité d'une personne mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale ou sur la peine susceptible d'être prononcée à son encontre ». Dans le même esprit, l'article 35

quater interdit toute reproduction, « des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime » et qu'elle n'y aurait pas consenti. L'article 39 *quinquies* punit enfin la diffusion, « par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, des renseignements concernant l'identité d'une victime d'une agression ou d'une atteinte sexuelle ou l'image de cette victime lorsqu'elle est identifiable ».

1206 *Propos négationnistes* ◇ Dans un tout autre domaine, la loi Gayssot du 13 juillet 1990 ⁴²²⁸ a complété le dispositif de 1881 en y intégrant les articles 24 *bis* et 32 alinéa 2 permettant de sanctionner les propos négationnistes diffusés sur le Net.

1207 *Chef de l'État et agents diplomatiques* ◇ Des dispositions de la loi pour la liberté de la presse organisent par ailleurs la sanction de « délits contre la chose publique ». Est ainsi punie d'une amende de 45 000 euros, « l'offense au Président de la République » ⁴²²⁹. Cette infraction spéciale risque cependant d'être abrogée suite à la médiatique affaire du « casse-toi pov' con » lancé à la figure de l'ancien Président Sarkozy. Suite à sa condamnation au paiement d'une amende symbolique de 30 euros avec sursis, le requérant avait saisi la Cour européenne des droits de l'homme considérant que cette décision portait atteinte à sa liberté d'expression telle que garantie par l'article 10 de la Convention. Dans un arrêt du 14 mars 2013 ⁴²³⁰, la CDEH lui a donné raison ce qui devrait conduire à faire disparaître cette infraction spéciale de notre dispositif répressif, de tels propos étant susceptibles de tomber sous le coup des incriminations de diffamation et d'injure envers les représentants de l'autorité publique.

Les agents diplomatiques étrangers bénéficient également d'une protection qui leur est propre sur le fondement de l'article 37 de cette loi.

1208 *Diffusion de nouvelles fausses* ◇ Pour finir cette liste non exhaustive, on peut enfin indiquer que l'article 27 sanctionne le délit de fausses nouvelles. Cette infraction est caractérisée par « la publication, la diffusion ou la reproduction, par quelque moyen que ce soit, de nouvelles fausses, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers ». Pour punir l'auteur de ces faits le juge doit caractériser la mauvaise foi et prouver que l'information erronée est en

mesure de troubler la paix publique. Ces faits sont passibles d'une amende de 45 000 euros. La peine passe à 135 000 euros « lorsque la publication, la diffusion ou la reproduction faite de mauvaise foi sera de nature à ébranler la discipline ou le moral des armées ou à entraver l'effort de guerre de la Nation ».

Si, comme on vient de le voir, le volet pénal de la loi pour la liberté de la presse s'avère conséquent et donc en mesure de permettre la sanction de bon nombre d'abus de la liberté d'expression, d'autres peuvent encore être réprimés sur le fondement de textes différents.

§ 2. Les abus sanctionnés en dehors de la loi relative à la liberté de la presse

- 1209** Si la loi de 1881 est au cœur du dispositif répressif des abus de la liberté d'expression (B), des actions peuvent également être engagées sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile et pénale (A).

A. Les abus de la liberté d'expression sanctionnés par la responsabilité civile

- 1210** *Les abus de la liberté d'expression constitutifs d'atteintes à la vie privée ou à l'image* ◇ Des actions en vue de prévenir le trouble subi ou de le faire cesser ou encore d'obtenir réparation des dommages résultant d'un tel abus peuvent être engagées sur le fondement de l'article 9 du Code civil. S'il est classiquement fait application des solutions précédemment exposées ⁴²³¹, le juge doit ici faire face à une difficulté particulière. Il est en effet confronté au télescopage de deux droits de même valeur. Dans une décision du 9 juillet 2003, la Cour de cassation pose clairement le problème affirmant « que les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du Code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime » ⁴²³². En effet ni le droit au respect de la vie privée ou de l'image, ni celui à la liberté d'expression, n'étant absolu, le juge devra arbitrer leur coexistence. Une récente étude semble indiquer que le droit à la vie privée serait actuellement en déclin face à

la liberté d'expression, le premier ayant tendance à assez largement s'effacer lorsqu'il est confronté au droit à l'information du public ⁴²³³.

1211 *Les abus de la liberté d'expression constitutifs d'actes de dénigrement* ◇ Le droit commun de la responsabilité civile est également susceptible d'être invoqué en cas d'abus de la liberté d'expression caractérisant un fait de dénigrement. Il s'agit d'un acte de concurrence déloyale consistant à jeter publiquement le discrédit sur une personne ou une entreprise, par la critique de ses produits ou de son travail, dans le but de lui nuire. Contrairement aux délits de diffamation et d'injure qui sanctionnent des atteintes visant directement une personne physique ou une personne morale, la critique est ici spécialement réalisée relativement à un produit ou à un service.

Ainsi, dans une espèce dans laquelle un critique gastronomique comparait un vin à « une caricature de piquette chimique », la Cour de cassation a refusé de faire application des délits de diffamation ou d'injure, considérant qu'« aucune référence n'[était] faite à une personne physique ou morale » ⁴²³⁴. De tels propos s'avèrent constitutifs d'un acte de dénigrement dont les conséquences dommageables peuvent être réparées sur le seul fondement de l'article 1382 du Code civil. Dans une autre affaire ayant donné lieu à un arrêt du 8 avril 2004, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait déjà affirmé que des appréciations, même excessives, touchant les produits, les services ou les prestations d'une entreprise industrielle ou commerciale ne peuvent être poursuivies que sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun ⁴²³⁵.

Sous peine de voir son action rejetée, le demandeur doit correctement opérer la distinction entre fait de dénigrement et délits de diffamation ou d'injure. Il devra également veiller à ne pas se laisser surprendre par les délais de prescription. Si une action pour acte de dénigrement permet d'agir sereinement dans les 5 années qu'offre l'application de la prescription de droit commun, il est par contre nécessaire d'agir très rapidement sur le fondement des délits de presse, le délai n'étant alors que de trois mois.

De manière regrettable au regard de ces délais, la jurisprudence tend à adopter une conception restrictive du domaine de l'action en dénigrement. Elle considère en effet que lorsque les propos incriminés sont assez précis pour permettre l'identification du fabricant des produits

ou des services critiqués, leur auteur doit être poursuivi sur le fondement de la diffamation ⁴²³⁶.

La Cour de cassation s'avère par ailleurs moins encline à condamner pour dénigrement lorsque les propos contestés émanent d'un organe d'expression collective, telle une association. Elle considère alors que le droit à la liberté d'expression doit l'emporter et que seuls les propos extrêmes doivent faire l'objet d'une sanction. Invoquant le but d'intérêt général, la haute Cour a par exemple fait preuve de clémence dans le cadre des campagnes choc menées par l'association Greenpeace contre les groupes pétroliers et nucléaires ⁴²³⁷.

B. Les abus de la liberté d'expression sanctionnés par la responsabilité pénale

1212 On se contentera essentiellement de rappeler ici que tous propos diffamatoires ou injurieux dépourvus de caractère public sont sanctionnés sur le fondement des articles R. 621 et 2 du Code pénal. Ainsi les propos échangés sur les messageries privées ne sont pas susceptibles de donner lieu à une sanction relevant des délits de presse.

On peut enfin évoquer le délit d'outrage. Sanctionnée aux articles 433-5 et suivants du Code pénal, cette infraction consiste en une expression menaçante, diffamatoire ou injurieuse, propre à diminuer l'autorité morale d'une personne investie d'une des fonctions de caractère public désignées par la loi (magistrat, fonctionnaire de police.).

Lorsque les propos portent spécialement atteinte à la moralité d'un mineur, le juge invoquera spécialement le délit d'outrage aux bonnes mœurs prévu par l'article 227-34 du Code pénal.

1213 ***Conclusion*** ◇ Si l'usage d'Internet est l'occasion de nombreux abus de la liberté d'expression, le dispositif répressif permettant de les sanctionner apparaît assez complet. Malgré cette impression première, les comportements frauduleux ne sont que trop rarement réprimés, ce qui contribue à entretenir le sentiment d'impunité des internautes. Le Net ayant été perçu dès son origine comme un espace de non-droit, beaucoup considèrent que la liberté d'expression y est absolue, autorisant ainsi tous les écarts. L'encrage profond de cette idée explique aussi probablement le fait que trop peu de plaintes sont déposées.

Les potentielles victimes sont par ailleurs confrontées au problème de

la preuve des délits commis sur Internet. Le propos y est en effet volatil, les commentaires désobligeants pouvant disparaître aussi rapidement qu'ils sont apparus. Du fait de l'usage de pseudonymes, la poursuite de l'auteur des faits est également rendue délicate même si, on l'a vu, elle n'est pas impossible, une demande d'identification pouvant être exprimée auprès du fournisseur d'accès ⁴²³⁸.

Face à ces difficultés de répression des abus commis sur Internet, les politiques réfléchissent à l'encadrement de l'exercice de la liberté d'expression sur la toile. La sénatrice Esther Benbassa a proposé d'animer un groupe de réflexion pour « faciliter la répression des propos sur les réseaux sociaux ». Elle a été entendue. Si le dépôt d'un projet de loi semble être envisagé, le Conseil national du numérique n'a pas, à notre connaissance, encore été consulté, sa fonction étant pourtant de conseiller le gouvernement dans l'élaboration de ce genre de réforme. Il est cependant en mesure de s'auto-saisir.

La réforme envisagerait de mieux encadrer la liberté d'expression. Une des propositions consiste à intégrer dans le Code pénal un certain nombre d'infractions de la loi pour la liberté de la presse, ce qui conférerait plus de pouvoir au juge pour sanctionner les abus (recours à la détention provisoire, possibilité de réaliser un contrôle judiciaire...). Une harmonisation des délais de prescription est également envisagée, l'actuel délai de trois mois apparaissant trop peu protecteur. Le 7 février 2013, lors d'une présentation au Sénat, Najat Vallaud-Belkacem, actuelle porte-parole du gouvernement, a affirmé « nous aurons peut-être la main tremblante au moment de modifier la loi de 1881, mais sachez que cette main sera néanmoins ferme et déterminée. Je veux le redire ici : Internet ne doit pas être une zone de non-droit, un sanctuaire. »

À l'inverse de cette tendance de restriction de la liberté d'expression, un autre projet vise au contraire à protéger cette liberté. Le Conseil national du numérique a en effet été chargé d'examiner la question de la Net Neutralité ⁴²³⁹. Ce principe, existant en substance dès la création du réseau numérique, a été formalisé en 2003 dans un article de Tim Wu ⁴²⁴⁰. Si au regret de beaucoup, il n'a pas été expressément formulé dans les directives communautaires de 2009 relatives à la télécommunication ⁴²⁴¹, il y apparaît cependant en filigrane. Doit être garantie, en vertu de ce principe, l'égalité de traitement de tous les flux de données sur Internet. Aucune discrimination ne doit être réalisée que ce soit au niveau de la source de l'information transmise, de sa destination ou de son contenu. Le Conseil du numérique a considéré dans un avis de mars 2013 que la

liberté d'expression était insuffisamment protégée face au développement des pratiques de filtrage, de blocage et de censure des propos, contraires à ce principe ⁴²⁴². Une réglementation devrait pouvoir assez rapidement être élaborée, la Commission industrie, transports, énergie (ITRE) du Parlement européen ayant adopté, le 18 mars 2014, un rapport sur le règlement relatif au Marché unique européen des télécommunications dans lequel il est indiqué que « les fournisseurs internet ne pourront plus bloquer ou ralentir les services fournis par leurs concurrents » ⁴²⁴³.

Les rédacteurs de la possible réforme à venir auront donc la difficile tâche de trouver le juste équilibre entre favorisation et encadrement de la liberté d'expression.

CHAPITRE 3

L'USAGE DES NOUVELLES TECHNOLOGIES SUR LE LIEU DU TRAVAIL

Section 1. LE DEVOIR DE LOYAUTÉ DU SALARIÉ

Section 2. LE DROIT DE CONTRÔLE DE L'EMPLOYEUR ET SES LIMITES

§ 1. La légitimité des procédés de contrôle utilisés

§ 2. L'encadrement du pouvoir de contrôle de l'employeur

- A. Le principe de transparence
- B. Le principe de finalité
- C. Le principe de proportionnalité
- D. Le principe de l'inviolabilité de la vie privée
et des correspondances

1214 ***Introduction*** ◇ De manière générale et ici dans le cadre particulier du travail, l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication doit se faire dans le respect de principes contradictoires. Si la subordination inhérente au contrat de travail n'est pas à elle seule de nature à priver le salarié de ses droits fondamentaux, ceux-ci devant être respectés, l'obligation d'exécution loyale de sa mission, de même que l'octroi d'un pouvoir de contrôle à l'employeur conduit à légitimer diverses restrictions de libertés.

Internet est devenu un outil de travail, au même titre que le téléphone, et peut dès lors faire l'objet d'une surveillance étroite de l'employeur. Le salarié est cependant en droit d'en faire un usage privé sur ses temps de poses. La surveillance de l'employeur ne doit pas être attentatoire à la vie privée du salarié mais ce dernier ne doit pas non plus faire un usage personnel abusif de son ordinateur, susceptible de nuire à sa

productivité.

Le développement des technologies a par ailleurs permis la mise en place de procédés de contrôles novateurs devant être particulièrement encadrés, tels la vidéosurveillance, la géolocalisation ou le recours à la biométrie.

La Cnil s'intéresse particulièrement à ce cadre professionnel potentiellement attentatoire à la protection des données personnelles et de la vie privée. Dès 2001 elle a ainsi rendu un rapport sur la « cybersurveillance » des salariés par leur employeur ⁴²⁴⁴. En janvier 2013, à l'occasion de la 7^e journée européenne de la protection des données personnelles et de la vie privée, elle a édité un certain nombre de fiches pratiques permettant de guider les professionnels afin que leurs procédures de contrôle des travailleurs soient respectueuses de la vie privée des salariés et que ces derniers aient connaissance de leurs droits ⁴²⁴⁵. Par la rédaction de son rapport annuel, la Cnil réalise par ailleurs une sorte de veille juridique des plaintes en la matière. Dans la version 2013 de ce document, on apprend que les plaintes de salariés relatives à la gestion des données personnelles au travail ont représenté en 2012 plus de 10 % des doléances reçues par la Cnil ⁴²⁴⁶. Si seulement 17 de celles-ci ont donné lieu à des mises en demeure, ce pourcentage élevé est cependant révélateur de l'inquiétude des travailleurs et des potentiels abus réalisés.

Les solutions dégagées par le législateur et la jurisprudence s'articulent entre l'affirmation d'un devoir de loyauté mis à la charge du salarié et la reconnaissance d'un droit de contrôle de l'employeur. Les prérogatives de ce dernier sont encadrées par la formulation de principes qui sont pour lui autant d'obligations à respecter.

SECTION 1. LE DEVOIR DE LOYAUTÉ DU SALARIÉ

- 1215** *Usage privé d'Internet au travail* ◇ Le salarié étant avant tout sur son lieu de travail pour apporter ses compétences à son employeur, il n'est pas censé user de son temps rémunéré pour passer des communications personnelles ou faire un usage privé de son ordinateur. L'employeur doit cependant faire preuve d'un certain niveau de tolérance pour admettre une utilisation personnelle de l'outil de travail. Le temps passé pour une consultation privée d'Internet représente néanmoins un

coût considérable pour l'employeur et il importe donc que le salarié n'abuse pas de cette faveur, son utilisation du téléphone ou de la connexion Internet devant se faire dans le respect de l'obligation générale de loyauté qui lui incombe envers son employeur. Ce principe a été posé par la jurisprudence et est fréquemment confirmé ⁴²⁴⁷. L'enjeu consiste ici à trouver la juste mesure de l'application de cette règle.

1216 *Temps raisonnable de consultation* ◇ Les juges s'avèrent traditionnellement assez cléments à l'égard des salariés, ne les sanctionnant en validant leur licenciement que dans les cas les plus flagrants d'abus. Ainsi la Cour de cassation a pu considérer qu'un licenciement pour faute grave était fondé dès lors que le salarié avait réalisé dans le mois 41 heures de consultation privée d'Internet ⁴²⁴⁸. Elle a adopté la même solution s'agissant d'un employé ayant effectué 10 000 connexions pendant une période de plus de deux semaines ⁴²⁴⁹. De manière anecdotique, a également été jugé justifié le licenciement d'un homme ayant entretenu une correspondance soutenue sur son lieu de travail avec un subordonné, qui plus est en se faisant passer pour une femme ⁴²⁵⁰. La Cour de cassation a ici estimé que « sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, (la cour a pu) considérer que ces agissements constitutifs de violence morale justifiaient la rupture immédiate (du) contrat de travail et constituaient une faute grave ». Des salariés ont également été sanctionnés pour avoir réalisé des paris sportifs en ligne, ceux-ci étant interdits sur le lieu de travail ⁴²⁵¹. La cour d'appel de Bordeaux a par contre affirmé que l'utilisation privée d'Internet une heure par semaine durant le travail n'est pas abusive ⁴²⁵².

La question de la consultation de sites pornographiques durant le temps de travail est également très fréquemment soulevée devant les juges. Si la Cour de cassation admet le principe d'un licenciement fondé sur l'invocation de ce comportement, les solutions s'avèrent variables. Dans deux décisions rendues le 10 mai 2012, la Cour de cassation a en effet adopté des solutions contraires. Dans l'une, elle valide le licenciement en relevant que « le salarié avait utilisé de manière répétée pendant les heures de service les ordinateurs que son employeur avait mis à sa disposition pour l'exécution de sa prestation de travail en se connectant pendant les heures de service, au vu et au su du personnel, à des sites pornographiques sur Internet » ⁴²⁵³. Dans l'autre, elle refuse de considérer qu'une telle pratique justifie le licenciement, alors pourtant

que le règlement intérieur de l'entreprise interdisait expressément de telles consultations et que celles-ci ont par ailleurs provoqué l'introduction d'un virus détériorant le système informatique de l'entreprise ⁴²⁵⁴. La Cour de cassation prend ici le soin de relever que « la pratique existait dans l'entreprise même en l'absence du salarié », semblant ainsi responsabiliser l'employeur pour avoir toléré cette habitude. Dans la même politique de clémence, d'autres juges ont estimé que la conservation de seulement trois fichiers à caractère pornographique ne pouvait légitimer un licenciement, ces faits ne constituant pas un usage abusif affectant le travail du salarié ⁴²⁵⁵. De manière toute légitime, la Cour de cassation a encore estimé que le fait de recevoir ce genre d'images en pièces jointes de mails ne pouvait suffire à justifier la rupture du contrat de travail ⁴²⁵⁶.

La Cour de cassation tente de définir le niveau du seuil de tolérance au-delà duquel l'usage d'Internet devient abusif et n'entend pas laisser l'appréciation de la faute grave de nature à justifier la rupture du contrat de travail à l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle a par ailleurs pris soin de préciser que l'usage personnel intensif d'Internet reste une faute même si l'ampleur de la consultation s'avère sans conséquence pour l'employeur. La preuve d'un quelconque préjudice subi n'est donc pas requise ⁴²⁵⁷.

La question s'est par ailleurs posée de savoir si l'employé était en droit de verrouiller l'accès à son ordinateur par un mot de passe. Si la Commission informatique et libertés a précisé qu'une telle possibilité octroyée ne faisait pas de l'ordinateur de travail un appareil privé, la Cour de cassation a en outre considéré qu'un chiffrement volontaire de l'accès aux données, sans autorisation de l'employeur, était constitutif d'une faute grave ⁴²⁵⁸.

Si l'employeur peut prétendre à ce que ses salariés respectent leur devoir de loyauté à son égard, il est également en droit de mettre en place un certain nombre de contrôles de l'usage d'Internet au sein de son entreprise.

SECTION 2. LE DROIT DE CONTRÔLE DE L'EMPLOYEUR ET SES LIMITES

1217 Plusieurs raisons militent pour le droit à l'installation d'un certain

nombre de procédés de contrôle de l'usage que les salariés font d'Internet (§ 1). Au regard des risques qu'ils font encourir aux droits fondamentaux de ces derniers, la mise en place de ces différents dispositifs doit néanmoins se faire dans le respect de certaines règles (§ 2).

§ 1. La légitimité des procédés de contrôle utilisés

1218 *Prohibition du procédé clandestin de contrôle* ◇ La situation est parfaitement résumée dans une formule fréquemment reprise dans les arrêts de la Cour de cassation, celle-ci ayant pris l'habitude d'affirmer « que l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail ; que seul l'emploi de procédé clandestin de surveillance est illicite » ⁴²⁵⁹.

Au sein de son entreprise, l'employeur est en effet en droit de fixer les règles qui lui garantiront la meilleure productivité, la consultation privée d'Internet par ses salariés constituant pour lui un coût et donc une moins-value. Il est également en mesure de limiter l'usage d'Internet dans l'objectif tout aussi légitime d'assurer la sécurité de son réseau, la consultation de certains sites particulièrement pollués étant susceptible de provoquer l'introduction de virus dans le système de l'entreprise.

Il ne faut pas non plus oublier que, en tant que commettant, l'employeur est civilement responsable des faits commis par ses préposés dans le cadre de leurs fonctions ⁴²⁶⁰. Ainsi la cour d'appel d'Aix-en-Provence a condamné un chef d'entreprise pour l'utilisation préjudiciable d'Internet par l'un de ses salariés, celui-ci ayant critiqué une société concurrente dans une page personnelle sur le web. La Cour a ici précisé que l'employeur aurait dû « contrôler le bon usage par les salariés d'un outil appartenant à l'entreprise » ⁴²⁶¹. La responsabilité pénale du dirigeant est également susceptible d'être aisément engagée, la jurisprudence faisant usage à son égard d'une présomption de faute de surveillance. Un certain nombre d'actes dommageables étant susceptibles d'être réalisés par le truchement d'Internet, il s'avère donc normal que l'employeur soit en mesure de contrôler l'usage qu'en font ses salariés.

1219 *Contrôle des connexions* ◇ Plusieurs procédés sont en mesure de limiter les connexions. Certains relèvent d'un contrôle *a priori* de l'accès

à Internet, tandis que d'autres permettent un examen *a posteriori* de l'usage qui est fait de l'ordinateur.

On peut mettre dans la catégorie des premiers procédés, tous ceux qui conduisent à la mise en place de filtrage de sites non autorisés. À ce titre sont souvent interdites les pages à caractère pornographique. Il est également possible d'installer des pare-feu. Les connexions à des forums ou des chats peuvent être rendues impossibles, de même que la réalisation de téléchargement. Bien souvent l'accès à une messagerie personnelle est empêché.

Les procédés de contrôle *a posteriori* permettent à l'employeur d'effectuer une surveillance poste par poste afin d'analyser les données de connexion. Un tel examen permet de savoir quand le salarié allume son ordinateur et quand il l'éteint le soir, ce qui s'avère un moyen indirect de contrôler son temps de présence. La durée de connexion peut également être connue. La mise en place d'autocommutateurs offre la possibilité de réaliser un historique des pages Internet consultées. Ce procédé, fréquemment installé dans les entreprises pour contrôler l'usage du téléphone, vise à réaliser un suivi des communications par une identification des premiers chiffres du numéro d'appel. Dans le cadre de l'usage d'Internet, ces commutateurs permettent d'enregistrer les adresses mails utilisées ainsi que les sites web consultés. L'analyse menée grâce à cet outil donne l'occasion de connaître les goûts et les possibles tendances sexuelles ou politiques des salariés. En raison des risques d'atteintes à la vie privée et aux données personnelles que génère cette pratique, sa mise en place doit être étroitement surveillée. Ces commutateurs pouvant être considérés comme des moyens de traitement de données à caractère personnel, leur installation est heureusement soumise aux respects de formalités préalables auprès de la Commission nationale informatique et libertés ⁴²⁶².

1220 *Représentants du personnel* ◇ On précise enfin que l'employeur doit être particulièrement vigilant lors de la mise en œuvre de ces différents procédés de contrôle à l'égard des représentants du personnel, ces employés particuliers bénéficiant d'un traitement à part. Cela a été explicitement reconnu par la Cour de cassation dans une décision du 6 avril 2004, relative au contrôle des communications. Elle y affirme que « pour l'accomplissement de leur mission et la préservation de la confidentialité qui s'y attache, les salariés investis d'un mandat électif ou

syndical dans l'entreprise doivent pouvoir y disposer d'un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs communications et l'identification de leurs correspondants ». Ils doivent donc disposer d'une ligne téléphonique non connectée à l'autocommutateur. Une délibération de la Cnil, relative à la mise en place de badges ⁴²⁶³, prend également le soin de préciser qu'un tel dispositif ne doit pas entraver la liberté d'aller et de venir des représentants du personnel et qu'il ne doit pas non plus être utilisé pour vérifier le respect de leurs heures de délégation. Ces dérogations d'application des procédés de contrôle au bénéfice des représentants du personnel doivent indiscutablement être étendues à la surveillance réalisée sur les connexions Internet.

Si la légitimité du pouvoir de contrôle de l'employeur est indiscutable, il doit néanmoins être encadré.

§ 2. L'encadrement du pouvoir de contrôle de l'employeur

- 1221** *Présentation* ◇ Au regard des risques susmentionnés, le législateur, la jurisprudence et la Commission nationale informatique et libertés veillent à encadrer la mise en place des procédés de contrôle visant à surveiller les salariés et spécialement l'usage qu'ils font d'Internet. La Cnil a d'ailleurs exprimé sa doctrine sur la cybersurveillance dans une délibération en date du 5 février 2002 ⁴²⁶⁴.

Lors de la mise en place de ces différents procédés de contrôle, l'employeur est tenu de respecter un certain nombre d'obligations qui peuvent s'exprimer par la formulation de grands principes : le principe de transparence (A), de finalité (B), de proportionnalité (C) et celui de l'inviolabilité des correspondances (D).

A. Le principe de transparence

- 1222** *Sources* ◇ Ce principe trouve sa source dans deux textes. Dans la loi informatique et libertés de 1978 qui impose une obligation d'information au bénéfice des personnes concernées par le traitement. De même que dans l'article L. 1222-4 du Code du travail qui dispose qu'« aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ».

1223 *Contenu* ◇ En vertu de cette règle de transparence, le salarié doit être informé préalablement à la mise en place d'un procédé de contrôle sur l'utilisation de son ordinateur professionnel. Lorsque la société dispose d'un comité d'entreprise l'information doit également être portée à la connaissance de celui-ci, l'article L. 2323-32 du Code de travail disposant que « le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés ». L'article L. 2323-13 du même code prévoit également la consultation du comité d'entreprise « préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur... les conditions de travail ». Il est alors prévu que « les membres du comité reçoivent un mois avant la réunion des éléments d'informations sur ces projets » ⁴²⁶⁵. Le comité technique paritaire ou toute instance équivalente est compétent lorsque le procédé de contrôle est installé au sein d'entités relevant de la fonction publique. Dans les deux cas, ces organes doivent être tenus informés de toutes modifications des modalités de la surveillance effectuée.

1224 *Information préalable et consultation* ◇ Si ces instances représentatives ne rendent que des avis, insusceptibles de lier le responsable de la structure, cette exigence d'information préalable est cependant appliquée de manière très formaliste par la Cour de cassation. Celle-ci a ainsi sanctionné une absence de consultation relative à la mise en place d'un procédé de vidéosurveillance, alors même que les caméras étaient installées de façon visible et que de multiples affichettes prévenaient de leur présence. La Cour en a néanmoins profité pour réaffirmer le principe selon lequel « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas fait l'objet, préalablement à son introduction, d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise » ⁴²⁶⁶. En vertu de l'article L. 1321-4 du Code du travail, lorsque l'information relative à ces procédés de contrôle est transmise par le biais d'un document qui évoque la possibilité de sanctions résultant de cette nouvelle technique de surveillance, celui-ci doit être communiqué à l'inspection du travail car il est alors assimilé à un complément de règlement intérieur.

Le Code du travail précise encore que l'information communiquée doit être précise et délivrée sous forme écrite ⁴²⁶⁷. La Cnil préconise qu'elle soit dispensée à titre individuel à l'ensemble des salariés, ce qui exclut une information délivrée par voie d'affichage. Le meilleur procédé consiste dans la signature d'une charte informatique qui détaille toutes les modalités du procédé de contrôle mis en place ⁴²⁶⁸. Une telle charte est idéalement annexée au règlement intérieur et doit alors respecter les mêmes exigences procédurales (consultation du comité d'entreprise, communication à l'inspection du travail, dépôt auprès du conseil de prud'hommes et affichage). Il peut être fait mention de l'existence de cette charte informatique directement dans le contrat de travail. En plus de la signature de ce genre d'outil de communication, il est conseillé à l'employeur d'effectuer des rappels fréquents aux salariés sous la forme de notes de service, voire même directement sur les pages d'écran.

Les tribunaux ont reconnu la validité de ces chartes informatiques ainsi que leur opposabilité aux salariés. Ils ont parfois même autorisé des licenciements fondés sur la violation de celles-ci. Dans un arrêt de décembre 2006, la Cour de cassation a ainsi admis que le comportement du salarié « contraire à l'obligation de respect de la charte informatique en vigueur dans l'entreprise, rendait impossible son maintien dans l'entreprise... et constituait une faute grave » ⁴²⁶⁹.

Si l'exigence de transparence est posée par les textes, les effets de son non-respect n'ont par contre pas été prévus, le législateur n'ayant spécifié aucune sanction particulière. L'invocation du droit commun est cependant en mesure de rendre effective cette obligation d'information préalable. Le salarié lésé peut tout d'abord utilement invoquer la violation de son droit à la vie privée en fondant son action sur l'article 9 du Code civil. De manière générale, il sera également possible de faire application des principes relatifs au droit de la preuve. Ainsi le salarié dont le licenciement serait fondé sur une durée de connexion excessive ou la consultation de sites prohibés, a la possibilité de contester la légalité de ces éléments de preuve recueillis à son insu et donc en violation de cette obligation de transparence.

S'agissant d'un procédé de vidéosurveillance, la Cour de cassation a ainsi refusé le licenciement d'un salarié fondé sur des enregistrements de caméra recueillis sans information préalable en affirmant que « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en

soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite » ⁴²⁷⁰. La Cour de cassation a par contre rendu une décision surprenante au regard des principes posés, relativement à l'usage d'autocommutateurs téléphoniques ⁴²⁷¹. En l'espèce, un salarié contestait son licenciement fondé sur de multiples appels à des messageries de rencontres entre adultes et invoquait son absence d'information sur la mise en place de ce procédé de contrôle. La Cour de cassation a néanmoins affirmé « que la simple vérification des relevés de la durée, du coût et des numéros des appels téléphoniques passés à partir de chaque poste édités au moyen de l'autocommutateur téléphonique de l'entreprise ne constitue pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance du salarié ». On espère que cette solution s'explique par des circonstances d'espèce, le salarié ayant en effet passé 117 heures d'appels à des numéros surtaxés. Il ne faudrait pas que la logique soit étendue aux contrôles réalisés sur les connexions Internet des salariés, au risque de voir totalement remis en cause le principe de transparence.

B. Le principe de finalité

1225 Loyauté de la preuve ◇ Dans le respect de ce principe, il s'avère essentiel qu'un système de surveillance, autorisé pour une finalité bien précise, ne soit détourné de cette dernière pour contrôler les salariés. En cas de violation de ce principe, les éléments de preuve recueillis par le biais de ce procédé seront inopposables aux employés. Aucune sanction ne pourra donc être prononcée sur le fondement de ces informations, celle-ci devant être considérées comme des moyens de preuve illicite.

Une publication de la Cnil illustre parfaitement ce principe de finalité et montre bien que le contrôle opéré ne doit pas être indirect ni détourné de sa finalité ⁴²⁷². En l'espèce, un responsable de maison pour personnes âgées dépendantes avait muni ses pensionnaires de bracelets électroniques. De manière pernicieuse, le directeur usait de ce procédé pour également contrôler les actions effectuées par le personnel soignant auprès des résidents. Cette surveillance indirecte de l'activité des salariés, non autorisée, a attiré l'attention de la Cnil qui a été amenée à réaliser différents contrôles *in situ*. La Cour de cassation a également su tirer les conséquences du non-respect de la finalité d'un système de contrôle s'agissant d'un dispositif de vidéosurveillance. Celui-ci était

initialement destiné à filmer la clientèle d'un magasin mais le directeur l'a également utilisé, sans aucune information préalable, pour surveiller ses employés ⁴²⁷³. La Cour de cassation a logiquement considéré que les images ne pouvaient alors être opposées aux salariés, le système devant être considéré illicite. Elle a par contre considéré qu'un salarié qui, à la fin de sa journée de labeur a commis un vol dans le magasin dans lequel il travaille, ne peut utilement invoquer l'illicéité du système de vidéosurveillance pour remettre en cause la validité de son licenciement, le dispositif en question n'ayant pas été installé pour surveiller les employés mais pour assurer la sécurité de l'entreprise ⁴²⁷⁴.

C. Le principe de proportionnalité

1226 *Source* ◇ Ce principe est formulé dans le Code du travail à l'article L. 1121-1. Très généraliste, cet article est l'unique texte mentionné sous un titre II du Code consacré aux « Droits et libertés dans l'entreprise ». Il dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Il importe donc au regard de cette exigence que les dispositifs de contrôle mis en place soit proportionnés aux finalités poursuivies et qu'il ne s'agisse pas d'une surveillance ayant pour seule motivation la sanction disciplinaire.

Envisageons la proportionnalité, admise ou contestée, des nouvelles technologies les plus fréquemment utilisées en milieu professionnel pour contrôler les employés.

1227 *Les badges électroniques* ◇ Si ceux-ci sont légitimes, en ce qu'ils permettent le contrôle des horaires des salariés ou leurs accès à un espace de restauration, ils ne doivent cependant pas être un moyen pour l'employeur de contrôler les allées et venues de ses employés. Afin d'encadrer l'utilisation de ces badges, la Commission nationale informatique et libertés a, dans une délibération du 8 janvier 2002 ⁴²⁷⁵, émis une norme simplifiée n° 42 posant les exigences en la matière. La Cnil indique notamment que les badges ne doivent pas permettre le contrôle des déplacements à l'intérieur du lieu de travail, « à l'exception des cas dans lesquels certaines zones identifiées font l'objet d'une restriction de circulation justifiée par la sécurité des biens et des

personnes qui y travaillent ». Par ailleurs, Les informations relatives aux déplacements des personnes ne doivent pas être conservées plus de trois mois. Les destinataires de ces données sont en outre limitativement énumérés (membres habilités des services gérant le personnel, la paie ou la sécurité). Des précisions sont enfin spécifiques aux représentants du personnel, la recommandation indiquant que le dispositif de contrôle ne doit pas entraver leur liberté d'aller et de venir ni être utilisé pour vérifier le respect de leurs heures de délégation. Des dispositions plus classiques concernent encore la nécessité d'informer les instances représentatives du personnel et les salariés eux-mêmes.

Un système de badge qui ne respecterait pas le cahier des charges décrit dans cette norme simplifiée sera suspecté de ne pas être proportionné à la finalité première de sa mise en place, ce qui justifiera un contrôle plus poussé de la Cnil afin de vérifier que le procédé n'est pas abusivement utilisé. Il reste possible de mettre en place un dispositif de badges électriques sans respecter les consignes définies dans la norme simplifiée mais l'employeur ne pourra alors prétendre à la simplification des formalités préalables et devra se soumettre aux règles classiques du régime de la déclaration.

On précise pour finir que des dispositions spéciales, précédemment exposées ⁴²⁷⁶, sont applicables lorsque le contrôle de l'accès aux locaux se fait par des badges faisant appel aux techniques de la biométrie.

1228 ***La vidéosurveillance*** ◇ Contrairement à la vidéosurveillance publique, régie par la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité publique ⁴²⁷⁷, la vidéosurveillance privée relève exclusivement de la loi informatique et libertés. Ce second dispositif, qui seul nous intéresse ici, concerne les lieux de travail des organismes privés, des organismes publics ou des organismes de droit privé gérant un service public.

Comme tout autre procédé de contrôle celui-ci doit être porté à la connaissance des instances représentatives du personnel et des employés qui sont surveillés. Le stockage des images ne doit pas excéder un mois ⁴²⁷⁸. Il faut encore, ce qui nous intéresse particulièrement ici, que le système de vidéosurveillance soit proportionné à la finalité qui a justifié sa mise en place, celle-ci devant d'ailleurs être légitime. Ainsi l'employeur doit établir que l'installation des caméras est motivée par une exigence de sécurité des locaux ou d'un poste de travail

particulièrement dangereux ou encore un risque spécifique de vol de matériels. La seule ambition de surveillance des salariés ne suffit donc pas à légitimer le dispositif dont l'installation pourra alors être contestée par les employés. Cela a d'ailleurs été confirmé dès 1980 dans le cadre d'une réponse ministérielle dans laquelle il a été indiqué que « si le but de la vidéosurveillance n'est autre que le contrôle de l'activité professionnelle des salariés, celle-ci sera considérée comme contraire à la liberté individuelle des personnes » ⁴²⁷⁹.

Dans son rapport d'activité 2012, la Commission nationale informatique et libertés fait état de 8 946 déclarations relatives à des systèmes de vidéosurveillance, soit une augmentation de + 49,3 % par rapport à 2011 ⁴²⁸⁰. Si on ignore la part que représentent les procédés implantés sur les lieux de travail, ces chiffres restent révélateurs de l'élévation impressionnante du recours à cette technique. Il est par contre indiqué que sur les 300 plaintes reçues relativement aux dispositifs de vidéosurveillance, 75 % concernaient les lieux de travail ⁴²⁸¹. La Cnil réalise par ailleurs de nombreux contrôles *in situ* et est parfois amenée à infliger des sanctions. Ainsi elle a, le 16 décembre 2011, prononcé une mise en demeure publique à l'encontre d'une société qui réalisait de la surveillance excessive de ses salariés ⁴²⁸². Cette entreprise avait en effet installé pour chaque poste de travail une caméra et un microphone et conservait en outre très longtemps les différents enregistrements. De la même manière, la Commission a infligé une sanction de 1 euro, assortie d'une injonction de mettre fin au caractère continu du traitement, à une autre entreprise à qui il était reproché de filmer en permanence ses agents de sécurité ⁴²⁸³.

1229 Les dispositifs de géolocalisation ◇ Ce procédé utilisant la technologie GSM/GPS permet à une entreprise de localiser ses employés en implantant le dispositif de géolocalisation sur le matériel qu'ils utilisent, bien souvent le véhicule ⁴²⁸⁴.

Dans son rapport d'activité 2012, la Commission nationale informatique et libertés indique avoir reçu 5 483 déclarations relatives à des dispositifs de géolocalisation, soit une augmentation de + 22,3 % par rapport à l'année 2011 ⁴²⁸⁵. Sans connaître la part représentée par les outils implantés sur les lieux de travail, ces chiffres permettent néanmoins de prendre conscience de l'ampleur de l'usage de cette technique.

Une nouvelle loi relative à la géolocalisation a été promulguée le 28 mars 2014 ⁴²⁸⁶. Il ne faut cependant pas se tromper sur la portée de ce texte exclusivement relatif à la matière judiciaire, puisque consacré à la recherche et à la sanction de la commission de certains crimes et délits ⁴²⁸⁷. Il ne traite donc pas de la géolocalisation des salariés, seule question qui nous intéresse ici.

La mise en œuvre du procédé de géolocalisation doit se faire dans le respect du principe de proportionnalité. Si le recours aux outils de localisation est parfois légitime, ceux-ci peuvent également être utilisés à des fins de surveillance excessive. Ainsi, dans un arrêt du 26 novembre 2012, la Cour de cassation a condamné un employeur ayant organisé une véritable filature de l'un de ses salariés. Les juges ont considéré que cette opération « implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur » ⁴²⁸⁸.

Les dispositifs de géolocalisation permettant par ailleurs l'enregistrement de données relatives à la durée d'utilisation du véhicule, au kilométrage parcouru ou aux vitesses de circulation, doivent faire l'objet d'une déclaration à la Cnil. Face aux abus constatés, cette dernière est intervenue pour encadrer l'utilisation de ce procédé en adoptant deux délibérations le 16 mars 2006. La première vaut recommandation ⁴²⁸⁹. Y sont listées les finalités pour lesquelles un système de géolocalisation peut être mis en œuvre : sécurité des employés ou des marchandises (par exemple pour les convoyeurs de fonds), meilleure allocation des moyens (par exemple pour les interventions d'urgence afin de connaître le véhicule le plus proche du lieu d'intervention), suivi et facturation d'une prestation de transport de personnes ou de marchandises ou d'une prestation de service directement liée à l'utilisation du véhicule (par exemple pour les ambulances dans le cadre de la dématérialisation de la facturation de l'assurance-maladie) ou enfin suivi du temps de travail, si cela n'est pas possible par un autre moyen. Sont par contre prohibés les usages visant à contrôler la vitesse du salarié, l'utilisation à des fins privées du véhicule lorsque cela est autorisé ou encore l'emploi du temps de salariés disposant d'une liberté d'organisation (par exemple : les VRP). Dans une décision du 3 novembre 2011, la Cour de cassation a confirmé cette dernière solution en affirmant que l'utilisation d'un procédé de géolocalisation « n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail » ⁴²⁹⁰. La recommandation précise également que la mise en place d'un tel dispositif ne doit pas

conduire à un contrôle permanent, tout spécialement pour les véhicules de fonction pour lesquels l'employé est autorisé à en faire un usage privé et les véhicules professionnels que l'employeur autorise à utiliser pour rentrer au domicile. Dans ces deux cas, la Cnil préconise de prévoir l'implantation d'un interrupteur permettant à l'utilisateur de désactiver le système. La recommandation exige en outre que l'installation du dispositif soit précédée d'une information donnée aux instances représentatives du personnel et aux salariés soumis au contrôle. Ce dernier doit avoir en outre la possibilité d'accéder aux données enregistrées. La Cnil a ainsi prononcé une amende de 100 000 euros à l'encontre d'une entreprise qui n'a pas laissé un salarié consulter ses données de géolocalisation afin de lui permettre de prouver le caractère professionnel d'un accident de la circulation ⁴²⁹¹. La recommandation précise enfin la durée de la conservation des données. Elle est de deux mois s'agissant des procédés visant à localiser les salariés et de 5 ans pour ceux relatifs au suivi des heures de travail.

L'autre délibération du même jour met en place la norme simplifiée n° 51 ⁴²⁹², permettant de faciliter les formalités préalables de ceux qui mettent en place un dispositif de géolocalisation dans le respect du cahier des charges développé dans cette norme ⁴²⁹³. Afin de mieux informer sur les modalités d'utilisation des procédés de géolocalisation, la Cnil a par ailleurs élaboré une fiche pratique ⁴²⁹⁴.

Tout salarié s'estimant lésé par la mise en œuvre d'un procédé de géolocalisation a la possibilité de porter plainte auprès de la Cnil, des services de l'inspection du travail ou du Procureur de la république.

Un nouvel usage de la géolocalisation est susceptible de se développer prochainement en France. Il s'agit du procédé du « *pay as you drive* », déjà très répandu aux États-Unis, au Royaume-Uni ou en Italie. Cette technique de géolocalisation, permet d'adapter la prime d'assurance à la conduite de l'assuré et aux modalités d'utilisation du véhicule. Ce système pourrait se généraliser pour l'assurance des flottes automobiles dans les entreprises. La Cnil est cependant réservée à l'égard de ce système, l'ayant même interdit s'agissant des jeunes conducteurs ⁴²⁹⁵. Elle reproche à cette technique d'être l'occasion de constituer des fichiers d'infractions pénales. Le succès de ce procédé dans les autres pays ainsi que la puissance du lobby des assureurs devrait néanmoins conduire à court ou moyen terme à son introduction en France, n'en déplaise à la Cnil qui sera cependant utile pour encadrer ses modalités de mise en œuvre.

Les problématiques liées à la géolocalisation dépassent bien évidemment le contexte du travail et se généralisent avec notamment l'usage des applications de géolocalisation proposées sur les téléphones mobiles.

1230 *Les dispositifs de Keylogger* ◇ La Commission informatique et libertés est également intervenue pour encadrer l'utilisation des *Keylogger*. Il s'agit de logiciels permettant de réaliser une surveillance permanente de l'activité des salariés depuis leur poste informatique. Selon les versions, ils permettent d'enregistrer toutes les actions effectuées sur le clavier. Il est même possible de définir des alertes en cas d'utilisation de termes prédéterminés. Certains logiciels réalisent même des rapports sur l'usage de l'ordinateur surveillé.

La Cnil considère que cet outil permettant une surveillance constante et permanente des salariés doit être interdit, celui-ci étant disproportionné par rapport aux réels besoins de contrôle de l'employeur. Ne faisant pas la distinction entre l'usage professionnel ou privé de l'ordinateur, ils sont en effet susceptibles de capter des informations personnelles en permettant la lecture de message privé ou l'enregistrement de numéros de cartes bancaires. De tels dispositifs ne pourront être autorisés qu'en présence d'un fort impératif de sécurité, par exemple dans le cadre de la lutte contre la divulgation de secrets industriels.

L'usage de ces *Keylogger* dans un contexte prohibé est passible, depuis une loi du 14 mars 2011⁴²⁹⁶, de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende, ces dispositifs pouvant être considérés comme permettant la « captation de données informatiques à l'insu des personnes concernées ».

Du fait de la subjectivité inhérente à son appréciation, le principe de proportionnalité, envisagé au travers de cette présentation des différents moyens de contrôle, s'avère parfois délicat à manier. Ses modalités de mise en œuvre relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, les solutions dégagées sont parfois empruntées de casuistique.

D. Le principe de l'inviolabilité de la vie privée et des correspondances

1231 *Secret des correspondances* ◇ Le principe du secret des

correspondances est consacré par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Les arrêts invoquant son respect en droit national visent l'article 9 du Code civil ce texte, relatif au droit à la vie privée, devant effectivement être considéré comme la base textuelle de la reconnaissance de l'inviolabilité des correspondances. L'invocation de cette disposition peut se faire aussi bien dans un contexte privé que professionnel. La loi du 10 juillet 1991⁴²⁹⁷, modifiée par une autre du 9 juillet 2004⁴²⁹⁸ fait application du principe d'inviolabilité des correspondances à celles émises par la voie des communications électroniques. Le principe n'est formulé dans aucun texte spécial relatif au Droit du travail. On peut cependant considérer qu'il est une résultante du principe de proportionnalité, les arrêts appliquant cette règle de l'inviolabilité des correspondances dans le domaine professionnel visant en effet l'ancien article L. 120-1 du Code du travail devenu l'article L. 1121-1 du même Code⁴²⁹⁹.

La violation par un employeur des correspondances numériques de ses salariés est également susceptible d'être sanctionnée sur le plan pénal, l'article 226-15 alinéa 2 du Code pénal sanctionnant « 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 ». De tels agissements sont passibles d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 45 000 euros.

Ce principe interdit donc à l'employeur de prendre connaissance des messages personnels émis ou reçus par ses employés. Le principe vaut évidemment dans l'autre sens, les employés ne pouvant accéder aux messages privés de leur patron. Un ancien salarié a ainsi été sanctionné pour avoir conservé les codes permettant d'accéder aux messageries de certains dirigeants de son ancienne entreprise et ainsi réaliser une surveillance électronique de ces derniers⁴³⁰⁰.

L'arrêt *Nikon* constitue la décision de référence en matière de violation des correspondances dans le contexte professionnel. Dans cette affaire, jugée par la chambre sociale de la Cour de cassation le 2 octobre 2001⁴³⁰¹, il est affirmé que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail ». La

haute Cour prend encore le soin de préciser que cette solution vaut « même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ». La violation par le salarié d'une éventuelle charte informatique signée par lui ne justifiera donc pas un droit de regard de l'employeur sur les correspondances privées.

Si le principe est aisé à formuler, sa mise en œuvre s'avère par contre délicate. Lors de la consultation d'une messagerie professionnelle il est en effet parfois difficile de distinguer les courriers liés au travail et ceux dont la nature est privée. Afin de trouver toute information utile au bon fonctionnement de son entreprise, l'employeur doit avoir la possibilité de consulter la messagerie professionnelle d'un employé en son absence et il doit alors pouvoir agir sans craindre de se voir poursuivi pour atteinte au secret des correspondances. Afin d'éviter ce problème et pour prendre acte du fait que le salarié doit avant tout utiliser son ordinateur à des fins professionnelles, la jurisprudence a posé une présomption de caractère professionnel des messages. Dans un arrêt du 18 octobre 2006 ⁴³⁰², la Cour de cassation a ainsi affirmé que « les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel ».

1232 *Étendue du secret* ◇ On constate ici que la portée du principe du secret des correspondances a été étendue à tous les dossiers et fichiers du salarié. La Cour de cassation a également considéré que la solution valait pour la consultation de pages Internet. Dans un certain parallélisme elle a ainsi affirmé « que les connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence » ⁴³⁰³. La haute Cour a également eu l'occasion de préciser que l'inscription d'un site par un salarié dans la liste des « favoris » sur son ordinateur ne lui confère aucun caractère privé ⁴³⁰⁴. La logique de la présomption du caractère professionnel a été récemment reproduite dans un arrêt du 12 février 2013. La Cour de cassation a ici admis la possibilité pour l'employeur de consulter, hors la présence du salarié, le contenu d'une clé USB, celle-ci n'étant pas indiquée comme personnelle

et connectée à l'ordinateur de l'entreprise ⁴³⁰⁵. La Haute cour a également affirmé que les courriels transférés d'une messagerie personnelle vers un ordinateur professionnel ne sont pas présumés personnels ⁴³⁰⁶.

Le salarié doit donc clairement identifier les messages et fichiers, qui bien qu'enregistrés sur son ordinateur professionnel, sont de nature personnelle. Si le principe est clair, reste la question de savoir comment l'employé doit s'y prendre pour indiquer sans aucune ambiguïté le caractère privé de sa correspondance. La jurisprudence fait ici preuve de rigueur. La Cour de cassation a par exemple refusé de faire droit à l'argument d'un salarié qui demandait à ce que les fichiers puissent être regardés comme personnels « à raison de leur objet » et non pas seulement en présence d'une mention explicite ⁴³⁰⁷. L'indication des seules initiales du salarié ne suffit pas non plus à faire tomber la présomption ⁴³⁰⁸. La Cour de cassation a encore précisé dans un arrêt du 10 mai 2012 « que la seule dénomination “Mes documents” donnée à un fichier ne lui confère pas un caractère personnel » ⁴³⁰⁹. De même, pour la mention « données personnelles » ⁴³¹⁰. La haute juridiction vient d'affirmer dans un récent arrêt de mai 2013 qu'une boîte de courriers électroniques ne comportant pas le nom de l'entreprise, utilisée à la fois pour un usage professionnel et personnel, est présumée professionnelle, dès lors qu'elle est mise à disposition par l'employeur ⁴³¹¹.

1233 *Pages sur réseaux sociaux* ◇ La question s'est posée avec plus d'acuité s'agissant des échanges réalisés sur une page Facebook. Afin de justifier un licenciement, un employeur avait produit au juge une copie d'un message publié sur la page personnelle Facebook d'un employé, dans laquelle il critiquait sa hiérarchie. Le salarié contestait la recevabilité de ce moyen de preuve, invoquant le caractère privé de cet échange. Le 19 novembre 2010 une décision du Conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt a considéré qu'il n'y avait pas ici violation du droit à la vie privée car le message reproduit avait été trouvé sur la page du « mur » du salarié, accessible en l'occurrence « aux amis des amis » ⁴³¹². Les juges ont estimé qu'un tel paramétrage permettait un partage avec toute personne indéterminée, ce qui ôtait tout caractère privé au message. Il faut donc comprendre que les échanges réalisés sur Facebook peuvent, selon le paramétrage effectué par le titulaire du compte, se voir octroyer un caractère public ou privé.

La Cour de cassation ne se reconnaît pas tout pouvoir quant à la

détermination des circonstances dans lesquelles l'employeur peut se voir, ou non, octroyer la possibilité de consulter la messagerie ou les fichiers de ses salariés. Dans une décision du 26 juin 2012, elle précise en effet que le règlement intérieur de l'entreprise peut contenir des dispositions restreignant le pouvoir de consultation de l'employeur, en le soumettant à d'autres conditions. En l'espèce le règlement prévoyait que les messageries électroniques des salariés ne pouvaient être consultées par la direction qu'en leur présence ⁴³¹³.

1234 *Limites* ◇ La mention du caractère personnel du message, du dossier ou du fichier, même lorsqu'elle est bien faite, n'interdit cependant pas tout accès ou toute ouverture à l'employeur, celui-ci devant garder un droit de regard sur les activités de ses salariés. Un pouvoir de consultation, encadré par un rigoureux formalisme, lui est ainsi octroyé. En vertu de l'article 145 du Code de procédure civile, le patron peut obtenir sur requête ou en référé une mesure d'instruction lui permettant de faire « établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution du litige ». L'invocation de ce texte permet à l'employeur de faire ouvrir, en présence d'un huissier, les documents du salarié malgré le fait qu'ils soient mentionnés comme personnel. Il doit pour cela établir le caractère légitime de sa demande, ce qui suppose qu'il fasse état des éléments lui permettant de suspecter un usage abusif de l'ordinateur. Il lui faut aussi convaincre du fait que cette consultation est nécessaire à la protection de ses droits, par exemple pour justifier le licenciement du salarié en cause ou pour permettre que soit mis fin à un trouble dans son entreprise. Dans un arrêt de principe du 17 mai 2005, la Cour de cassation a ajouté qu'une telle consultation, même autorisée par le juge, ne peut être réalisée sans la présence du salarié mis en cause, celui-ci devant au moins être dûment appelé ⁴³¹⁴. Dans cette même décision, la Haute cour a prévu une exception à cette exigence de présence du salarié, en cas de « risque ou événement particulier » ⁴³¹⁵. Si le défaut de précision de cette dérogation est de nature à inquiéter, l'application qui en est faite dans l'arrêt est rassurante. En l'espèce, la Cour de cassation a en effet considéré que le fait de trouver des photographies pornographiques dans le tiroir de l'employé n'était pas de nature à justifier la mise en œuvre de cette exception.

1235 *Administrateur de réseaux* ◇ On indique pour finir que les

administrateurs réseaux, dont la mission consiste à assurer le fonctionnement normal et la sécurité du système informatique de l'entreprise, ont accès à toutes les informations professionnelles ou privées se trouvant dans les postes de travail sur lesquels ils interviennent. Il importe donc de veiller à ce qu'ils respectent leur secret professionnel et de les sanctionner au moindre écart. C'est ainsi que la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 17 décembre 2001 a condamné des administrateurs réseaux qui avaient mis en place un système de surveillance de certains ordinateurs d'étudiants en contrôlant le contenu de leurs messages, ceux-ci étant suspectés de soustraire des informations du système ⁴³¹⁶.

1236 Conclusion ◇ Si elles ne sont pas toujours aisées à mettre en œuvre, les solutions susmentionnées ont en théorie permis de trouver un juste équilibre entre le besoin d'investigation de l'employeur, qui doit être tenu au courant de l'activité de ses salariés, et la nécessaire protection de la vie privée de ces derniers sur leur lieu de travail et dans le cadre de l'utilisation des moyens professionnels mis à leur disposition.

Les solutions nationales s'avèrent assez proches des dispositions internationales relatives au sujet ⁴³¹⁷. Elles sont conformes à la recommandation n° 89 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, concernant la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi, ce texte mettant particulièrement en avant le principe de transparence ⁴³¹⁸. Elles sont également en adéquation avec le recueil des directives pratiques sur la protection des données personnelles des travailleurs élaboré le 7 octobre 1996 par le Bureau International du Travail (BIT). Si ce recueil reproduit les grands principes susmentionnés, il insiste quant à lui particulièrement sur l'exigence de proportionnalité, en indiquant que tout procédé de contrôle ne doit pas être motivé par la surveillance des comportements des salariés et que la permanence de cette surveillance ne doit être admise que dans des cas restrictifs. Le G29 a enfin rendu un avis, en date du 29 mai 2002, relatif à la « surveillance des communications électroniques sur le lieu du travail ».

Les dispositions françaises s'avèrent également assez semblables à celles dégagées par les juges anglais, ceux-ci faisant également référence aux principes de transparence et de proportionnalité. Les États-Unis, traditionnellement plus libéraux, adoptent des solutions plus

favorables aux employeurs. S'il existe là-bas aussi un texte posant le principe du secret des correspondances, « *l'electronic communications privacy act* » de 1986, les dérogations sont plus nombreuses et un sondage indique que plus de 46 % des entreprises examineraient et stockeraient le contenu des mails de leurs employés ⁴³¹⁹.

TITRE 2

LES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ

CHAPITRE 1 LES PRESTATAIRES TECHNIQUES (FOURNISSEUR D'ACCÈS ET HÉBERGEURS)

CHAPITRE 2 MOTEURS ET PLATEFORMES DE VENTES

CHAPITRE 3 L'INDEMNISATION DU PRÉJUDICE D'UNE FAUTE LUCRATIVE (L'EXEMPLE DE LA CONTREFAÇON DE LOGICIELS)

1237 *De nombreux acteurs, un régime spécial* ◇ Avec le développement de l'activité économique sur Internet de nombreux acteurs sont apparus et ont développé des modèles inédits de services. Dès l'origine, pour rendre les sites Internet accessibles et que l'information soit stockée, deux « métiers » se sont avérés indispensables : ceux de fournisseurs d'accès et d'hébergeurs. Organiser le réseau pour que l'information circule (les fournisseurs d'accès) et stocker les données sur des disques durs accessibles aux déposants et aux internautes constituent des activités essentielles à la vie d'Internet. Cela explique que la Cour européenne des droits de l'homme ait condamné la Turquie pour avoir bloqué sans fondement juridique précis l'accès à un fournisseur d'hébergement qui hébergeait des sites ⁴³²⁰. Aussi ces prestataires ont-ils fait l'objet de dispositions spécifiques visant à les dispenser de contrôler le contenu de ce qu'ils véhiculent et stockent (Chapitre 1). Ce régime d'immunité de responsabilité est revendiqué par d'autres acteurs, tels que les moteurs de recherche pour les activités périphériques qu'ils développent (régie publicitaire notamment) et les plateformes telles que les sites de vente en ligne ou les comparateurs (Chapitre 2). Enfin, une des spécificités du monde de l'activité numérique, qui se déploie dans un réseau vaste donnant un certain sentiment d'impunité, consiste en ce que les contrevenants, notamment

aux droits de propriété intellectuelle, ne sont pas suffisamment sanctionnés pour être dissuadés. Ils sont rarement appréhendés, et s'ils le sont, le montant des dommages et intérêts prononcé ne supprime pas les bénéfices réalisés. En prenant l'exemple de la contrefaçon de logiciel, nous insisterons sur la nécessité de sanctionner le passé et de régulariser la situation du contrevenant pour l'avenir ; en attendant les dommages-intérêts punitifs (Chapitre 3).

CHAPITRE 1

LES PRESTATAIRES TECHNIQUES (FOURNISSEUR D'ACCÈS ET HÉBERGEURS)

Section 1. GENÈSE DES TEXTES SUR LA RESPONSABILITÉ DU FOURNISSEUR D'ACCÈS ET DE L'HÉBERGEUR

- § 1. **La directive « commerce électronique »**
- § 2. **La transposition française**

Section 2. LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ APPLICABLE AUX FOURNISSEURS D'ACCÈS ET AUX HÉBERGEURS

- § 1. **Les solutions en jurisprudence avant la loi confiance
dans l'économie numérique**
- § 2. **Une immunité relative de responsabilité des fournisseurs
et hébergeurs instaurée par la loi**
 - A. Les bénéficiaires de l'immunité dans les textes
 - B. Le régime de l'immunité relative des prestataires de services Internet
 - C. Obligations de conservation des données et dispositifs d'alerte pour certaines infractions

Section 3. L'EXTENSION DE LA NOTION D'HÉBERGEUR FONDÉE SUR LE CRITÈRE DE LA NEUTRALITÉ TECHNIQUE

- § 1. **La neutralité technique : une notion forgée
par la jurisprudence**
 - A. Une conception extensive de la qualité d'hébergeur en œuvre à la Cour de justice
 - B. Une application libérale du critère de la neutralité technique par la Cour de cassation

§ 2. Analyse des travaux préparatoires : aux sources de la neutralité technique

Section 4. POUR LIMITER LE BÉNÉFICE DE LA QUALITÉ D'HÉBERGEUR : LE CRITÈRE DE L'OBJET DE L'ACTIVITÉ

- 1238 *Une immunité de responsabilité convoitée* ◇ Afin de ne pas entraver le développement des prestataires indispensables au fonctionnement du réseau Internet, le législateur a progressivement organisé leur immunité (Section 1). Un régime spécial de responsabilité des prestataires a été établi (Section 2). En jurisprudence, le critère de la neutralité technique a été adopté ce qui a permis d'octroyer largement le statut d'hébergeur (Section 3). Cette extension d'immunité à des prestataires qui ont une activité bien différente de celle du simple stockage de données confère trop largement une exemption de responsabilité à l'égard des violations des droits des tiers. Aussi préconisons-nous de se concentrer sur le critère de l'objet de l'activité (Section 4) afin d'éviter qu'un trop grand nombre de titulaires de sites ne soit exempt de responsabilité nonobstant l'atteinte qu'ils portent aux droits d'autrui.

SECTION 1. GENÈSE DES TEXTES SUR LA RESPONSABILITÉ DU FOURNISSEUR D'ACCÈS ET DE L'HÉBERGEUR

- 1239 *Sources* ◇ Le souhait de ne pas imposer d'obligations trop strictes aux fournisseurs d'accès et aux hébergeurs a d'abord émané de l'Union européenne (§ 1) ; la directive européenne adoptée a ensuite été transposée en droit français, en plusieurs étapes (§ 2).

§ 1. La directive « commerce électronique »

- 1240 *Un texte discuté sur la responsabilité des prestataires* ◇ En 1998, la Commission européenne a rendu public une proposition de directive sur le commerce électronique qui comportait des dispositions

sur les prestataires techniques et notamment en son article 14 un régime dérogatoire pour les prestataires d'hébergement ⁴³²¹. Les amendements proposés par le Parlement européen afin de renforcer la protection des titulaires de droit de propriété intellectuelle ⁴³²², n'ayant pas été retenus par la Commission ⁴³²³, le 8 juin 2000, la directive n° 2000/31 « sur le commerce électronique » était adoptée qui comporte une section 4 intitulée « Responsabilité des prestataires intermédiaires », constituée des articles 12 à 15 ⁴³²⁴.

1241 *Trois articles dans la directive « commerce électronique », fondateurs du droit européen* ◇ À l'article 12 de cette directive, relatif aux fournisseurs d'accès Internet, il est disposé que « les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises ». L'article 13 est relatif à la prestation technique de « *caching* », c'est-à-dire de stockage transitoire et rapide pour faciliter le trafic ; cette opération technique constitue le prolongement de l'activité du fournisseur d'accès et suit le même régime : « les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service ». L'article 14 de la directive, relatif aux hébergeurs, précise que « les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service ».

Ainsi, dans la directive « commerce électronique » n'est-il retenu à l'égard du fournisseur d'accès que la possibilité de le contraindre par décision de justice ou d'autorité administrative de mettre un terme à une violation ou qu'il prévienne cette violation ⁴³²⁵. Ce qui signifie qu'une décision de justice enjoignant la cessation est un préalable nécessaire

pour engager la responsabilité du fournisseur d'accès. Ce dernier ne commet une faute que s'il viole la décision de justice. Quant à l'hébergeur ⁴³²⁶, ce dernier n'est responsable que s'il n'a pas fait diligence pour faire cesser le trouble après avoir eu « effectivement connaissance de l'activité ou d'informations illicites ».

§ 2. La transposition française

1242 *Deux tentatives avant la loi confiance dans l'économie numérique* ◇ En droit français une première tentative de transposition a eu lieu par la loi du 1^{er} août 2000 ⁴³²⁷ qui était venue modifier l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 sur la communication audiovisuelle pour instaurer un régime dérogatoire de responsabilité des hébergeurs. Ce texte posait une condition à la responsabilité civile ou pénale des personnes stockant des données afin de les diffuser, c'est-à-dire des hébergeurs : il fallait qu'elles n'aient pas agi promptement lorsqu'elles ont été saisies par une autorité judiciaire ⁴³²⁸. En outre, la loi du 1^{er} août 2000 prévoyait qu'un tiers pouvait également notifier au fournisseur d'hébergement qu'un site lui cause un préjudice ou lui paraît illicite. Bien que conforme à l'esprit de la directive « commerce électronique » ⁴³²⁹, cette disposition évitant la saisine du juge a été censurée par le Conseil constitutionnel ⁴³³⁰, ce texte, bien que tronqué, a été visé par des juges du fond ⁴³³¹. Mieux encore, la Cour de cassation a rendu des arrêts importants sur ce fondement. En sa première chambre civile, la Cour a rendu l'arrêt *Tiscali* ⁴³³² sur le fondement de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986. La chambre commerciale a adopté le même visa dans l'arrêt *Google* en ajoutant que ce texte devait être interprété à la lumière de la directive « commerce électronique » du 8 juin 2000 ⁴³³³.

Après cette invalidation par le Conseil constitutionnel, le pouvoir exécutif avait souhaité transposer l'intégralité de la directive « commerce électronique », mais son projet de loi « sur la société de l'information » ⁴³³⁴ qui avait été discuté à l'assemblée nationale, était devenu caduc du fait du changement de législature. Le nouveau gouvernement avait alors initié un nouveau projet qui, cette fois, a abouti.

1243 *L'adoption de la loi « confiance dans l'économie numérique »* ◇ Après deux premières tentatives de transposition ⁴³³⁵ le gouvernement a déposé un nouveau projet de loi, le 15 janvier 2003, « pour la confiance dans l'économie numérique » ⁴³³⁶. À l'issue d'une longue gestation, l'Assemblée nationale, le 6 mai 2004 ⁴³³⁷, puis le Sénat le 13 ⁴³³⁸ ont adopté le texte définitif établi par la Commission mixte paritaire le 27 avril de cette même année ⁴³³⁹.

1244 *Création d'un droit autonome* ◇ Lorsque le projet de loi confiance dans l'économie numérique a été déposé, le régime de responsabilité des prestataires de services Internet devait être maintenu aux articles 43-7 et 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 sur l'audiovisuel ⁴³⁴⁰. Toutefois, en seconde lecture, députés ⁴³⁴¹, puis sénateurs ⁴³⁴² ont décidé de créer un corps de dispositions autonomes qui régit la responsabilité des prestataires de services Internet. L'article 6 de la loi du 21 juin 2004 est ainsi devenu le siège de la responsabilité des fournisseurs d'accès et des hébergeurs ; les dispositions ne sont plus incorporées dans les textes sur l'audiovisuel. Il a encore été ajouté que les fournisseurs d'accès et les hébergeurs ne sont pas des producteurs au sens de la loi du 29 juillet 1982, sur la communication audiovisuelle ⁴³⁴³.

En analysant l'évolution de la jurisprudence ultérieure fondée sur l'article 6 de la loi du 21 juin 2004 ⁴³⁴⁴, il n'est pas certain que cette autonomie ait été judicieuse. Cette dernière a contribué à accréditer l'idée que les sites Internet qui servent de support à la diffusion d'œuvres ne sont pas soumis aux règles de protection des droits d'auteurs, comme l'est n'importe quelle chaîne de télévision ou station de radio.

1245 *Sur la responsabilité des hébergeurs, une réserve d'interprétation par le Conseil constitutionnel* ◇ Saisi par les parlementaires, le Conseil constitutionnel a rendu, le 10 juin 2004, une décision ⁴³⁴⁵ invalidant les dispositions relatives au point de départ du délai d'exercice du droit de réponse et du délai de prescription applicable à la communication en ligne ⁴³⁴⁶. Cette même décision procède à une validation, sous réserve d'interprétation, de l'article 6 de la loi qui concerne la responsabilité des prestataires.

L'onction constitutionnelle ayant été délivrée, un régime autonome de responsabilité des fournisseurs d'accès et des fournisseurs d'hébergement

a ainsi été créé par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ⁴³⁴⁷.

SECTION 2. LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ APPLICABLE AUX FOURNISSEURS D'ACCÈS ET AUX HÉBERGEURS

- 1246** *Un régime à double détente afin de constituer le prestataire en faute* ◇ Avant l'adoption de la loi « confiance dans l'économie numérique », les prestataires avaient fait l'objet de décisions fondées sur la faute ou l'obligation de mise en œuvres de moyens techniques de contrôle (§ 1). Avec le nouveau régime, l'immunité accordée aux prestataires, ne peut céder qu'avec la notification du contenu illicite à l'hébergeur ou l'obtention d'une décision judiciaire d'injonction à l'encontre du fournisseur d'accès Internet (§ 2).

§ 1. Les solutions en jurisprudence avant la loi confiance dans l'économie numérique

- 1247** *De la responsabilité pour faute de l'hébergeur à l'immunité de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 (L. 2000-719 du 1^{er} août 2000)* ◇ En l'absence de dispositions précises sur la responsabilité des prestataires de services Internet, les juges saisis ont dû trouver les moyens de sanctionner les manquements de ces derniers. La jurisprudence est partie d'une présomption de faute fondée sur le risque créé par l'activité des professionnels pour arriver à l'exigence d'une faute caractérisée, conformément à la législation qui s'est mise en place à partir du 1^{er} août 2000 qui a constitué un droit transitoire, similaire aux solutions actuelles.
- 1248** *Les premières décisions sur la responsabilité de l'hébergeur : de la faute à l'obligation de vigilance* ◇ Dans un premier temps les juges du fond ont été assez exigeants à l'égard des hébergeurs de sites. Ainsi, l'un d'entre eux a-t-il été déclaré responsable d'un site diffusant des photos d'une « célébrité » dénudée sans son consentement ⁴³⁴⁸. Puis,

dans une affaire similaire ⁴³⁴⁹, la cour d'appel de Versailles a retenu une obligation de vigilance et de prudence de l'hébergeur de sites, qualifiée d'obligation de moyens ⁴³⁵⁰. Aux termes de cette jurisprudence, le fournisseur d'hébergement n'était pas contraint à une obligation de surveillance systématique, il pouvait légitimement ignorer le caractère illicite d'un site. Néanmoins, il devait être vigilant à l'égard de tout site au nom suspect ou à la fréquentation anormalement élevée ; en outre, précisait la Cour de Versailles ⁴³⁵¹, des diligences devaient être entreprises dès lors que l'hébergeur avait connaissance ou était informé du caractère illicite d'un site ; ce qui rapprochait déjà la jurisprudence de la future législation.

- 1249** *Les hébergeurs : une jurisprudence fondée sur l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 identique à la jurisprudence actuelle* ◇ Afin de transposer le régime dérogatoire de la directive « commerce électronique » ⁴³⁵², l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 sur la communication audiovisuelle a été créé par la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000. Le nouvel article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 posait une condition à la responsabilité civile ou pénale des personnes stockant des données afin de les diffuser, c'est-à-dire des hébergeurs : il fallait qu'elles n'aient pas agi promptement lorsqu'elles ont été saisies par une autorité judiciaire ⁴³⁵³. En outre, la loi du 1^{er} août 2000 prévoyait qu'un tiers pouvait également notifier au fournisseur d'hébergement qu'un site lui cause un préjudice ou lui paraît illicite. Bien que censurée par le Conseil constitutionnel ⁴³⁵⁴, des décisions ont été rendues sur le fondement de ce texte tronqué en se fondant sur son esprit. L'hébergeur n'a été considéré comme responsable que s'il n'a pas effectué les diligences nécessaires après avoir été averti ⁴³⁵⁵. L'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 et la directive « commerce électronique », par anticipation pour cette dernière, étaient donc devenus le droit commun de la responsabilité des prestataires de services Internet ⁴³⁵⁶. La Cour de cassation a ensuite rendu des arrêts importants sur ce fondement ⁴³⁵⁷. Ainsi l'arrêt Tiscali ⁴³⁵⁸ l'a été sur le fondement de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 et l'arrêt Google de la chambre commerciale a précisé que ce texte devait être interprété à la lumière de la directive « commerce électronique » du 8 juin 2000 ⁴³⁵⁹. Cette jurisprudence est identique dans ses résultats à celle développée sur le fondement des dispositions de la loi « confiance dans l'économie

numérique ».

1250 *Les fournisseurs d'accès : la mise en place de filtres, une jurisprudence toujours d'actualité* ◇ L'affaire *Yahoo !* avait permis de préciser le régime de responsabilité applicable aux fournisseurs d'accès. Le juge des référés avait été saisi pour que ce fournisseur d'accès mette en place des filtres empêchant les internautes français d'accéder à des sites de vente américains d'objets comportant les symboles du nazisme ⁴³⁶⁰. En effet, l'article R. 645-1 du Code pénal punit d'une contravention le fait « de porter ou d'exhiber en public un uniforme, un insigne ou un emblème rappelant les uniformes, les insignes ou les emblèmes qui ont été portés ou exhibés » par des personnes ou membres d'une organisation reconnues coupables de crime contre l'humanité. Après désignation d'un expert qui a estimé faisable la mise en place de filtres, le juge a décidé que Yahoo ! devait y procéder ⁴³⁶¹. Ces décisions avaient été déclarées inapplicables sur le territoire des États-Unis ⁴³⁶².

En outre, lorsque l'affaire *Yahoo !* a été portée devant les juges du fond, l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, créé par la loi du 1^{er} août 2000, a trouvé à s'appliquer ⁴³⁶³. Les juges ont estimé que le fournisseur d'accès ayant agi promptement après les ordonnances de référé lui enjoignant de mettre en place les filtres, ce dernier a été déclaré non responsable.

Ces solutions sont toujours de droit positif, il a ainsi été enjoint aux fournisseurs d'accès Internet français d'empêcher l'accès aux sites de jeux en ligne non agréés par l'autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) ⁴³⁶⁴. Ces solutions sont désormais fondées sur les dispositions de la loi confiance dans l'économie numérique.

§ 2. Une immunité relative de responsabilité des fournisseurs et hébergeurs instaurée par la loi

1251 *Présentation* ◇ Il est visé dans la directive « commerce électronique » et à l'article 6 de la loi « confiance dans l'économie numérique », des bénéficiaires spécifiques (A) de cette immunité relative de responsabilité (B). On observera que quelques obligations ont été instaurées à la charge des prestataires (C).

A. Les bénéficiaires de l'immunité dans les textes

1252 *Les bénéficiaires aux termes de la directive « commerce électronique »* ◇ Dans la directive « commerce électronique », il est d'abord évoqué à l'article 12 l'activité de simple transport de données, qui correspond à la fourniture d'accès avec possibilité de stockage intermédiaire. Ensuite l'activité de stockage, appelée « *caching* », qui consiste en un stockage intermédiaire et temporaire de données fait l'objet de l'article 13. Enfin l'hébergement est visé à l'article 14 comme étant « un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service ».

On comprend immédiatement que l'activité de stockage intermédiaire définie par la directive en son article 13 présente une certaine redondance avec l'activité de fournisseur d'accès. En d'autres termes, l'activité de simple stockage intermédiaire ou temporaire ne représente qu'une modalité technique car le prestataire est soit un fournisseur d'accès qui pour les besoins de son activité utilise la technique de stockage temporaire, soit un fournisseur d'hébergement ou hébergeur qui stocke les données pendant la durée souhaitée par son client. L'article 13 de la directive « commerce électronique » sur le « *caching* » a été transposé à l'article L. 32-3-4 du Code des postes et des communications électroniques qui reprend les termes du texte européen.

1253 *Les bénéficiaires aux termes de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004* ◇ Le législateur français, a intégré à l'article 6 de la loi « confiance dans l'économie numérique » les activités de fourniture d'accès et d'hébergement afin d'encadrer la responsabilité de ces prestataires. La responsabilité des prestataires de services Internet est fondée sur une nette distinction entre les fournisseurs d'accès « dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public » (art. 6 I 1) et les hébergeurs qui sont désignés comme « 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 » (art. 6. I 2).

Il reste à préciser le régime applicable à ces prestataires.

B. Le régime de l'immunité relative des prestataires de services Internet

1254 *Présentation* ◇ On doit observer successivement les conditions de la responsabilité des différents prestataires (1 et 2).

1. La responsabilité des fournisseurs d'hébergement

1255 *L'immunité avant la connaissance du contenu illicite ; la responsabilité après, à défaut de fermeture d'accès* ◇ Aux termes de l'article 6 I 2. et 6 I 3. de la loi « confiance dans l'économie numérique », les fournisseurs d'hébergement ou hébergeurs ne pourront pas être tenus pour civilement ou pénalement responsables du contenu stocké si, ils n'avaient pas connaissance de son caractère illicite.

En outre, ils ne sont pas responsables quand, dès le moment où ils ont eu la connaissance du caractère illicite du contenu ou de faits et circonstances mettant en évidence ce caractère illicite, ils ont agi avec promptitude pour retirer ces données ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

Il est ajouté (art. 6. I, 5.) que la connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les hébergeurs lorsque la personne qui sollicite le retrait des informations décline précisément son identité, décrit les faits litigieux et expose les motifs de la demande de retrait et envoie une copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations litigieuses ; cette notification doit être datée. En effet, le texte prévoit la liste suivante d'informations :

- « – 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. »

Ainsi, la mise en œuvre de la responsabilité de l'hébergeur obéit-elle à un mécanisme à double détente. Il faut d'abord avertir le prestataire du caractère illicite du contenu et le mettre en demeure de cesser la diffusion, pour ensuite établir sa faute en cas de persistance dans la diffusion du contenu illicite.

La personne qui solliciterait de manière abusive un tel retrait pourrait être sanctionnée pénalement par un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende (art. 6 I, 4).

Le Conseil constitutionnel ⁴³⁶⁵ a validé ces dispositions en relevant qu'elles étaient parfaitement conformes à la directive sous réserve qu'elles « ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge » ⁴³⁶⁶.

On en déduit que l'hébergeur ne sera pas constitué comme fautif par le simple fait qu'un tiers aura procédé à un signalement de contenu illicite ; il faut que le contenu soit objectivement illicite. Aussi l'hébergeur pourrait-il résister à une demande d'un tiers s'il la juge fantaisiste ou infondée.

Il a été jugé que les hébergeurs ne sont pas responsables si le caractère illicite du contenu prête à discussion, c'est alors l'éventuelle injonction du juge des référés qui va permettre au demandeur d'obtenir la fermeture de l'accès ⁴³⁶⁷. Toutefois, comme nous l'avons indiqué dans les développements consacrés au contrat d'hébergement ⁴³⁶⁸, il est souhaitable que ce dernier stipule dans son contrat avec son client hébergé qu'en cas de notification par un tiers ou prise de connaissance d'un contenu illicite, l'hébergeur peut couper l'accès sans engager sa responsabilité.

L'obligation de montrer la connaissance du contenu illicite pour constituer l'hébergeur responsable a donné lieu à interprétation.

1256 *La simple connaissance du contenu illicite selon la jurisprudence de la CJUE* ◇ Dans un arrêt du 12 juillet 2011, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur la situation de la société eBay ⁴³⁶⁹. Cette dernière a développé une activité d'intermédiaire pour la vente en lignes d'objets par des non professionnels ou des professionnels ⁴³⁷⁰. La Cour de justice a livré une

interprétation du droit européen des marques et s'est prononcée sur l'applicabilité à eBay de l'article 14 de la directive du 8 juin 2000 sur l'immunité de responsabilité des hébergeurs⁴³⁷¹.

Ce qui nous intéresse ici, dans cette décision, une fois admise l'application du régime de responsabilité des hébergeurs, c'est l'acceptation par la Cour de la notion de « connaissance » par l'hébergeur du contenu illicite qui l'oblige ensuite à fermer l'accès au site afin d'éviter qu'il n'engage sa responsabilité.

La Cour de justice a jugé que la responsabilité de l'hébergeur s'il ne ferme pas l'accès un site peut résulter de « toute situation dans laquelle le prestataire concerné prend connaissance, d'une façon ou d'une autre, de tels faits ou circonstances »⁴³⁷². Le mode de connaissance importe donc peu. Il peut même avoir connaissance, et donc être responsable s'il ne prend aucune mesure, grâce à ses propres systèmes de contrôle. En effet, la Cour a ajouté : « sont ainsi visées, notamment, la situation dans laquelle l'exploitant d'une place de marché en ligne découvre l'existence d'une activité ou d'une information illicites à la suite d'un examen effectué de sa propre initiative, ainsi que celle dans laquelle l'existence d'une telle activité ou d'une telle information lui est notifiée »⁴³⁷³. La notification par le tiers lésé constitue donc, aux termes de la jurisprudence de la Cour de justice, un moyen de porter à la connaissance de l'hébergeur le caractère illicite du contenu hébergé, mais pas le seul. Or la jurisprudence française est plus défavorable aux tiers sur ce point que la position européenne.

1257 *Une notification très précise (trop ?) selon la jurisprudence de la Cour de cassation* ◇ Dans son arrêt *Dailymotion*⁴³⁷⁴, la Cour de cassation a été extrêmement exigeante avec un tiers demandant le retrait d'un film diffusé sans droit ni titre sur ce site de diffusion d'œuvre en ligne (streaming). Nous verrons plus loin comment la Haute juridiction est parvenue à qualifier ce site d'« hébergeur »⁴³⁷⁵. Le plus important à relever ici est que la Haute Juridiction exige du tiers lésé par le contenu illicite de joindre à sa notification les constats d'huissier de justice afin d'identifier très précisément les contenus incriminés. Il faut donc pour le demandeur qui s'adresse à un hébergeur identifier ligne par ligne la localisation du contenu qu'il estime être hébergé illicitement par un site. Cela suppose une expertise préalable par l'auteur du constat.

1258 *L'impunité de la remise en ligne après une première notification ?* ◇ L'exigence de désignation ligne par ligne exprimée dans l'arrêt *Dailymotion* ⁴³⁷⁶ semble disculper par avance un « hébergeur » quand le contenu réapparaît sur une autre ligne. Il a ainsi été jugé que You tube (considéré comme hébergeur) n'était pas responsable pour la réapparition d'un contenu dont il avait été demandé la suppression quelque temps auparavant ⁴³⁷⁷. Une telle position est parfaitement contraire à l'esprit du texte sur la responsabilité des hébergeurs qui le rend responsable dès la connaissance d'un contenu illicite et contraire à la jurisprudence européenne exprimée dans l'arrêt *L'Oréal c/ eBay* ⁴³⁷⁸.

2. La responsabilité des fournisseurs d'accès

1259 *Une immunité complète jusqu'à l'intervention d'une décision de justice* ◇ Concernant le métier de fournisseur d'accès et l'activité de stockage intermédiaire, l'article 9 de la loi « confiance dans l'économie numérique » a inséré un article L. 32-3-3 dans le Code des postes et télécommunications qui dispose : « Toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de communications électroniques ou de fourniture d'accès à un réseau de communications électroniques ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission ».

Ce texte reprend les dispositions des articles 12, 1 et 13, 1 de la directive « commerce électronique » pour indiquer en substance, que le fournisseur d'accès ou celui qui stocke à titre intermédiaire n'est pas en principe responsable du contenu sauf s'il est « à l'origine de la transmission litigieuse » ou s'il « sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission ».

Aussi, comme dans la directive ⁴³⁷⁹ la procédure pour faire tomber l'immunité du fournisseur d'accès n'est-elle pas expressément prévue. Il ressort simplement de l'article 6. I 8 de la loi « confiance dans l'économie numérique » que l'autorité judiciaire peut prescrire à l'encontre d'un fournisseur d'accès (ou d'un hébergeur) en référé ou sur requête des mesures propres à prévenir un dommage ou à le faire cesser.

On en déduit que la responsabilité du fournisseur d'accès ne peut être engagée que si ce dernier ne se conforme pas à la décision rendue par le juge. Comme jadis, avant que des textes ne viennent régir la responsabilité des fournisseurs d'accès ⁴³⁸⁰, il faut obtenir préalablement une décision enjoignant la cessation d'une diffusion ou l'adoption de mesures, pour ensuite obtenir la condamnation du fournisseur d'accès qui ne la respecterait pas ⁴³⁸¹.

Il a été précisé par les juges du fond que les fournisseurs d'accès ne sont pas des responsables subsidiaires par rapport aux hébergeurs, ni même aux titulaires des sites ⁴³⁸². Le titulaire des droits violés peut assigner en référé directement les fournisseurs d'accès pour qu'ils mettent en place des filtres vers les sites illicites, sans devoir au préalable notifier ou mettre en demeure les hébergeurs ou les titulaires des sites de mettre fin à la diffusion du contenu illicite ⁴³⁸³. La Cour de cassation a ensuite imposé la même obligation aux prestataires qui proposent des connexions via des modems appelés « box » ⁴³⁸⁴; ces derniers sont tenus comme les fournisseurs d'accès Internet de mettre en place les mesures de filtre ordonnées par le juge saisi ⁴³⁸⁵.

C. Obligations de conservation des données et dispositifs d'alerte pour certaines infractions

- 1260** *Quelques obligations* ◇ L'absence de responsabilité du fait des contenus véhiculés ou stockés n'empêche pas de répondre de quelques obligations. Il a été instauré celle de conservation des données identifiantes des internautes utilisateurs des services (1) et quelques obligations aux fins d'aide au maintien de l'ordre public et des bonnes mœurs (2).

1. La conservation des données identifiantes

- 1261** *Fondement textuel de l'obligation* ◇ L'article 6 II de la loi « confiance dans l'économie numérique » impose une obligation de conservation des données par les prestataires de services de communication en ligne afin de les communiquer aux « autorités judiciaires » à leur demande. En effet le texte dispose que les fournisseurs d'accès et les hébergeurs « détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à

la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires ». Cette obligation de conservation répond aux objectifs fixés par la loi.

1262 *Conservation aux fins de communication à l'autorité judiciaire, de police et de gendarmerie* ◇ L'obligation de conservation des données identifiantes par les fournisseurs d'accès Internet et par les hébergeurs a été instaurée afin de communiquer ces données aux représentants de l'autorité judiciaire qui en font la demande, conformément à l'article 6, II, alinéa 3.

En outre, des agents des services de police ou de gendarmerie peuvent solliciter ces informations desdits prestataires dans le cadre de la lutte contre les actes de terrorisme ⁴³⁸⁶ ; les articles 5 à 10 du décret du 25 février 2011 relatif à la collecte des données par les fournisseurs d'accès et les hébergeurs précisent la procédure à respecter par ces autorités ⁴³⁸⁷. Cette habilitation législative donnée aux services de polices en charge de la lutte contre le terrorisme, sans qu'il soit nécessaire de passer par le juge, est reconduite régulièrement ⁴³⁸⁸.

1263 *Conservation aux fins de communication au tiers lésé sur injonction du juge* ◇ Un tiers victime de contenu illicite peut saisir le juge pour qu'il enjoigne à un fournisseur d'accès ou à un hébergeur de produire les données identifiantes qu'il a recueillies sur le titulaire d'un site ⁴³⁸⁹. En revanche, le fournisseur d'accès et l'hébergeur sont tenus au secret professionnel sur ces données et ne peuvent donc pas les communiquer à d'autres personnes que celles détentrices de l'autorité judiciaire ⁴³⁹⁰.

1264 *Conservation par l'hébergeur pour les besoins d'identification d'un éditeur non professionnel de site* ◇ L'article 6, III de la loi « confiance dans l'économie numérique » ⁴³⁹¹ prévoit que l'« éditeur professionnel » d'un site doit s'identifier complètement dans « un standard ouvert ». Cet « éditeur » professionnel doit mentionner les informations suivantes :

« a) S'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription ;

b) S'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social ;

c) Le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 précitée ;

d) Le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse et le numéro de téléphone du prestataire mentionné au 2 du I » (l'hébergeur).

Ces obligations d'identification complète et publique ne s'imposent pas à l'éditeur non professionnel. C'est alors qu'intervient l'obligation de conservation des données par l'hébergeur.

En effet, l'article 6, III, 2 de la loi confiance dans l'économie numérique dispose que l'éditeur « non professionnel » peut préserver son anonymat et ne pas faire figurer sur son site des données permettant de l'identifier. En revanche, cet « éditeur non professionnel » doit alors tenir à la disposition du public, « le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse » ⁴³⁹² de son hébergeur. Ce dernier est en charge de collecter et conserver les données identifiantes de cet « éditeur non professionnel » ⁴³⁹³.

1265 *Mise en œuvre de l'obligation de conservation* ◇ Conformément aux exigences de l'article 6, II de la loi « confiance dans l'économie numérique », un décret en Conseil d'État, du 25 février 2011, a été adopté afin de préciser les données à conserver ⁴³⁹⁴. L'article 1^{er} de ce texte détermine la liste des informations qui doivent être collectées.

Les hébergeurs et les fournisseurs d'accès doivent collecter des informations lors de la souscription d'un contrat. Il s'agit de l'identifiant de connexion, les nom, prénom, raison sociale, adresse postale, pseudonymes utilisés, adresses de courrier électronique, les numéros de téléphone, les mots de passe ⁴³⁹⁵.

Ces mêmes prestataires doivent également, quand la souscription du contrat est payante, collecter toutes les informations relatives au moment et au mode de paiement ⁴³⁹⁶.

En sus des obligations communes aux hébergeurs et fournisseurs d'accès chaque prestataire supporte des obligations plus spécifiques en lien avec leur activité.

Il incombe aux fournisseurs d'accès Internet de collecter à chaque connexion d'un internaute, l'identifiant de la connexion, l'identifiant

attribué par le fournisseur d'accès à son abonné ; l'identifiant du terminal utilisé pour se connecter ; les dates et heures de début et de fin de la connexion et les caractéristiques de la ligne de l'abonné ⁴³⁹⁷.

Les hébergeurs quant à eux doivent conserver, pour chaque opération de création, l'identifiant de la connexion à l'origine de la communication ; celui attribué par le système d'information au contenu, objet de l'opération ; les types de protocoles utilisés pour la connexion au service et pour le transfert des contenus ; la nature, les date et heure de l'opération et l'identifiant utilisé par l'auteur de l'opération lorsque celui-ci l'a fourni ⁴³⁹⁸.

L'article 3 du décret ⁴³⁹⁹ précise que la durée de conservation des données est d'un an à compter de la création du contenu (initiale ou modification) ⁴⁴⁰⁰, ou encore de la résiliation du contrat ou du paiement intervenu.

1266 *Sanctions pénale et civile de l'obligation de conservation* ◇ Le défaut de conservation des données par le fournisseur d'accès Internet ou par l'hébergeur est puni d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende pour une personne physique ou le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale ⁴⁴⁰¹. Les personnes morales sont également punissables dans les termes de l'article 121-2 du Code pénal aux termes de l'article 6, VI, 1 alinéa 2.

On observera que l'obligation existait déjà à l'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986 ⁴⁴⁰². Il avait été jugé sur le fondement de ce texte que le prestataire qui n'a pas conservé les données identifiantes commet une faute à l'égard du tiers qui cherche à identifier le titulaire d'un site dont le contenu lui cause un préjudice ⁴⁴⁰³. En effet, quand le prestataire assigné devant le juge ne peut pas fournir les données dont le magistrat lui enjoint la production, il engage sa responsabilité ⁴⁴⁰⁴. La même solution est à retenir par application de l'article 6, II de la loi confiance dans l'économie numérique.

2. Quelques obligations aux fins d'aide au maintien de l'ordre public et des bonnes mœurs

1267 *Une possible information des autorités publiques prévue par la directive « commerce électronique »* ◇ L'affirmation par la loi « confiance dans l'économie numérique » que les fournisseurs d'accès et

les hébergeurs ne sont pas soumis à une obligation générale de surveillance des informations ou des contenus ⁴⁴⁰⁵ est conforme à l'article 15, 1 de la directive « commerce électronique » ⁴⁴⁰⁶. Toutefois, l'article 15, 2 du texte européen prévoit la possibilité pour les États membres d'instaurer une obligation à la charge des « prestataires de services de la société de l'information » d'informer promptement les autorités publiques d'activités illicites ou d'informations illicites et une obligation de communiquer les informations permettant d'identifier les destinataires de leur service. Aussi est-il précisé au deuxième alinéa de l'article 6,7 de la loi confiance dans l'économie numérique que cette absence d'obligation de surveillance est « sans préjudice de toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire ». Aussi quelques obligations de moyens ont-elles été prévues à la charge des prestataires.

1268 *Quelques obligations de moyens* ◇ Aux termes de l'article 6, I, 7 de la loi « confiance dans l'économie numérique », les fournisseurs d'accès et les hébergeurs doivent concourir à la lutte contre l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale, l'apologie des crimes et délits et la diffusion d'images pédophiles. Pour ce faire, les prestataires de services Internet doivent mettre en place des dispositifs permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données ⁴⁴⁰⁷. Dès lors qu'un internaute aura signalé à un prestataire un tel contenu illicite, il appartiendra à ce dernier d'en informer les autorités publiques. En second lieu, il est fait obligation aux fournisseurs d'accès et aux hébergeurs de rendre public les moyens qu'ils consacrent à la lutte contre les activités illicites ⁴⁴⁰⁸.

Ensuite, toujours aux termes du même texte, l'autorité administrative peut communiquer aux fournisseurs d'accès Internet les adresses des sites qui mettent en scène des mineurs dans des scènes à caractère pornographique afin que ces derniers coupent immédiatement l'accès.

Enfin, à l'article 6, 7 il est encore fait obligation aux fournisseurs d'accès et aux hébergeurs de mettre en place des dispositifs facilement accessibles et visibles permettant de signaler à leurs abonnés les sites interdits de jeux en ligne, parce que non agréés par l'autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) ⁴⁴⁰⁹. Ces prestataires informent également leurs abonnés des risques encourus par eux du fait d'actes de jeux réalisés en violation de la loi ⁴⁴¹⁰.

Le manquement à l'une de ces deux obligations est puni par un an d'emprisonnement 75 000 euros d'amende ⁴⁴¹¹.

Par ailleurs, les fournisseurs d'accès doivent proposer à leurs abonnés les moyens techniques de restreindre l'accès à certains sites ⁴⁴¹².

SECTION 3. L'EXTENSION DE LA NOTION D'HÉBERGEUR FONDÉE SUR LE CRITÈRE DE LA NEUTRALITÉ TECHNIQUE

1269 *Les enjeux de la qualification d'hébergeur* ◇ L'usage généralisé du réseau Internet a consacré l'idée que la technique est au centre de l'activité économique et des relations sociales. Pour justifier de l'utilisation des créations ou de la renommée d'autrui certains prestataires se sont réfugiés derrière une prétendue neutralité de leurs processus techniques qui les dispenserait de s'acquitter de toute rétribution aux ayants droit. Les moteurs de recherche, les plateformes de musique ou de films en ligne et les courtiers de vente soutiennent que leurs processus sont automatisés et qu'ils n'interviennent pas sur les contenus ce qui leur permettrait d'échapper à toute responsabilité à l'égard des tiers.

La raison pour laquelle ces prestataires tiennent à recevoir la qualité d'hébergeur réside dans le régime extrêmement favorable de responsabilité qui a été accordé à cette activité conçue initialement comme étant purement technique. En effet, aux termes de l'article 14 de la directive « commerce électronique » ⁴⁴¹³ et de l'article 6-1, 2 de la loi « confiance dans l'économie numérique » du 21 juin 2004 ⁴⁴¹⁴ que nous venons de présenter ⁴⁴¹⁵, les hébergeurs ne pourront pas être tenus pour civilement ou pénalement responsables du contenu stocké s'ils n'avaient pas connaissance de son caractère illicite.

L'octroi de cette immunité suppose une absence complète d'intervention sur les contenus stockés à la demande des internautes. Toutefois, ce critère a été étendu au-delà de la simple activité de stockage sur des disques durs aux fins d'accès aux internautes.

1270 *L'application extensive du critère de la neutralité technique* ◇ Le critère appelé « neutralité technique » a été étendu à des activités automatiques telles que les sites en streaming ou à des

activités de régie publicitaire associées à un moteur de recherche ⁴⁴¹⁶.

La neutralité suppose « l'abstention de ceux qui ne prennent point de parti dans des questions, dans des différends » ⁴⁴¹⁷. Tel n'est pas le cas de ces prestataires qui proposent des contenus ou des services au thème prédéfini, ce qui constitue une activité différente d'un stockage pur et simple de données.

Or il a été soutenu, avec succès, que le régime des hébergeurs s'applique à tout prestataire qui répond au critère de « neutralité technique » ; il convient de comprendre le sens donné à cette expression en jurisprudence ; source du droit qui a accueilli et contribué à forger cette notion (§ 1). Pour aller plus loin et tenter de comprendre le sens exact de la « neutralité technique », il convient de retourner aux sources des textes sur la responsabilité des hébergeurs, dans les travaux préparatoires (§ 2).

§ 1. La neutralité technique : une notion forgée par la jurisprudence

- 1271** *Jurisprudence européenne et française* ◇ La jurisprudence de la Cour de justice a donné le signal d'une application très large de l'article 14 la directive « commerce électronique » ⁴⁴¹⁸ sur la responsabilité des hébergeurs (A) ; la Cour de cassation l'a suivi (B).

A. Une conception extensive de la qualité d'hébergeur en œuvre à la Cour de justice

- 1272** *Google Adwords « hébergeur » : un rôle neutre, automatique et passif* ◇ La directive commerce électronique en son article 14 intitulé « Hébergement » caractérise cette activité en précisant qu'il s'agit « d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service ». Cette définition a été précisée dans l'affaire *Google* où la Cour de justice a décidé qu'un prestataire est hébergeur si « le rôle exercé par ledit prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke » ⁴⁴¹⁹. Le fait que le prestataire se fasse rémunérer par de la publicité n'est pas un critère qui empêche la

qualification d'hébergeur⁴⁴²⁰. En revanche, la Cour de justice estime qu'il convient d'examiner « le rôle joué par Google dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés »⁴⁴²¹.

1273 *eBay « hébergeur » : un traitement purement technique et automatique* ◇ Le critère de la neutralité a été réaffirmé dans l'arrêt *eBay* en ajoutant que l'article 14 de la directive du 8 juin 2000 doit être interprété dans son contexte et en tenant compte des objectifs poursuivis par cette réglementation⁴⁴²². Cette obligation de neutralité signifie que le prestataire ne peut procéder qu'à un « traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients »⁴⁴²³ et se traduit par l'interdiction de tout rôle actif du prestataire sur les contenus stockés, c'est-à-dire qu'il ne peut pas jouer un « rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données »⁴⁴²⁴.

La Cour de justice a précisé dans l'affaire *eBay* que stocker des offres de vente ne suffit pas pour priver le prestataire de l'immunité de responsabilité instaurée à l'article 14 de la directive⁴⁴²⁵. En revanche, le fait de prêter « une assistance laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres » constitue un acte positif qui exclut la qualité d'hébergeur⁴⁴²⁶. La Cour de justice n'exclut donc pas qu'eBay, courtier en ligne soit reconnu comme hébergeur ; il ne peut se voir appliquer cette qualification s'il aide à la rédaction du contenu de l'annonce ou à promouvoir les articles vendus sur son site.

1274 *Une jurisprudence européenne ambiguë* ◇ Cette jurisprudence est extrêmement nuancée ou ambiguë selon l'appréciation qu'on souhaite lui donner.

En premier lieu elle n'exclut ni eBay, ni Google de la qualité d'hébergeur, ces derniers peuvent y prétendre dès lors qu'ils n'aident pas leurs clients à rédiger leur annonce ou ne mettent pas en place d'optimisation des connexions à leur profit. Cette conception de l'hébergeur emporte deux conséquences. Tout d'abord, pour certaines ventes, eBay pourrait être considéré comme un simple hébergeur⁴⁴²⁷. De même que Google, peut pour des prestations de liens commerciaux, revendiquer une neutralité technique qui le protège. Ensuite, les tiers qui auraient à se plaindre de la vente de produits contrefaisant devront, après

une analyse au cas par cas déterminer quand eBay a agi comme hébergeur ou comme prestataire non-hébergeur, selon que des services d'optimisation auront été mis en œuvre ou non. Il leur appartient de faire de même pour Google, c'est-à-dire, au cas par cas, démontrer que Google a aidé à la rédaction du message. Ces décisions européennes ne permettent donc pas de dire, *de plano*, si eBay ou Google sont hébergeurs ou ne le sont pas : c'est selon. Or la Cour de cassation française a admis assez largement la qualité d'hébergeur en appliquant libéralement le critère de la neutralité technique ; elle a néanmoins refusé cette qualité à eBay.

B. Une application libérale du critère de la neutralité technique par la Cour de cassation

- 1275** *Un arrêt Tiscali conforme à une approche stricte de la notion d'hébergeur ; jurisprudence éphémère* ◇ Dans l'arrêt *Tiscali* ⁴⁴²⁸ rendu le 14 janvier 2010, par la première chambre civile il était jugé que le fait pour cette société de mettre en place une régie publicitaire autour des pages réservées à ses internautes ne lui permettait pas de bénéficier d'un régime dérogatoire de responsabilité réservé aux seuls hébergeurs ⁴⁴²⁹. Cette position a été contredite par la chambre commerciale ⁴⁴³⁰ ; et la première chambre civile s'est alors inclinée dans son arrêt *Dailymotion* ⁴⁴³¹ au regard de l'interprétation donnée par la Cour de justice de l'Union européenne de l'application de l'article 14 de la directive commerce électronique ⁴⁴³².
- 1276** *L'arrêt Google de la chambre commerciale, une application de la jurisprudence de la CJUE sans explication* ◇ Après la réponse à la question préjudicielle par la Cour de justice dans l'affaire *Google* ⁴⁴³³, la chambre commerciale de la Cour de cassation a accordé à ce moteur de recherche le statut d'hébergeur pour son activité de liens commerciaux AdWords ⁴⁴³⁴. La Haute juridiction française n'a toutefois pas donné d'indications sur sa propre définition de l'hébergeur. La décision est étonnante quand on sait que Google qui propose des liens commerciaux privilégiés développe alors une activité de régie publicitaire.

1277 *L'arrêt Dailymotion un alignement sur la position de la chambre commerciale, pour une admission très large de la qualification d'hébergeur* ◇ L'arrêt Dailymotion, de la première chambre civile du 17 février 2011 ⁴⁴³⁵ a constitué un alignement sur la position extrêmement libérale de la chambre commerciale. En effet, la première chambre a considéré l'activité de Dailymotion, de diffusions d'œuvres en streaming, comme suffisamment neutre pour mériter la qualification d'hébergeur, ce qui a constitué un revirement de jurisprudence au regard de la position qu'elle avait adoptée dans l'arrêt Tiscali ⁴⁴³⁶. Désormais, chambre commerciale et première chambre civile sont à l'unisson pour admettre très largement la qualification d'hébergeur.

1278 *Un refus pour eBay, courtier de vente en ligne* ◇ Par trois arrêts la Cour de cassation a refusé d'accorder la qualité d'hébergeur à eBay ⁴⁴³⁷. Elle a relevé à partir de l'arrêt d'appel « que les sociétés eBay envoient des messages spontanés à l'attention des acheteurs pour les inciter à acquérir et invitent l'enchérisseur qui n'a pu remporter une enchère à se reporter sur d'autres objets similaires sélectionnés par elles ». Le traitement de l'information par eBay sur les objets vendus et sa communication avec ses clients empêchait donc de lui conférer l'activité d'hébergeur.

1279 *Une position libérale de la Cour de cassation* ◇ À première vue, Cour de justice de l'Union européenne et Cour de cassation retiennent le critère de la neutralité et son revers, le rôle actif du prestataire qui le prive du statut d'hébergeur. Toutefois, dans les décisions Google et Dailymotion, il nous semble que n'a pas été suffisamment analysé par la Haute juridiction française le rôle actif de ces entreprises sur les contenus ; elle l'a fait néanmoins pour eBay.

Nonobstant les incertitudes qui peuvent naître de cette jurisprudence, le message est envoyé que tout site automatisé et sans contrôle peut être qualifié d'hébergeur.

1280 *En conséquence : tout site sans contrôle peut devenir « hébergeur »* ◇ La jurisprudence extrêmement libérale de la Cour de cassation et une interprétation large de celle de la Cour de justice a

conduit les juges du fond à accorder la qualité d'« hébergeur » à un site qui fonctionne comme un forum de discussion appelé <Les Arnaques.com> ⁴⁴³⁸. Ce statut a été accordé précisément parce que les internautes peuvent déposer n'importe quel contenu et qu'il n'y a pas de modérateur ! ⁴⁴³⁹ Bien évidemment, il est ajouté qu'il importe peu que les auteurs réalisent du profit puisque cela est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice. Cette jurisprudence aboutit à encourager le laisser faire et l'absence de contrôle pour des prestataires : moins ils exercent de contrôle sur le contenu et moins ils risquent d'être responsables, bien qu'ils choisissent délibérément une activité très ciblée. L'analyse des travaux préparatoires aux textes sur la responsabilité des prestataires ne permettait pas d'envisager une telle dérive.

§ 2. Analyse des travaux préparatoires : aux sources de la neutralité technique

1281 *Le but de l'examen des travaux préparatoires* ◇ L'article 6-I, 2 de la loi du 21 juin 2004 « confiance dans l'économie numérique » ⁴⁴⁴⁰ a défini l'activité d'hébergeur comme celle qui consiste pour « 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 définition n'ajoute rien de décisif au regard de celle donnée à l'article 14 de la directive commerce électronique. Aussi l'examen des travaux préparatoires pourrait-il livrer l'intention du législateur en adoptant ce texte.

1282 *Les hésitations sur la notion de stockage* ◇ Dans la présentation du projet de loi « confiance dans l'économie numérique », il était indiqué, à propos du prestataire technique, qu'un régime dérogatoire de responsabilité lui est applicable, mais que « toute intervention de sa part sur les contenus mis à la disposition du public l'exposerait, en revanche, à une responsabilité de nature éditoriale » ⁴⁴⁴¹. En outre, dans l'article 2 du projet de loi, le stockage était qualifié de « direct et permanent » ⁴⁴⁴². À l'Assemblée nationale, le rapporteur pour avis précisait que : « sont concernés tous les intermédiaires dont l'activité consiste à stocker

durablement des données (stockage “permanent”), sans intervenir sur leur contenu (stockage “direct”) » ⁴⁴⁴³. Dans le rapport au Sénat, il était encore ajouté que les hébergeurs sont « (ceux qui louent un espace-disque pour “héberger” des données produites par des éditeurs et les acheminent vers le terminal de l'utilisateur des réseaux qui en fait la demande), comme les fournisseurs » ⁴⁴⁴⁴. Ensuite, lors du vote au Sénat, il était adopté un amendement qui visait à remplacer les termes du projet de loi de « stockage direct et permanent » par les termes de « stockage durable » ⁴⁴⁴⁵. La ministre représentant le gouvernement lors du débat précisait que le juge appréciera la nature de la responsabilité des organisateurs de forums de discussion, sans modérateur, notamment au regard du fait que le choix de la thématique du forum serait opéré ou non par le prestataire ⁴⁴⁴⁶. Enfin, l'expression « stockage durable » a disparu lors des travaux de la Commission mixte paritaire, au profit de « stockage de signaux... » ⁴⁴⁴⁷.

L'analyse des travaux préparatoires montre que dans un premier temps le législateur a recherché les mots permettant de restreindre le champ d'application du régime à une activité neutre. Dans un second temps, les parlementaires sont revenus au texte de la directive, moins précis, et ouvrant à une interprétation plus large.

- 1283** *Le paradigme du forum de discussion* ◇ Les travaux révèlent qu'une hésitation s'était fait jour sur la responsabilité des forums sans modérateur. La ministre en charge du projet avait estimé que le seul choix du thème du forum de discussion par son organisateur constituait une intervention sur le contenu des données stockées et était de nature à écarter l'application du régime dérogatoire de responsabilité civile des hébergeurs ⁴⁴⁴⁸. Cette observation sur l'objet de l'activité du prestataire peut aider à sortir de l'impasse actuelle créée par l'application extensive du critère de la neutralité technique.

SECTION 4. POUR LIMITER LE BÉNÉFICE DE LA QUALITÉ D'HÉBERGEUR : LE CRITÈRE DE L'OBJET DE L'ACTIVITÉ

- 1284** *Ne pas accorder une immunité à la légère* ◇ Une immunité de responsabilité telle que celle dont bénéficie l'hébergeur ⁴⁴⁴⁹ qui n'est pas

tenu de vérifier les contenus qu'il stocke ne saurait être accordée à la légère. Si l'on observe les cas dans lesquels une immunité de responsabilité a été accordée et en adoptant une approche chronologique, c'est sans doute l'immunité du « Prince » étranger et de ses représentants, les ambassadeurs, qui doit d'abord être relevée ⁴⁴⁵⁰. Cette immunité des diplomates et de leurs proches signifie que ni leur responsabilité pénale, ni leur responsabilité civile ne peuvent être engagées dans le pays qui les accueille ⁴⁴⁵¹. Le chef de l'État français lui-même dispose désormais d'une immunité de poursuites durant son mandat ⁴⁴⁵².

Dans une approche plus quotidienne de la responsabilité civile, si l'*infans* ⁴⁴⁵³ et le dément ⁴⁴⁵⁴ ont perdu leur immunité, le salarié qui n'excède pas sa mission et qui ne commet pas d'infraction pénale volontaire ne peut plus être directement inquiété par la victime ⁴⁴⁵⁵, ni exposé à une action récursoire de son employeur ⁴⁴⁵⁶. Une immunité ne peut donc être accordée qu'à un bénéficiaire dont la position représente un symbole fort ou qui mérite une protection parce qu'il est placé dans un lien de subordination. Une immunité se mérite.

Les textes qui ont accordé un régime extrêmement favorable aux hébergeurs ne sauraient donc être dévoyés par une application trop libérale.

1285 *Remplacer le critère de la neutralité technique par celui de l'objet de l'activité* ◇ Selon nous, ce ne sont pas tant les modes techniques de stockage qui constituent le critère essentiel pour déterminer si le statut d'hébergeur de sites doit être accordé. Ce n'est donc pas la neutralité technique qui doit servir de critère. Cette dernière a été habilement mise en avant par les conseils des prestataires tels que Google, Dailymotion ⁴⁴⁵⁷ ; les magistrats saisis ont bien voulu se laisser convaincre.

Toutefois, il convient de reprendre l'analyse de la qualification d'hébergeur afin d'éviter une dérive de l'application de l'immunité et permettre aux tiers dont les droits sont utilisés sans autorisation préalable ou rémunération de mieux en assurer la protection. La neutralité technique qui a été admise largement par les juges sans être véritablement démontrée doit être remplacée par le critère de l'objet de l'activité du site, susceptible d'être mieux compris par les juristes. Cette notion d'objet est bien connue en droit des sociétés. En raisonnant à

partir de l'objet de l'activité, il apparaît alors qu'une entreprise, telle qu'eBay ou Google ou Dailymotion, qui choisit la nature des contenus qu'elle va stocker (annonces de vente, marques ou mots clés, musiques ou films) et organise leur présentation afin de bâtir sa renommée, n'agit pas en qualité d'hébergeur. Ces entreprises visent à réaliser leur objet propre : courtier de vente, régie publicitaire, diffusion de films ou de musiques semblable à une chaîne de radio ou de télévision.

Quand l'objet de l'activité de l'entreprise est neutre et que son identification s'efface derrière l'infinie variété des contenus hébergés ; il s'agit d'un véritable hébergeur. Ces derniers sont des prestataires qui ont pour objet de stocker sur des espaces disques les données des internautes dans le but exclusivement technique de les rendre accessibles au profit de leurs clients (services payants) ou de leurs affiliés (services gratuits) sans imposer un objet déterminé (vente, liens commerciaux, diffusion de musique ou de films) ni classification par thèmes prédéterminés. En revanche, quand une entreprise a pour objet de bâtir sa réputation sur la nature des contenus présents sur son site, il ne s'agit pas d'un hébergeur.

Les acteurs majeurs de la société de l'information ont chacun développé des technologies certes automatisées mais qui ne sont pas neutres. Les informations enregistrées par ces entreprises pour mener à bien leur activité n'ont rien à voir avec le simple service de stockage de sites ou de blogs sans discrimination, ni thème défini *a priori*. Il ne faut donc pas confondre automatisme d'une technologie et neutralité technique. Il faut sortir de cette confusion grâce à laquelle le juriste peut se réfugier derrière des considérations techniques qu'il ne maîtrise pas. La réappropriation par le juriste de la question de la responsabilité des hébergeurs passe par le changement de critère afin d'adopter une notion qu'il connaît : celle de l'objet de l'activité d'une entreprise.

Nous allons retrouver ces questions en reprenant les décisions qui ont eu trait à des activités de services développées sur Internet qui n'avaient initialement aucune vocation à être qualifiés d'hébergeurs.

CHAPITRE 2

MOTEURS ET PLATEFORMES DE VENTES

Section 1. LA NEUTRALITÉ TECHNIQUE DES MOTEURS DE RECHERCHE

§ 1. **L'activité de régie publicitaire de lien commercial des moteurs de recherche**

- A. Condamnations par des juges du fond pour contrefaçon, faute et publicité trompeuse
- B. Régie publicitaire de liens commerciaux qualifiée d'hébergeur par la CJUE et la Cour de cassation

§ 2. **L'activité de suggestion de recherches du moteur de Google (*Google Suggest*)**

Section 2. L'ACTIVITÉ DES PLATEFORMES DE VENTES

§ 1. **Des courtiers non soumis aux règles des ventes aux enchères par Internet**

§ 2. **Des courtiers « non-hébergeurs »**

1286 *Animation d'Internet et régime de responsabilité* ◇ Comme l'a souligné l'Autorité de la concurrence ⁴⁴⁵⁸, les plateformes de vente en ligne du type eBay ou PriceMinister contribuent largement à animer le commerce électronique. Par ailleurs, il est aujourd'hui inimaginable de procéder à une recherche Internet sans utiliser un moteur de recherches, le principal étant Google. Ce dernier, à partir de son algorithme permettant des recherches « naturelles », a développé d'autres services, payants cette fois. Il en est ainsi d'AdWords qui met en place des liens commerciaux grâce à un service de régie publicitaire. Ces prestataires ont recours à des systèmes automatisés, afin d'éviter que leur responsabilité ne soit engagée, notamment pour usage sans droit ni titre de la marque d'autrui ; ils ont revendiqué l'application de l'article 14 de la directive « commerce électronique » et, en France, l'article 6, I, 2 de la

loi « confiance dans l'économie numérique » du 21 juin 2004. Ces textes disposent qu'un hébergeur n'est pas responsable du contenu hébergé, tant qu'il n'a pas eu connaissance de son caractère illicite ⁴⁴⁵⁹. Le texte français précise que le tiers lésé doit procéder à une notification à l'hébergeur pour le constituer responsable s'il ne prend aucune mesure pour faire cesser l'accès au site hébergé. Ce régime de faveur a été revendiqué par Google, pour son service AdWords (Section 1) et par eBay (Section 2).

SECTION 1. LA NEUTRALITÉ TECHNIQUE DES MOTEURS DE RECHERCHE

- 1287** *Les services Google, une approche éclatée* ◇ La mise en place d'un moteur de recherches très performant s'est accompagnée de la mise en œuvre de services connexes payants. Cela n'a rien d'anormal, Google n'étant pas un service public de l'Internet. Les premières difficultés sont intervenues avec la régie publicitaire AdWords pour la mise en place de liens commerciaux. Grâce aux actions qui ont été menées contre cette entreprise, un régime de responsabilité pour régie publicitaire de liens commerciaux s'est mis en place (§ 1). Plus récemment la fonction de moteur naturel a été mise en cause pour des résultats de recherches qui amenaient sur des contenus diffamatoires (§ 2).

§ 1. L'activité de régie publicitaire de lien commercial des moteurs de recherche

- 1288** *Lien commercial et marques : le conflit* ◇ Les liens commerciaux constituent un moyen de publicité par Internet qui permet à des annonceurs d'apparaître de manière distincte sur les pages de résultat quand un internaute formule une requête auprès d'un moteur de recherches. Ces annonceurs mettent ainsi en valeur leur présence sur le réseau Internet aux fins de commercialisation de leurs produits ou services. Les questions juridiques soulevées par la prestation de liens commerciaux sont nées de la pratique consistant, pour le service de régie publicitaire du type « *AdWords* de Google », à proposer au commerçant client qui veut faire apparaître son site en lien privilégié une liste de mots-clés aux annonceurs afin que ces derniers y effectuent un choix ⁴⁴⁶⁰.

Or parmi ces mots clés figurent des marques.

Les juges du fond ont sanctionné cette pratique sur le fondement de la contrefaçon, de la responsabilité pour faute ou de la publicité trompeuse (A), avant que les plus hautes juridictions européenne et française ne soient saisies et ne les démentent (B).

A. Condamnations par des juges du fond pour contrefaçon, faute et publicité trompeuse

1289 *Sur la condamnation des prestataires de liens commerciaux par les juges du fond pour contrefaçon* ◇ La contrefaçon prévue par l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle avait été reconnue à l'encontre d'exploitants de moteurs de recherche qui proposaient des prestations de liens commerciaux en raison du recours à « l'outil de suggestion de mots-clés qui propose des marques à tout annonceur potentiel »⁴⁴⁶¹. Le rôle actif du prestataire dans le fait de proposer des marques à titre de mots clés avait régulièrement justifié sa condamnation pour contrefaçon⁴⁴⁶².

Les condamnations à dommages et intérêts prononcées avaient été très élevées dans l'affaire *Louis Vuitton c/ Google* car les liens commerciaux avaient été établis avec des sites ouvertement contrefaisant⁴⁴⁶³. À cette occasion, il avait été souligné par les juges du fond que la contrefaçon était établie à l'encontre de l'exploitant du moteur de recherche proposant des liens commerciaux du fait de son système de proposition de mots clés qui procède à la reproduction et à l'utilisation d'une marque notoire⁴⁴⁶⁴.

La notion de contrefaçon de marque avait également été utilisée à l'étranger afin de sanctionner des prestataires de liens commerciaux. Aux États-Unis, il avait été jugé en appel, dans une célèbre affaire, que le moteur de recherche qui vendait des groupes de mots contenant une marque bien connue créait un risque de confusion et que la capitalisation sur la réputation du titulaire de la marque était constitutive de contrefaçon⁴⁴⁶⁵. De même qu'en Allemagne, un exploitant de moteur de recherche proposant des liens commerciaux avait été condamné comme co-auteur d'un acte de contrefaçon⁴⁴⁶⁶.

Toutefois, certains tribunaux français avaient écarté la contrefaçon en décidant que « le fait de proposer un mot-clé à un annonceur ne réalise par un acte de contrefaçon »⁴⁴⁶⁷. En effet, il avait été jugé que le

prestataire de liens commerciaux n'est qu'un prestataire de services qui n'opère pas dans le secteur dans lequel les marques litigieuses ont été enregistrées ; la contrefaçon au sens des articles L. 712-2 et L. 712-3 n'était donc pas établie ⁴⁴⁶⁸.

Par ailleurs, la contrefaçon a été écartée pour « les commerçants qui distribuent des produits de marque » et qui « ont le droit de reproduire la marque pour présenter le produit à la vente ou pour en faire la publicité ». Cette solution était dictée par la position de la Cour de justice de l'Union européenne qui estime qu'un distributeur agréé peut utiliser la marque pour la distribution de laquelle il a été sélectionné aux fins de publicité ⁴⁴⁶⁹.

1290 *Sur la condamnation des prestataires de liens commerciaux pour faute* ◇

La responsabilité pour faute du prestataire de liens commerciaux avait été recherchée par le tiers qui soutenait être victime d'une atteinte à ses droits sur un signe qui caractérise ses produits ou services. Il avait été fait droit à de telles demandes en jugeant que de l'immunité de responsabilité prévue pour les hébergeurs par l'article 6 de la loi « confiance dans l'économie numérique » du 21 juin 2004 ne s'appliquait pas aux prestataires de liens commerciaux, ces derniers jouant un rôle qui excédait le simple stockage de données ⁴⁴⁷⁰. Le prestataire de liens commerciaux avait été considéré comme fautif car, en établissant une liste de mots clés contenant des marques, il fournissait les moyens au commerçant qui choisissait la marque de son concurrent comme mot-clé de commettre un acte de concurrence déloyale.

1291 *Sur la condamnation des prestataires de liens commerciaux pour publicité trompeuse* ◇

La publicité trompeuse avait également été retenue pour qualifier la création de liens commerciaux qui portent atteinte aux droits des tiers.

C'est ainsi qu'il avait été fait application de l'article L. 115-33 du Code de la consommation, qui dispose, en substance, que les propriétaires de marques de commerce, de fabrique ou de services peuvent s'opposer à ce que des textes publicitaires concernant nommément leur marque soient diffusés lorsque l'utilisation de cette marque vise à tromper le consommateur ou qu'elle est faite de mauvaise foi ⁴⁴⁷¹.

En outre, est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de

nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent notamment sur la nature, l'origine, la composition et les qualités substantielles des biens et services qui font l'objet de la publicité ⁴⁴⁷². Or, il a été considéré que le fait d'établir un lien commercial au profit de sites contrefaisant, rendait le prestataire de liens commerciaux coupable de publicité trompeuse ⁴⁴⁷³.

L'ensemble de ces chefs de condamnation a été balayé par la qualification de la régie publicitaire AdWords d'« hébergeur ».

B. Régie publicitaire de liens commerciaux qualifiée d'hébergeur par la CJUE et la Cour de cassation

1292 *Affaire Louis Vuitton c/ Google AdWords ; Cour de cassation et CJUE : question préjudicielle* ◇ C'est à l'initiative de la Cour de cassation que la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie pour interpréter le droit communautaire des marques et définir la notion d'hébergeur au sens de la directive n° 2000/31 du 8 juin 2000 dite « commerce électronique » ⁴⁴⁷⁴. Il s'agissait de l'affaire opposant Louis Vuitton à *Google Adwords*. Ce prestataire de régie publicitaire de liens commerciaux proposait cette marque notoire parmi ses mots clés à ses clients commerçants et avait laissé s'installer des liens commerciaux vers des sites ouvertement contrefaisants. Les juges du fond avaient condamné le prestataire Internet ⁴⁴⁷⁵. Par le jeu de la question préjudicielle, la Cour de justice (1) et la Cour de cassation (2) se sont prononcées.

1. Bénéfice de l'article 14 de la directive « commerce électronique » pour le prestataire de régie publicitaire aux fins de liens commerciaux AdWords

1293 *La question posée à la Cour de justice* ◇ La Cour de justice ⁴⁴⁷⁶ a été saisie par la Cour de cassation française ⁴⁴⁷⁷ afin de déterminer si la proposition de marques parmi les mots-clés offerts à ses clients annonceur par *Google AdWords* constituait un usage non autorisé de la marque d'autrui et si ce dernier pouvait s'abriter derrière l'immunité relative de responsabilité créée par l'article 14 de la directive commerce électronique.

1294

Sur l'usage de la marque (renvoi) et le rôle du prestataire de liens commerciaux ◇ Nous ne développerons pas la réponse donnée sur les marques ⁴⁴⁷⁸ ; nous relevons simplement que la Cour de justice a décidé que le prestataire d'un service de liens commerciaux tel que *Google AdWords* ne fait pas usage de la marque au sens du droit européen en stockant cette dernière comme mot-clé ⁴⁴⁷⁹. Dans son arrêt la Cour de justice précise que le fait que Google soit rémunéré pour le service qui consiste à faciliter l'usage non autorisé par les annonceurs de la marque d'autrui ne signifie pas pour autant que le moteur de recherche « fasse usage lui-même dudit signe » ⁴⁴⁸⁰. Toutefois, elle ajoute que « dans la mesure où il a permis à son client de faire un tel usage, son rôle doit le cas échéant, être examiné sous l'angle d'autres règles de droit » que le droit des marques ⁴⁴⁸¹.

Aussi, il nous semble que la qualification la plus pertinente, parmi les différents chefs de condamnation qui avaient été retenus contre *Google AdWords* par les juridictions du fond françaises ⁴⁴⁸², pour ses services de liens commerciaux, consiste dans la complicité par fourniture de moyens de l'usage non autorisé de la marque d'autrui. C'est bien l'annonceur qui, en choisissant parmi les mots clés la marque d'autrui sans autorisation, est responsable à titre principal. Néanmoins, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, *Google Adwords* commettrait également une faute. En fournissant la liste de mots parmi lesquels se trouvent des marques, il donnerait les moyens aux annonceurs de proposer des articles de contrefaçon ou de se livrer à des actes de concurrence déloyale.

Pour déterminer si ce prestataire est responsable pour faute, il convenait de déterminer si Google opposer à ses détracteurs le régime dérogatoire de l'article 14 de la directive « commerce électronique » transposé à l'article 6 I, 2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, « confiance dans l'économie numérique ».

1295 ***Sur l'application de l'article 14 de la directive « commerce électronique » au prestataire de liens commerciaux*** ◇ La Cour de justice a décidé dans l'arrêt *Louis Vuitton c/ Google AdWords* d'accorder à ce prestataire de régie publicitaire aux fins de liens commerciaux le statut d'hébergeur ⁴⁴⁸³. À cette occasion elle a posé les critères de l'application de l'article 14 et les modalités de son articulation avec les droits nationaux de la responsabilité civile. Dans le

paragraphe 107 de son arrêt la Cour souligne que la responsabilité des prestataires « intermédiaires » a été aménagée dans la section 4 de la directive « commerce électronique » afin de restreindre les cas dans lesquels cette responsabilité pourrait être engagée en application du droit commun de la responsabilité dans les États membres.

La Cour retient ensuite ⁴⁴⁸⁴ que l'activité de référencement constitue bien une « fourniture de services de la société de l'information » au sens de la directive. *Google Adwords* peut donc prétendre à l'application de l'article 14 de la directive « commerce électronique » relatif au régime de responsabilité applicable à l'activité d'hébergement. Cependant, il faut pour cela que l'activité déployée corresponde à certains critères. Ces derniers se dégagent du texte et de l'esprit de la directive « commerce électronique » dans laquelle il a été accordé un régime dérogatoire de responsabilité à certains prestataires : les fournisseurs d'accès et les hébergeurs.

Pour bénéficier de cette immunité relative de responsabilité, selon la CJUE ⁴⁴⁸⁵, l'activité doit revêtir un caractère « purement technique, automatique et passif », impliquant que ledit prestataire « n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées » ; il doit avoir un rôle neutre ⁴⁴⁸⁶ dans le traitement de l'information.

La Cour relève que « Google procède, à l'aide des logiciels qu'elle a développés, à un traitement des données introduites par des annonceurs et qu'il en résulte un affichage des annonces sous des conditions dont Google a la maîtrise. Ainsi, Google détermine l'ordre d'affichage en fonction, notamment, de la rémunération payée par les annonceurs. » ⁴⁴⁸⁷. Elle relève ensuite des éléments dans l'activité de liens commerciaux qui sont sans conséquence sur la qualification d'hébergeur. Le fait que le service de référencement par Google soit payant n'a pas d'importance ⁴⁴⁸⁸ dès lors que l'activité d'hébergeur peut être réalisée à titre gratuit ou onéreux. En outre l'identité entre le mot-clé sélectionné par l'annonceur et celui saisi par l'internaute n'a pas de conséquence car cela ne révèle pas une connaissance ou un contrôle sur le contenu.

En revanche, la Cour de justice souligne qu'est pertinent pour savoir si *Google Adwords* peut bénéficier de l'article 14 de la directive « commerce électronique » « le rôle joué par Google dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots clé ».

Il restait aux juridictions des États membres à apprécier le rôle joué par Google pour proposer des mots clés aux annonceurs, puis pour

agencer les liens commerciaux à destination des internautes. La Cour de cassation a décidé qu'il n'en jouait aucun.

2. Bénéfice de l'article 6 de la LCEN pour le prestataire de régie publicitaire de liens commerciaux AdWords

1296 *Immunité de GoogleAdWords sans explication sur son rôle* ◇ La Cour de cassation ⁴⁴⁸⁹ censure, pour violation de la loi, l'arrêt d'appel qui avait condamné *Google AdWords* pour avoir établi des liens commerciaux vers des sites contrefaisants. Pour ce faire la Haute juridiction se contente de reprendre le motif de la Cour de justice dans son arrêt du 23 mars 2010 ⁴⁴⁹⁰. Elle ne recherche pas si dans les éléments relevés par la cour d'appel il existait les moyens de relever un rôle actif du prestataire de régie publicitaire et elle n'invite pas la cour de renvoi à le faire. En outre, la Cour de cassation a estimé que les juges du fond qui avaient fait application des dispositions sur la publicité trompeuse n'avaient pas caractérisé en quoi la prestation de Google constituait une publicité. Les mêmes solutions sur ces deux points ont été reprises ultérieurement ⁴⁴⁹¹.

Une telle motivation semble couper court à toute action contre *Google AdWords*, sauf à démontrer comme y invite la Cour de justice le rôle actif de ce prestataire ou encore à faire cheminer l'idée que le rôle de ce prestataire n'est pas de stocker des données, mais que l'objet de son activité est de faire activement de la régie publicitaire.

L'argument de la neutralité technique a également servi, de manière sans doute plus évidente pour l'algorithme « naturel » du moteur de recherches.

§ 2. L'activité de suggestion de recherches du moteur de Google (*Google Suggest*)

1297 *La question de la lutte contre la contrefaçon d'œuvres sur Internet* ◇ En plus de son moteur naturel qui affiche des résultats sur le plein écran des internautes, Google a développé une aide à la recherche qui se matérialise dans une petite fenêtre qui s'ouvre en haut à droite de l'écran. L'internaute tape un ou quelques mots et le logiciel de Google suggère d'autres termes ou des expressions pour aider à la recherche :

c'est « *Google Suggest* ». Un syndicat représentant les intérêts des artistes interprètes a saisi les juges du fond pour que Google intervienne sur son algorithme afin de faire cesser l'association entre le nom d'artistes et des sites tels que Megaupload, Torrent ou Rapidshare. La Cour de cassation ⁴⁴⁹² en censurant l'arrêt d'appel qui avait rejeté cette demande a relevé à propos de la fonctionnalité de *Google Suggest* que « ce service offrait les moyens de porter atteinte aux droits des auteurs ou aux droits voisins », et que, « d'autre part, les mesures sollicitées tendaient à prévenir ou à faire cesser cette atteinte par la suppression de l'association automatique des mots-clés avec les termes des requêtes, de la part des sociétés Google qui pouvaient ainsi contribuer à y remédier en rendant plus difficile la recherche des sites litigieux, sans, pour autant, qu'il y ait lieu d'en attendre une efficacité totale » ⁴⁴⁹³.

La décision a été rendue au double visa des articles L. 335-4 et L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle qui punissent la contrefaçon d'œuvres et permettent de saisir le tribunal de grande instance afin d'obtenir l'injonction à l'encontre d'un prestataire Internet de faire cesser une atteinte aux droits de l'auteur. Sur ce double fondement, il a donc été enjoint à Google de contribuer à la lutte contre la contrefaçon d'œuvres en intervenant sur l'algorithme de *Google Suggest*.

En revanche, une demande de même nature n'a pas prospéré sur le fondement du droit de la presse aux fins de lutte contre la diffamation.

1298 ***La question de l'affichage de termes diffamatoires lors de la requête par l'internaute*** ◇

Une personne a d'abord saisi les juges du fond afin de faire condamner Google pour diffamation par application de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881. Déboutée en appel, elle a vu son pourvoi rejeté ⁴⁴⁹⁴ car la société Google « n'avait pas de responsabilité directe dans le fonctionnement du moteur de recherche ni dans le site <google.fr> et qu'elle n'était pas concernée par l'élaboration des items incriminés ».

De la même façon une société qui voyait son nom apparaître grâce à la fonctionnalité *Google Suggest* avec le terme « escroc » avait obtenu des juges du fond, sur le fondement des articles 29 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 que, sous astreinte, la société Google supprime cette association de termes. La Cour de cassation censure cette décision ⁴⁴⁹⁵ au motif que « la fonctionnalité aboutissant au rapprochement critiqué est

le fruit d'un processus purement automatique dans son fonctionnement et aléatoire dans ses résultats, de sorte que l'affichage des "mots clés" qui en résulte est exclusif de toute volonté de l'exploitant du moteur de recherche d'émettre les propos en cause ou de leur conférer une signification autonome au-delà de leur simple juxtaposition et de leur seule fonction d'aide à la recherche ».

Toutefois, la cour d'appel de Paris avait estimé quant à elle, que dans son algorithme spécifique à *Google Suggest*, la société Google opère des choix d'association de termes afin d'éviter les contenus pornographiques ou grossiers ; elle avait donc jugé qu'une intervention humaine était possible ⁴⁴⁹⁶. La Cour de cassation s'est donc laissée une fois encore convaincre par l'idée de neutralité technique qui n'est pourtant pas avérée.

Les juges du fond semblent résister à cette position, car il a été décidé que Google, dans sa fonction *Google Suggest*, devait supprimer l'association du nom patronymique du requérant avec le terme escroc ; l'entreprise était en outre condamnée au versement de dommages et intérêts sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil ⁴⁴⁹⁷.

1299 *Automaticité et irresponsabilité ?* ◇ Le fait que les requêtes des internautes reçoivent une réponse automatisée liée à la collecte de données et leur traitement par l'algorithme de *Google Suggest* met-il Google à l'abri de toute demande ? Au-delà le moteur « naturel » de Google qui affiche les résultats en pleine page serait-il lui aussi inattaquable ?

Pour la protection des œuvres il a été considéré que Google pour sa fonctionnalité *Google Suggest* devait intervenir ⁴⁴⁹⁸. En revanche, mettre fin à l'affichage d'expressions diffamatoires a été impossible selon la Cour de cassation ⁴⁴⁹⁹. Cette dernière a-t-elle implicitement établi une hiérarchie des valeurs à protéger ?

Plus techniquement, un auteur a relevé ⁴⁵⁰⁰ que si l'on appliquait à *Google Suggest* l'article 14 de la directive « commerce électronique » ou l'article 6, I, 2 de la loi « confiance dans l'économie numérique », il suffirait de notifier à Google des contenus illicites pour qu'il doive les retirer. Cette société s'est bien gardée de revendiquer cette qualité d'hébergeur dans les affaires en cause, afin de ne pas être contrainte de prendre des mesures trop fréquentes sur simple notification.

On pourrait se demander aussi si Google dans sa fonctionnalité

Google Suggest ne se livre pas à du stockage intermédiaire temporaire relevant de l'article 13 de la directive « commerce électronique ». L'article 14 relatif aux hébergeurs ayant été extensivement appliqué ⁴⁵⁰¹, pourquoi n'en serait-il pas de même pour l'article 13 ⁴⁵⁰² ? Il faudrait alors saisir le juge pour obtenir de ce dernier qu'il enjoigne à Google de supprimer les associations de termes stockées à titre temporaire ou empêcher qu'elles ne se produisent.

Quelles que soient les questions posées à l'avenir sur la fonctionnalité « automatique » de Google ou de tout autre moteur de recherche ; il n'est pas acquis que ces derniers pourront se retrancher éternellement derrière l'automatisme de leur fonctionnement ; leur participation à la vie économique de l'Internet ne peut pas leur conférer une immunité permanente.

L'idée que l'objet de l'activité constitue un critère de la responsabilité trouve également à s'illustrer avec les plateformes de vente.

SECTION 2. L'ACTIVITÉ DES PLATEFORMES DE VENTES

- 1300** *Les plateformes de ventes : des courtiers* ◇ Les sites qui permettent aux internautes non professionnels ou professionnels de mettre en vente des objets divers pratiquent des modes variés de fixation du prix. Ils avaient notamment commencé à se rendre célèbres par des « enchères ». Il a donc fallu déterminer s'il s'agissait véritablement des sites de ventes aux enchères (§ 1). Puis, invoquant le caractère automatique du traitement des mises en vente par les internautes, ces courtiers ont prétendu bénéficier du statut des hébergeurs (§ 2).

§ 1. Des courtiers non soumis aux règles des ventes aux enchères par Internet

- 1301** *Parfois des enchères, mais pas une société de vente volontaire* ◇ L'article L. 321-3 du Code de commerce dispose « le fait de proposer, en agissant comme mandataire du propriétaire, un bien aux enchères publiques à distance par voie électronique pour l'adjuger au mieux-disant des enchérisseurs constitue une vente aux enchères par

voie électronique, ». Le prestataire est alors soumis aux règles des sociétés de ventes volontaires sous l'égide du Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques.

Or la consultation d'un site tel que eBay permet d'observer que cette société propose deux modalités de vente par son intermédiaire : « enchères » et « achat immédiat ». Quand on prend connaissance des conditions de la mise en vente sur eBay dans la catégorie appelée « Enchères », il apparaît que les vendeurs agissent sous des pseudonymes ; ils sont bien « représentés » par eBay. Aussi, en France, la discussion sur la qualification d'eBay comme mandataire ou courtier n'appelle-t-elle pas de réponse catégorique qui conduirait à exclure le mandat. En effet, selon les modalités de transaction choisies par les vendeurs, on peut soutenir que la mission d'eBay de mettre en vente le bien avec éventuellement un agrément final par le vendeur n'exclut pas nécessairement la qualification de mandat.

Toutefois, à défaut d'adjudication sur le site, au sens strict (vente parfaite à la dernière enchère), par jugement du 25 mai 2010, le tribunal de grande instance de Paris, sur le fondement de l'article L. 321-3 du Code de commerce, a décidé que la société eBay ne réalise pas une prestation de ventes volontaires des meubles aux enchères publiques et ne doit pas être soumise à l'agrément par le Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques ⁴⁵⁰³. La décision a été confirmée en appel ⁴⁵⁰⁴.

Dans une autre affaire concernant un courtier de vente de véhicules automobiles, la Haute juridiction a relevé « que si la vente était proposée au plus offrant, ce dernier devait, par la suite, procéder seul, sans l'intervention de la société Auto Contact Group, à une nouvelle manœuvre pour confirmer son accord, de sorte que le bien mis en vente n'était pas adjugé à l'issue des enchères et que le dernier enchérisseur restait libre de ne pas contracter, la cour d'appel en a exactement déduit que l'activité litigieuse n'était pas soumise à la réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques » ⁴⁵⁰⁵. Les plateformes de vente agissant comme courtiers ne sont pas soumises au fonctionnement d'une société de ventes volontaires. C'est donc la qualification de courtier en ligne qui s'impose.

1302 *Absence de garantie de la vente* ◇ eBay pratiquant de la recommandation de certaines annonces qu'il héberge, la question s'est

posée de savoir s'il était soumis à l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation qui oblige le professionnel qui formule l'offre de vente ou de services à en garantir la parfaite exécution ⁴⁵⁰⁶. C'est à l'occasion d'une affaire où 58 consommateurs avaient été floués par un vendeur recommandé par eBay, ce prestataire recommandant ensuite de payer, que la question a été posée de l'application à ce courtier de l'article L. 121-20-3 ⁴⁵⁰⁷. Les juges du fond ont décidé que ce texte ne s'appliquait pas au courtier qui n'étant pas l'offrant, ne garantit pas la bonne fin de la vente. Il aurait sans doute été préférable d'évoquer une faute de ce dernier dans les recommandations du vendeur. En effet, les plateformes de ventes sont exposées à la responsabilité pour faute ou négligence des articles 1382 et 1383 du Code civil de l'article car elles ne sont pas des « hébergeurs ».

§ 2. Des courtiers « non-hébergeurs »

1303 *Une affaire eBay devant la Cour de justice* ◇ Dans un arrêt du 12 juillet 2011, la Cour de justice a eu à connaître d'une affaire relative à la société eBay ⁴⁵⁰⁸. Cette société connaît des contentieux avec les titulaires de marques notoires dans le secteur du luxe car elle propose à la vente des produits contrefaisants ou des articles d'occasion portant ces marques, voire elle permet ou permettait la revente d'échantillons ou de flacons de parfums ouverts.

1304 *Une approche neutre par la Cour : « L'exploitant d'une place de marché en ligne »* ◇ La Cour de justice saisie sur une question préjudicielle de juges britanniques a été très nuancée pour décider d'appliquer ou non à eBay le régime dérogatoire de responsabilité attaché à ce statut.

La directive « commerce électronique » en son article 14 caractérise l'activité d'« hébergement » en précisant qu'il s'agit « d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service » ⁴⁵⁰⁹. Cette définition avait déjà été précisée dans l'affaire *Google* ⁴⁵¹⁰ où la Cour de justice avait décidé qu'un prestataire est hébergeur si « le rôle exercé par ledit prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de

contrôle des données qu'il stocke » ⁴⁵¹¹. Le fait que le prestataire se fasse rémunérer par de la publicité n'est pas un critère qui empêche la qualification d'hébergeur ⁴⁵¹². En revanche, la Cour de justice avait estimé qu'il convenait d'examiner « le rôle joué par Google dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés » ⁴⁵¹³. Il s'évinçait de cette décision de la Cour de justice que la neutralité du prestataire est essentielle ⁴⁵¹⁴.

Il a été réaffirmé dans l'arrêt *eBay* que l'obligation de neutralité technique signifie que le prestataire ne peut procéder qu'à un « traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients » ⁴⁵¹⁵ et se traduit par l'interdiction de tout rôle actif du prestataire sur les contenus stockés, c'est-à-dire que le prestataire ne peut pas jouer un « rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données » ⁴⁵¹⁶.

1305 *Les critères posés pour les plateformes de ventes* ◇ À propos d'eBay, la Cour de justice a indiqué que le simple fait de stocker des offres de ventes ne suffit pas pour priver le prestataire de l'immunité de responsabilité instaurée à l'article 14 de la directive ⁴⁵¹⁷. En revanche, le fait de prêter « une assistance laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres » constitue un acte positif qui exclut la qualité d'hébergeur ⁴⁵¹⁸. La Cour de justice n'excluait donc pas qu'eBay soit reconnu comme hébergeur ; il ne peut pas l'être s'il aide à la rédaction du contenu de l'annonce ou organise la promotion des articles ou encore la promotion du site grâce aux articles mis en vente.

1306 *Pas de qualité d'hébergeur pour les juges du fond en France* ◇ Dans des affaires françaises où la société eBay avait été attraitée pour voir engager sa responsabilité, il avait été régulièrement retenu qu'elle développe une activité de courtier en lignes ⁴⁵¹⁹.

La consultation du site montre qu'eBay propose des conseils et des services pour améliorer les ventes par la présentation des annonces, des outils marketing, voire la création d'une « boutique eBay ». La neutralité technique revendiquée par eBay pour bénéficier d'un régime dérogatoire de responsabilité était donc difficile à établir. Aussi, bien que quelques juridictions de première instance aient eu qualifié eBay d'hébergeur ⁴⁵²⁰,

la cour d'appel de Paris avait jugé que l'intervention active du courtier dans la présentation du contenu et le processus de vente ne permettait pas de prétendre au statut d'hébergeur ⁴⁵²¹.

Toutefois, un autre site sur lequel avait été mise en place la revente de billets de spectacles en ligne par des internautes a été qualifié d'hébergeur, mais il héberge une activité illicite au regard de l'infraction de vente de billets de spectacles sans autorisation du producteur ⁴⁵²².

1307 Pas de statut d'hébergeur non plus pour la Cour de cassation ◇ Une série de trois arrêts a été rendue par la Cour de cassation qui refuse d'accorder la qualité d'hébergeur à eBay ⁴⁵²³. Une première affaire avait trait à la même question que celle posée à la Cour de justice : des flacons de parfums étaient commercialisés sur eBay en dehors de tout réseau de distribution sélective ⁴⁵²⁴. Dans cet arrêt la Cour de cassation a retenu que « les sociétés eBay fournissent à l'ensemble des vendeurs des informations pour leur permettre d'optimiser leurs ventes et les assistent dans la définition et la description des objets mis en vente en leur proposant notamment de créer un espace personnalisé de mise en vente ou de bénéficier “d'assistants vendeurs” ». La Haute juridiction a également relevé à partir de l'arrêt d'appel « que les sociétés eBay envoient des messages spontanés à l'attention des acheteurs pour les inciter à acquérir et invitent l'enchérisseur qui n'a pu remporter une enchère à se reporter sur d'autres objets similaires sélectionnés par elles ». Aussi l'arrêt d'appel est-il confirmé en ce que les sociétés « eBay n'avaient pas exercé une simple activité d'hébergement mais qu'elles avaient, indépendamment de toute option choisie par les vendeurs, joué un rôle actif de nature à leur conférer la connaissance ou le contrôle des données qu'elles stockaient et à les priver du régime exonératoire de responsabilité prévu par l'article 6.1.2 de la loi du 21 juin 2004 et l'article 14 §1 de la Directive 2000/31 ». Le traitement de l'information par eBay sur les objets vendus et sa communication avec ses clients empêchait donc de lui conférer l'activité d'hébergeur. Il est vrai que l'objet de l'activité d'un courtier de ventes est très éloigné du stockage de données aux fins d'accès qui est l'objet premier visé aux articles 14 de la directive du 8 juin 2000 et 6, 1 de la loi « confiance dans l'économie numérique ».

La même motivation a été retenue pour refuser la qualité d'hébergeur à eBay dans une affaire où des titulaires de marques de luxe se

plaignaient que la plateforme servait à commercialiser des produits hors réseau ou contrefaisants ⁴⁵²⁵ ; il en a été encore de même pour un célèbre maroquinier ⁴⁵²⁶.

Quand bien même la faute d'un acteur de l'Internet est-elle établie, il convient ensuite de mettre en œuvre une indemnisation réparatrice et dissuasive afin que cette faute ne soit pas lucrative pour son auteur.

CHAPITRE 3

L'INDEMNISATION DU PRÉJUDICE D'UNE FAUTE LUCRATIVE (L'EXEMPLE DE LA CONTREFAÇON DE LOGICIELS)

Section 1. LA FAUTE LUCRATIVE CONSTITUÉE PAR LA CONTREFAÇON DE LOGICIELS

§ 1. La notion de faute lucrative

§ 2. Le « piratage » de logiciels qualifié de contrefaçon

Section 2. UN EXEMPLE DE SANCTION RÉPARATRICE ET DISSUASIVE

§ 1. Le fait dommageable : la violation de la licence de logiciel

§ 2. La sanction efficace du « piratage » de logiciels : le versement d'une indemnité d'occupation pour le passé et le paiement de la licence pour l'avenir

1308 *La question de la sanction efficace* ◇ Il est habituel de sanctionner un comportement fautif ou déviant en droit des affaires par l'octroi de dommages-intérêts. La question du montant de cette indemnisation est plus rarement abordée. Or la sanction efficace de la faute délibérément commise et profitable pour son auteur est difficile à déterminer. Elle est néanmoins souhaitable car de tels comportements faussent le fonctionnement du marché. Il a ainsi pu être constaté, il y a peu de temps, qu'en France le taux de piratage des logiciels par les entreprises, le plus souvent par installation sur un nombre plus important de postes que de licences payées, atteindrait 39 % pour une perte annuelle pour les éditeurs d'environ 2 milliards d'euros⁴⁵²⁷.

Or, l'auteur du piratage n'est pas nécessairement dissuadé de poursuivre ses méfaits. Mieux encore d'autres opérateurs avertis du caractère rémunérateur de ce type de faute, parce qu'elle est sanctionnée,

peuvent être incités à procéder de même, en toute impunité. Aussi, afin d'illustrer le phénomène de la faute lucrative en droit des activités numériques, avons-nous choisi de développer la question du « piratage » de logiciels ⁴⁵²⁸.

1309 *Le paradigme de la contrefaçon de logiciels* ◇ Les programmes d'ordinateur sont des logiciels ⁴⁵²⁹ au sens strict lorsqu'ils ont été développés spécifiquement à la demande d'un client afin de répondre à un besoin précis. En revanche, ils sont qualifiés de progiciels lorsqu'ils constituent un produit de masse destiné au grand public, qu'il s'agisse des professionnels ou des particuliers ⁴⁵³⁰. Par commodité, nous désignerons l'ensemble par le terme de « logiciels » ⁴⁵³¹.

Ces derniers, œuvres de l'intelligence de leurs concepteurs, sont parfois perçus comme des biens à la disposition de tous afin de permettre de faire fonctionner les ordinateurs et de mener à bien un travail ou de profiter d'une activité ludique. Toutefois, il serait erroné de croire qu'en dehors des « logiciels libres » les programmes dévolus aux ordinateurs constituent le monopole de quelques grandes multinationales dont il serait en quelque sorte « légitime », par un effet Robin des bois, de ne pas respecter les droits. En effet, le logiciel, relevant d'un monde d'intelligence, peut être créé et développé par quiconque versé en informatique à travers le monde. En particulier les informaticiens français sont assez réputés sur la création de logiciels et l'industrie du jeu vidéo démontre que les créateurs n'ont pas nécessairement l'anglais pour langue maternelle.

Or, la pratique, fort préjudiciable pour les créateurs, de la duplication à des fins d'usage personnel ou professionnel des logiciels, est fort répandue. Cette pratique frauduleuse est susceptible d'être sanctionnée sur le terrain de la contrefaçon. Néanmoins, la lecture de la jurisprudence sur ce point laisse perplexe sur la sanction civile appliquée à ces pratiques. Les solutions sont incertaines sur la réparation du dommage causé à la victime car elles oscillent entre perte de bénéfices et préjudice moral. Pire encore, il n'est pas certain que le montant des condamnations dissuade la récidive. Une condamnation symbolique signifie certes à son auteur le caractère fautif de son acte ; mais l'absence de réelle sanction pécuniaire encourage la poursuite de la fraude, précisément parce que cette faute est lucrative.

Afin de proposer une sanction adéquate de la faute lucrative à infliger

pour le « piratage » d'un logiciel, nous devons préciser la notion de faute lucrative et son application au logiciel (Section 1). Ensuite, guidé par le droit européen nous proposerons une sanction réparatrice et dissuasive (Section 2).

SECTION 1. LA FAUTE LUCRATIVE CONSTITUÉE PAR LA CONTREFAÇON DE LOGICIELS

- 1310** *Présentation de la question* ◇ La notion de faute lucrative n'est pas encore d'usage courant ; il convient donc d'en préciser le contenu (§ 1). Nous verrons ensuite dans quelle mesure elle correspond au « piratage » de logiciels, qualifié de contrefaçon (§ 2).

§ 1. La notion de faute lucrative

- 1311** *Définition dans l'avant-projet « Catala – Viney »* ◇ La faute lucrative a reçu une forme de reconnaissance. En effet, le terme est consacré dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations établi sous les auspices de P. Catala ⁴⁵³². La partie dévolue au droit de la responsabilité, réalisée sous la direction de M^{elle} Viney, précise que « l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs (...) » ⁴⁵³³. Les commentaires viennent éclairer la notion employée en précisant que la faute lucrative est « une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés » ⁴⁵³⁴. La faute lucrative se caractérise donc comme une faute volontaire dont la commission engendre un profit pour son auteur.
- 1312** *Les origines doctrinales de la notion de faute lucrative* ◇ La notion de faute lucrative avait jadis été développée en doctrine par des auteurs qui en avaient proposé une définition en indiquant que « l'on appelle ainsi des fautes qui, malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer – et qui sont calqués sur le préjudice subi par la victime – laissent à leur auteur une marge bénéficiaire

suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas les commettre »⁴⁵³⁵. Ils ajoutaient que l'expression est issue du droit maritime⁴⁵³⁶, mais qu'elle est d'application générale⁴⁵³⁷. Un exemple caractéristique de la faute lucrative était donné par les atteintes à la vie privée perpétrées par la presse à scandale⁴⁵³⁸ pour lesquelles l'avocat général Lindon réclamait des dommages-intérêts qui dissuadent les directeurs de publication de faire commerce des « révélations des secrets d'alcôve »⁴⁵³⁹.

Naguère, un auteur a consacré des développements approfondis à la notion⁴⁵⁴⁰ dont il ressort que la faute lucrative est habituellement de nature délictuelle et engendre un gain délibérément recherché⁴⁵⁴¹. En effet, « l'auteur de la faute est convaincu que le gain sera supérieur au montant de la réparation intégrale à verser »⁴⁵⁴². Ce dernier peut également escompter sur l'inaction de la victime qui, par crainte du coût d'un procès en comparaison du montant du préjudice indemnisable, n'exercera pas d'action⁴⁵⁴³. Enfin, « le gain peut également naître de la difficulté de chiffrer le préjudice »⁴⁵⁴⁴. Le même auteur relève que le droit appréhende déjà la faute lucrative quand bien même le préjudice est difficile à évaluer précisément. Il s'agit notamment de la sanction de la concurrence déloyale qui est infligée pour simple trouble commercial ou encore de la condamnation des atteintes à la vie privée⁴⁵⁴⁵. Toutefois, les sommes accordées aux victimes dans ces deux domaines ne réparent pas nécessairement le préjudice réellement subi par les victimes et ne dissuadent pas de commettre de telles fautes⁴⁵⁴⁶. En effet, la presse à scandale continue de prospérer sur un « fonds de commerce » illicite. Par ailleurs, dans l'affaire de parasitisme réalisée par le parfum « Champagne », les utilisateurs de cette dénomination se sont vantés d'avoir réalisé des bénéfices, grâce à ce parfum, supérieurs au montant de la condamnation⁴⁵⁴⁷.

Afin de faire cesser de tels profits, un autre auteur a précisé qu'il convient que la victime se voit attribuer l'intégralité des profits illicites sur le fondement de la réparation du préjudice intégral⁴⁵⁴⁸. Cette solution constituerait une alternative plus « française » que l'introduction dans notre droit de dommages-intérêts punitifs⁴⁵⁴⁹ ; mais le résultat serait identique.

Or, il était déjà signalé⁴⁵⁵⁰, l'importance de l'immatériel et « des idées comme valeurs premières dans une société en pénurie d'invention et de projet »⁴⁵⁵¹ et « la pauvreté imaginative quant aux modes de sanction »⁴⁵⁵² de la violation des droits détenus sur ces biens incorporels. Le monde des propriétés incorporelles est donc particulièrement exposé à la

commission de fautes lucratives.

Si l'existence de la faute lucrative est ainsi bien établie comme comportement délibérément dommageable afin d'en retirer un profit dont la sanction n'est pas à la mesure du gain réalisé par l'auteur, il reste à appliquer cette notion au « piratage » de logiciel qualifié de contrefaçon.

§ 2. Le « piratage » de logiciels qualifié de contrefaçon

1313 *L'atteinte portée à la création* ◇ Le logiciel ⁴⁵⁵³ ayant été qualifié d'œuvre de l'esprit ⁴⁵⁵⁴, les droits du créateur d'un logiciel relèvent de la matière du droit d'auteur ⁴⁵⁵⁵. Si cette qualification a pu susciter des interrogations doctrinales ⁴⁵⁵⁶, elle est devenue néanmoins de droit positif. Certes, la difficulté pour établir l'originalité de l'œuvre logiciel ⁴⁵⁵⁷ aurait pu conduire à rechercher une protection du côté des brevets ⁴⁵⁵⁸, mais tel n'est pas le cas actuellement ⁴⁵⁵⁹. Cette difficulté de qualification rejaillit néanmoins sur le régime de ce droit. Ainsi, l'auteur ne bénéficie-t-il ni du droit de repentir, ni du droit de retrait, sauf clause contraire ⁴⁵⁶⁰. Les logiciels créés par les salariés dans l'exercice de leurs fonctions deviennent la propriété de leur employeur par exception à un principe du droit d'auteur ⁴⁵⁶¹.

Nonobstant ces exceptions fortes, le logiciel, œuvre de l'esprit, peut faire l'objet d'une exploitation couverte par le régime applicable au droit d'auteur ⁴⁵⁶². La question cruciale lors de la concession ou de la cession de droits sur un logiciel réside dans la faculté de reproduction du logiciel.

Les textes autorisent deux types de reproduction. Il s'agit de la copie de sauvegarde et de la décompilation ou ingénierie inverse. La première mesure permet à l'utilisateur de prendre une mesure conservatoire utile afin de prévenir un éventuel endommagement du logiciel fourni ⁴⁵⁶³. La décompilation ou ingénierie inverse ⁴⁵⁶⁴ est en revanche plus complexe car elle a pour objet de copier le programme afin de le rendre « interopérable » (c'est-à-dire compatible) avec d'autres ⁴⁵⁶⁵. L'analyse du logiciel par son détenteur doit également permettre d'en comprendre la logique interne afin de développer d'autres applications ⁴⁵⁶⁶. L'exception de décompilation doit donc favoriser l'utilisation et le progrès technique sans pour autant porter atteinte aux droits du créateur du logiciel ⁴⁵⁶⁷.

1314 *Les sanctions traditionnelles de la contrefaçon* ◇ Toute copie, usage, prêt, sous-location du logiciel sans autorisation par son créateur constitue un piratage qualifié de contrefaçon ⁴⁵⁶⁸. En effet, l'article L. 335-3 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'« est également un délit de contrefaçon la violation de l'un des droits de l'auteur d'un logiciel définis à l'article L. 122-6 ». Or, un tel délit expose son auteur à trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende ⁴⁵⁶⁹. Toutefois, il n'est pas avéré que la voie pénale soit fréquemment utilisée par les créateurs de logiciels pour faire sanctionner la violation de leurs droits. Aussi la qualification de contrefaçon constitue-t-elle la faute intentionnelle, de nature civile, qui devrait permettre une indemnisation sous forme de dommages-intérêts sollicitée du juge civil.

Cette qualification a été retenue expressément par la Cour de cassation ⁴⁵⁷⁰. Les juridictions du fond sanctionnent régulièrement sous la qualification de contrefaçon les atteintes aux droits des créateurs ⁴⁵⁷¹. Ainsi la modification d'un logiciel sans autorisation ⁴⁵⁷², l'utilisation sur un nombre supérieur de postes que celui prévu au contrat ⁴⁵⁷³, la reproduction sans autorisation de jeux vidéos et leur commercialisation ⁴⁵⁷⁴ ou encore l'installation d'un logiciel sans l'autorisation de son auteur ⁴⁵⁷⁵ constituent-elles autant d'actes de contrefaçon.

Bien que la qualification de contrefaçon permette d'appréhender toute utilisation de logiciel sans autorisation, elle reste néanmoins insuffisamment opératoire. En effet, les auteurs de logiciels ne recevront pas nécessairement un dédommagement à la hauteur du préjudice et la somme allouée ne dissuadera pas d'autres contrevenants de procéder de même. Il convient donc de préciser la sanction réparatrice et dissuasive à appliquer au piratage de logiciel.

SECTION 2. UN EXEMPLE DE SANCTION RÉPARATRICE ET DISSUASIVE

1315 *En attendant les dommages et intérêts punitifs* ◇ Il n'est pas encore de droit positif, en droit français, de pouvoir sanctionner de manière dissuasive l'auteur d'une faute lucrative par l'octroi de dommages et intérêts punitifs. Toutefois, en respectant le principe actuel de réparation intégrale du préjudice sans enrichissement de la victime ⁴⁵⁷⁶,

il est possible d'indemniser de manière dissuasive.

Pour atteindre cet objectif, il convient en premier lieu d'examiner la violation de la concession de droit d'usage la plus fréquemment utilisée en matière de logiciel, c'est-à-dire la licence (§ 1). Puis, on observera comment réparer le « piratage » d'un logiciel (§ 2).

§ 1. Le fait dommageable : la violation de la licence de logiciel

1316 *La licence : un louage de chose incorporelle* ◇ En amont de la commercialisation auprès d'un client, les créateurs peuvent céder leurs droits pleinement à une entreprise en mesure de distribuer plus aisément leur création ; ils procèdent alors à une cession totale de leurs droits qui peut recevoir la qualification de vente ⁴⁵⁷⁷. Le titulaire des droits peut également ne transférer qu'un droit d'usage personnel sous forme de licence ⁴⁵⁷⁸. C'est par le contrat de licence que se réalise le plus fréquemment la commercialisation des logiciels grand public ou progiciels ⁴⁵⁷⁹. Par ailleurs, l'élaboration d'un logiciel spécifique se réalise en vertu d'un contrat d'entreprise ; l'étendue des droits conférés au client étant précisé à la réception ⁴⁵⁸⁰.

En effet, en présence d'un logiciel spécifique élaboré pour un client particulier, l'opération est constituée par un contrat d'entreprise qui détermine les besoins du client et les modalités de réalisation du logiciel. Ensuite, un contrat de licence est établi qui délimite le droit d'usage par le client, notamment dans sa durée, et détermine le loyer à verser à échéance régulière. La doctrine majoritaire qualifie la licence de logiciel spécifique de bail ⁴⁵⁸¹.

La question de la qualification des droits conférés à l'utilisateur est beaucoup plus débattue pour le logiciel grand public ou standard appelé progiciel. D'excellents arguments sont avancés, jurisprudence à l'appui ⁴⁵⁸², pour retenir la qualification de l'opération en vente de produit ⁴⁵⁸³. Toutefois, pour notre part, tout en admettant que la question est plus aiguë en matière de progiciel, la limitation des droits du « licencié » nous conduit à adopter une définition de la licence de progiciel comme étant une variété particulière d'un bail ⁴⁵⁸⁴. En effet, la licence confère à son titulaire un droit d'usage personnel d'une chose incorporelle, pour une durée déterminée ou indéterminée, moyennant le versement d'un loyer payable à échéance régulière ou payé en une fois à

l'entrée en jouissance.

Le logiciel spécifique fera ainsi l'objet le plus souvent d'un droit d'usage à durée déterminée rétribué par un loyer payable à échéance régulière. Le logiciel grand public ou progiciel, quant à lui, donnera fréquemment lieu à un droit d'usage de durée indéterminée, payable en une seule fois.

Ces précisions ayant été données sur la licence, il convient de montrer que dans la sphère des activités numériques où les propriétés incorporelles sont nombreuses, il est possible de prévoir une sanction adéquate.

§ 2. La sanction efficace du « piratage » de logiciels : le versement d'une indemnité d'occupation pour le passé et le paiement de la licence pour l'avenir

1317 *Une jurisprudence inadéquate* ◇ Certes, la Cour de cassation rappelle régulièrement que la revente de « copies » de logiciels constituent une contrefaçon ⁴⁵⁸⁵ qui par principe ouvre droit à indemnisation ⁴⁵⁸⁶. Toutefois, l'analyse des décisions ne permet pas d'établir un barème dissuasif.

C'est ainsi que la simple détention de logiciels contrefaits a donné lieu à une sanction qui s'est élevée à la somme de 800 euros ⁴⁵⁸⁷. La vente d'un logiciel contrefait a été sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts à hauteur de 3 000 euros ⁴⁵⁸⁸. La contrefaçon par installation de logiciels sans licence a justifié une condamnation à 5 000 euros de dommages-intérêts ⁴⁵⁸⁹. Parfois, le préjudice moral est pris en considération. C'est ainsi que l'utilisation de logiciels sans licence, constitutive d'une contrefaçon, a donné lieu à une réparation du préjudice patrimonial constitué par la perte de redevances à la hauteur de 25 000 euros et un préjudice moral a été reconnu à hauteur de 5 000 euros ⁴⁵⁹⁰. De même que l'installation par un revendeur de progiciels de démonstration chez un client en lieu et place des logiciels définitifs a ouvert droit au versement de dommages-intérêts à hauteur de 8 000 euros pour réparation du préjudice moral subi par le créateur des progiciels.

Enfin, on doit retenir un exemple intéressant de calcul du préjudice en fonction de la durée de l'usage, sans autorisation, d'un logiciel spécifique. Les six mois d'utilisation frauduleuse d'un logiciel ancien ont

donné lieu à la condamnation à 15 000 euros de dommages-intérêts ⁴⁵⁹¹.

On observera cependant que la Cour de cassation est restrictive dans le calcul des dommages à verser au créateur victime de contrefaçon. Elle a, en effet, précisé qu'en présence d'une copie de logiciel constitutive de contrefaçon, « la réparation du dommage ne peut excéder la réalité de celui-ci » ; aussi a-t-elle indiqué que « le préjudice éprouvé consistait dans les seuls bénéfices à attendre après déduction des prix de revient » ⁴⁵⁹². L'arrêt d'appel est censuré pour avoir retenu comme mode de calcul du préjudice l'addition des « coûts des usage et maintenance d'un logiciel similaire, augmentés d'un forfait couvrant la maintenance évolutive non comprise dans un poste précédent » ⁴⁵⁹³. De la même façon, l'interprétation qui était donnée de l'article L. 335-6 du Code de la propriété intellectuelle qui permet « la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par l'infraction » n'était pas encourageante. La Cour de cassation considérait que la totalité des recettes ne pouvait pas être confisquée, seules devaient être reprises les recettes qui constituent « profit retiré de la contrefaçon » afin d'indemniser la victime ⁴⁵⁹⁴. Plus récemment, il a été procédé à la confiscation à l'intégralité de recettes parce que celles-ci correspondaient à des sommes provenant de clics sur un site Internet contrefaisant des œuvres et virées sur un compte bancaire ⁴⁵⁹⁵. Il est précisé par le commentateur de cet arrêt que la confiscation peut être totale quand bien même elle excède l'indemnisation de la victime car le surplus est versé à l'État par application de l'article ⁴⁵⁹⁶.

Ces décisions et l'approche restrictive adoptée par la Cour de cassation montrent qu'en jurisprudence l'usage illicite d'un logiciel est certes sanctionné intrinsèquement, mais sans véritable évaluation précise de la perte et du gain manqué par le créateur du logiciel. Le profit retiré par l'auteur de la contrefaçon semble encore moins être pris en considération.

1318 *Des textes encourageant des dommages et intérêts dissuasifs* ◇

L'Accord sur les « ADPIC » ⁴⁵⁹⁷, dispose en son article 41 que les Membres de l'Organisation mondiale du commerce feront en sorte que leur législation comporte des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte portée aux droits de propriété intellectuelle. Dans cet esprit ⁴⁵⁹⁸, la proposition de directive sur le respect des droits de la propriété intellectuelle prévoyait,

parmi les sanctions possibles, de punir civilement la contrefaçon de logiciel par l'octroi de dommages-intérêts fixés au double du montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question ⁴⁵⁹⁹.

On observera que cet objectif de dissuasion par la condamnation au double est déjà présent en droit positif au travers des dispositions de droit pénal. En effet, l'article L. 335-9 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que la récidive du délit de contrefaçon conduit au doublement des peines. Le même texte ajoute, précision qui nous intéresse ici, que ce doublement s'applique dès la première infraction « si le délinquant est ou a été lié par convention avec la partie lésée ». Cela signifie que l'utilisateur de logiciels sur un nombre de postes plus important que celui mentionné dans le contrat de licence s'expose au doublement de sa peine ; il en est de même pour le client qui continue d'utiliser son logiciel spécifique sans paiement des loyers ou le développe sans autorisation.

Néanmoins, en droit civil, l'idée de doublement du montant du loyer ou de la redevance n'est pas encore de droit positif. En effet, la disposition contenue dans l'article 17 de la proposition de directive n'a pas été retenue dans le texte définitif. La directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle ⁴⁶⁰⁰, issue de la proposition, consacre un article 13 aux dommages-intérêts et frais de justice. Le texte dispose que les dommages-intérêts doivent être adaptés au préjudice « réellement subi du fait de l'atteinte ». En outre, l'article 13 ajoute : « lorsqu'elles fixent les dommages-intérêts, les autorités judiciaires » doivent prendre en considération : soit, le manque à gagner subi par la partie lésée, « les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant » et le préjudice moral ; soit, « à titre d'alternative », elles peuvent décider de fixer un montant forfaitaire de dommages-intérêts sur la base des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle.

Afin de tenir compte du principe de réparation intégrale applicable en droit français sans enrichissement de la victime ⁴⁶⁰¹ et de l'obligation de motiver l'octroi de l'indemnisation sans pouvoir procéder à l'octroi d'un forfait ⁴⁶⁰², il n'est pas possible de retenir la seconde branche de l'alternative. Le juge français ne saurait donc, pour le moment, octroyer un montant forfaitaire de dommages-intérêts pour indemniser la

contrefaçon de logiciels. Il ne lui reste plus qu'à appliquer l'injonction de la directive qui consiste à indemniser en prenant en considération trois chefs de préjudice qui consistent dans le manque à gagner, le bénéfice réalisé par le contrevenant et le préjudice moral. On doit souligner que le législateur européen demande ainsi aux autorités judiciaires des États membres de sanctionner le caractère lucratif de la faute en tenant compte du bénéfice réalisé par l'auteur de la fraude. Une telle sanction est la seule efficace.

1319 *Une indemnisation pour l'usage abusif et un prix pour l'avenir* ◇ Afin de sanctionner efficacement la faute de l'auteur de la contrefaçon il convient de raisonner par analogie avec l'usage non autorisé d'un bien. Ce raisonnement se justifie parfaitement dès lors que l'on considère le contrat de licence comme un bail spécifique ⁴⁶⁰³. Il peut se justifier de la même façon quand bien même on considérerait que la licence sur un progiciel constitue une vente ⁴⁶⁰⁴.

En effet, dès lors qu'un local est occupé sans droit ni titre, le propriétaire peut réclamer à l'occupant une indemnité d'occupation ⁴⁶⁰⁵. En outre, selon des auteurs autorisés « lorsque l'occupation est fautive, l'indemnité a un caractère mixte, compensatoire et indemnitaire et a pour objet de réparer l'intégralité du préjudice subi par le propriétaire » ⁴⁶⁰⁶. En s'inspirant de l'indemnité d'occupation applicable à un local d'habitation, on peut proposer une solution similaire afin de sanctionner la contrefaçon de logiciels spécifiques et de progiciels qui constitue un usage illicite d'un bien.

Lorsque la contrefaçon consiste à utiliser un logiciel spécifique sans autorisation la sanction doit être équivalente au montant de la redevance ou loyer qui aurait dû être perçu pendant cette période. Le paiement de la redevance due compensera le manque à gagner pour le créateur et tiendra compte du bénéfice retiré par le contrevenant qui n'a rien payé. De surcroît, conformément à l'article 13 de la directive du 29 avril 2004 ⁴⁶⁰⁷, le préjudice moral devra être réparé en fonction des circonstances de l'utilisation frauduleuse. La réparation du préjudice moral en sus de la perte de redevance subie permet la réparation intégrale du préjudice et constitue une mesure de dissuasion à l'égard des autres fraudeurs. Ces derniers seront ainsi avertis que le « piratage » de logiciels n'est plus lucratif. Par ailleurs, si l'auteur de la contrefaçon souhaite continuer d'utiliser le logiciel après la découverte de sa fraude,

il doit payer le loyer pour l'avenir. Cette situation dans laquelle le client demande à poursuivre l'usage d'un logiciel spécifique après la découverte de la fraude relève sans doute de l'hypothèse d'école.

En revanche, ce cas de figure se produira beaucoup plus fréquemment pour les progiciels ou logiciels grand public, après la découverte du « piratage ». En effet, l'entreprise qui a besoin des logiciels standards qu'elle utilisait frauduleusement jusqu'à la découverte de la contrefaçon aura probablement besoin de les utiliser à l'avenir. Afin de sanctionner la contrefaçon et ménager l'utilisation licite à l'avenir, il faut alors raisonner en deux temps.

Pour le passé, l'auteur de la contrefaçon doit payer le montant de l'indemnité d'occupation, c'est-à-dire le loyer unique ou prix du logiciel standard. En effet, le seul moyen de réparer intégralement le préjudice subi par le créateur est d'obliger le fraudeur à payer le prix prévu pour le logiciel. Ainsi une entreprise qui utilise sur dix postes un logiciel pour lesquels elle ne dispose que de deux licences doit *a minima* payer les huit autres. Cela constitue une sanction qui tient compte à la fois du manque à gagner pour le créateur et du bénéfice pour le contrevenant. En outre, les circonstances du « piratage », doivent donner lieu à l'indemnisation du préjudice moral subi par le créateur. Il faudra notamment sanctionner la mauvaise foi de l'utilisateur qui, détenant par contrat quelques licences, était ainsi parfaitement informé qu'il ne pouvait pas installer le logiciel sur d'autres postes ⁴⁶⁰⁸. L'apurement du passé consiste donc dans le paiement des licences contrefaites et de dommages-intérêts pour préjudice moral.

De surcroît, il convient de prévoir l'avenir. Le contrefacteur ne pourra plus utiliser les progiciels contrefaits. Afin d'utiliser les logiciels grand public dont il a besoin ou leur dernière version, il doit payer le loyer ou prix unique de la licence.

Pour se résumer et quel que soit le logiciel, il apparaît que le paiement du droit d'exploitation assorti de dommages-intérêts pour préjudice moral afin d'apurer le passé et le paiement du montant de la licence pour l'avenir constituent les éléments indissociables de la sanction du « piratage » de logiciels. La contrefaçon de logiciels continuera ainsi de constituer une faute, mais cette dernière cessera d'être lucrative.

L'idée de condamnation à réparer l'usage passé en y ajoutant le paiement d'un prix de régularisation pour l'avenir doit être explorée dans les domaines les plus variés des activités numériques.

TITRE 3

LITIGES ET DIFFÉRENDS DANS L'ESPACE INTERNATIONAL

CHAPITRE 1 LE TRIBUNAL COMPÉTENT EN DROIT DES OBLIGATIONS CIVILES ET COMMERCIALES

CHAPITRE 2 LA LOI APPLICABLE EN DROIT DES OBLIGATIONS CIVILES ET COMMERCIALES

CHAPITRE 3 LES INFRACTIONS PÉNALES

1320 *Internet sans frontières* ◇ Il est usuel d'affirmer que la caractéristique essentielle du réseau Internet est de s'affranchir des frontières ; cette ubiquité de l'offre constitue un vecteur de croissance des échanges et du commerce. Toutefois, les régimes non démocratiques savent organiser un certain contrôle sur les contenus véhiculés. Les démocraties sont, quant à elles, exposées à l'éventuelle difficulté d'exercer des poursuites pénales dans l'espace international. Dans un droit élaboré dans un environnement démocratique, en particulier dans l'espace européen ⁴⁶⁰⁹, nous allons examiner les litiges et différends en droit des obligations civiles et commerciales, pour lesquels nous distinguerons entre le tribunal compétent (Chapitre 1) et la loi applicable (Chapitre 2). Nous nous intéresserons ensuite à la poursuite des infractions pénales (Chapitre 3).

CHAPITRE 1

LE TRIBUNAL COMPÉTENT EN DROIT DES OBLIGATIONS CIVILES ET COMMERCIALES

Section 1. LES RÈGLES DE DÉTERMINATION DU TRIBUNAL COMPÉTENT

- § 1. **Les règles de compétence issues du règlement
« Bruxelles I » applicables en présence d'un défendeur
domicilié dans l'Union européenne**
 - A. La compétence générale du tribunal du défendeur
 - B. Les compétences spéciales
- § 2. **Les règles françaises de compétence applicables
en présence d'un défendeur domicilié en dehors d'un État
membre de l'Union européenne**
 - A. Les règles ordinaires de compétence
 - B. Le critère de nationalité des articles 14 et 15 du Code civil

Section 2. UBIQUITÉ DE LA PRÉSENCE SUR INTERNET ET ACTIVITÉ DIRIGÉE OU DESTINATION

- § 1. **Le contrat et l'activité dirigée**
- § 2. **Responsabilité extra-contractuelle**

1321 *Obligations nées d'un contrat ou d'un dommage* ◇ Le terme obligation civile ou commerciale doit être compris très communément comme le lien de droit en vertu duquel une personne est tenue d'une prestation envers une autre. Ce lien peut naître d'une convention ou d'une responsabilité.

1322 *Clause attributive de juridiction, acte introductif d'instance et*

exécution des jugements ◇ La clause attributive de juridiction est valable en son principe tant au regard des règles de droit international privé français que de l'article 23 du règlement « Bruxelles I » ⁴⁶¹⁰. Elle est toutefois très strictement encadrée en faveur du consommateur domicilié dans un État membre de l'Union européenne ⁴⁶¹¹.

Par ailleurs, au sein de l'Union européenne, la transmission de l'acte introductif d'instance est organisée par le règlement 1348/2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale ⁴⁶¹². Enfin le règlement « Bruxelles I » ⁴⁶¹³ affirme en son article 33 le principe de la reconnaissance dans les États membres d'une décision rendue dans l'un d'entre eux et met en place le régime de l'exécution de cette décision aux articles 38 et suivants.

Nous nous intéresserons dans les développements qui suivent aux litiges pour lesquels aucune prorogation de compétence n'a été prévue par les parties, sans développer plus avant les questions de reconnaissance et d'exécution des jugements.

- 1323** ***Détermination du tribunal compétent et Internet*** ◇ La question du tribunal compétent est à préciser selon que le défendeur est domicilié ou non dans un État membre de l'Union européenne et la matière du litige (Section 1). En matière d'Internet la difficulté réside dans l'éventuelle ubiquité de l'acte ou du fait à l'origine du litige (Section 2).

SECTION 1. LES RÈGLES DE DÉTERMINATION DU TRIBUNAL COMPÉTENT

- 1324** ***Application de « Bruxelles I » ou des règles de DIP français selon le domicile du défendeur*** ◇ Le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 ⁴⁶¹⁴ concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale est venu remplacer la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Depuis le 1^{er} juillet 2007 ce règlement s'applique également au Danemark qui s'était tenu à l'écart de ce texte lors de son adoption. Ce règlement a vocation à être appliqué par tout magistrat d'un État membre pour déterminer sa compétence. Toutefois, contrairement aux règlements « Rome I » et « Rome II » sur la loi applicable au contrat et à la responsabilité

civile ⁴⁶¹⁵, ni la convention de Bruxelles, ni le règlement « Bruxelles I » ne sont de compétence universelle. C'est-à-dire que leur application ne saurait aboutir à la désignation d'un tribunal hors Union européenne. En effet, l'article 4 du règlement Bruxelles I dispose que « si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la compétence est dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État membre ». Cela signifie que la clé de répartition essentielle entre le règlement « Bruxelles I » et le droit international privé français est déterminée par le domicile du défendeur. Si ce dernier est domicilié dans un État membre, le règlement « Bruxelles I » s'applique et s'impose pour déterminer le tribunal compétent ; si le défendeur est domicilié en dehors de l'Union européenne ce sont les règles de DIP national qui s'appliquent.

Toutefois, il convient de nuancer cette répartition en soulignant que l'article 22 du règlement « Bruxelles I » détermine une série de compétences exclusives qui s'imposent à tout juge d'un État membre ⁴⁶¹⁶.

1325 *Notion de domicile du défendeur* ◇ L'article 59 du règlement « Bruxelles I » dispose que « pour déterminer si une partie a un domicile sur le territoire de l'État membre dont les tribunaux sont saisis, le juge applique sa loi interne ». Le juge français saisi devra donc appliquer la définition française du domicile, c'est-à-dire le lieu du principal établissement de la personne, conformément aux articles 102 à 111 du Code civil.

Pour les personnes morales, le règlement « Bruxelles I » précise en son article 60 qu'elles sont domiciliées là où est situé « leur siège statutaire ; leur administration centrale ou leur principal établissement ».

Le domicile du défendeur va permettre de déterminer si les dispositions du règlement « Bruxelles I » sont applicables (§ 1) ou bien si ce sont celles du droit international privé français (§ 2).

§ 1. Les règles de compétence issues du règlement « Bruxelles I » applicables en présence d'un défendeur domicilié dans l'Union européenne

1326 *Champ d'application du règlement « Bruxelles I »* ◇ À l'article 1^{er} du texte européen il est disposé que la matière civile et

commerciale est couverte. En revanche, les matières fiscales, douanières et administratives ne le sont pas. En interprétant la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, la Cour de justice a décidé que pour les affaires dans lesquelles l'autorité publique a agi dans l'exercice de la puissance publique le texte européen ne s'applique pas ; cette solution est transposable au règlement « Bruxelles I »⁴⁶¹⁷.

Sont exclus du champ d'application de ce règlement tout le droit des personnes, les régimes matrimoniaux, et les successions ; les difficultés des entreprises, la sécurité sociale et l'arbitrage⁴⁶¹⁸.

- 1327** *Compétence générale et compétences spéciales* ◇ La règle habituelle de « protection » du défendeur est appliquée, à l'article 2 en obligeant le demandeur à introduire l'instance devant le tribunal compétent du domicile de ce dernier (A). Toutefois, il a été établi de règles de compétences spéciales (B).

A. La compétence générale du tribunal du défendeur

- 1328** *Domicile du défendeur* ◇ L'article 2 du règlement « Bruxelles I » dispose que « les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre ». Le texte précise en son deuxième alinéa que si le défendeur domicilié dans cet État n'en a pas la nationalité, ce sont néanmoins les règles applicables aux nationaux qui lui sont appliquées. Pour déterminer ensuite le tribunal compétent au sein de cet État (*rationae materiae*, *rationae loci*), il convient d'appliquer les règles internes de cet État⁴⁶¹⁹.

- 1329** *Éviction des articles 14 et 15 du Code civil* ◇ Dès lors que le domicile du défendeur est situé dans l'Union européenne, le règlement « Bruxelles I » s'applique. Or son article 3.2 exclut le jeu des règles nationales dites de « privilège de juridiction ». Les articles 14 et 15 du Code civil français qui donnent compétence aux tribunaux français quand une partie est française⁴⁶²⁰ ne s'appliquent donc pas.

En revanche, en raison de la spécificité de certaines matières, des compétences alternatives sont prévues par le règlement « Bruxelles I ».

B. Les compétences spéciales

- 1330** *Les options et les dérogations* ◇ Le demandeur se voit offrir des options en matière contractuelle par l'article 5 du règlement « Rome I » (1) ; en revanche, il se voit imposer des compétences exclusives à l'article 22 du règlement « Bruxelles I », pour certaines autres questions telles que les droits réels immobiliers ou les propriétés industrielles (3). Au préalable, on doit exposer les règles protectrices du consommateur en matière de contrat (2).

1. Options de compétences en matières contractuelles et délictuelles

- 1331** *En matière contractuelle* ◇ À l'article 5, § 1 du règlement « Bruxelles I », une option est offerte au demandeur, à la condition toujours que le défendeur soit domicilié dans un État membre, pour attirer ce dernier « devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ». Il est précisé, en outre, que pour la vente de marchandise, le tribunal du lieu où elles ont été délivrées ou auraient dû l'être peut être compétent. Pour la fourniture de services c'est le tribunal du lieu où les services auraient dû être fournis qui peut l'être. Le demandeur peut donc attirer le défendeur, selon son choix, soit devant le tribunal de son domicile, soit devant un des tribunaux désigné par ces règles de compétence optionnelle.

Il est précisé que les clauses attributives de compétence sont en principe valables dès lors qu'elles font l'objet d'un écrit ou sont conformes à un usage du commerce international ⁴⁶²¹ ; des exceptions existent, notamment pour les consommateurs ⁴⁶²².

- 1332** *En matière délictuelle* ◇ En matière délictuelle ou quasi délictuelle, l'article 5, § 3 du règlement « Bruxelles I » indique que le demandeur peut, à la condition que le défendeur soit domicilié dans un État membre, choisir d'attirer ce dernier « devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». Le terme « fait dommageable » est très vague. Il recouvre nécessairement le lieu du fait générateur du dommage mais encore celui où le dommage s'est produit comme dans le règlement « Rome II » sur la loi applicable en matière de responsabilité délictuelle ⁴⁶²³. En effet, il a été jugé sur le

fondement de la Convention de Bruxelles de 1968 que le demandeur peut choisir entre le lieu du fait générateur et le lieu où il subit le dommage ⁴⁶²⁴ ; cette solution est transposable au règlement « Bruxelles I ».

2. Les règles de protection du consommateur en matière de contrats

1333 *Champ d'application des règles de protection des consommateurs et conditions* ◇ Afin de protéger les consommateurs les articles 15 à 17 organisent une compétence dérogatoire. Elles s'appliquent à la condition que le défendeur à l'action ait son domicile dans un État membre ⁴⁶²⁵. Quand le défendeur n'est pas domicilié dans un État membre, une succursale, une agence ou tout autre établissement implanté dans un État membre sont assimilés à un domicile ⁴⁶²⁶.

Le consommateur est défini à l'article 15, § 1 comme une personne qui conclut un contrat « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ».

Ces dispositions s'appliquent aux ventes à tempérament d'objets mobiliers corporels ⁴⁶²⁷ et aux prêts ou toute opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets ⁴⁶²⁸. Les dispositions protectrices du consommateur s'appliquent également aux voyages à forfait qui comprennent transport et hébergement, mais pas aux contrats de transport sans hébergement ⁴⁶²⁹.

Les dispositions de protection du consommateur des articles 15 à 17 du règlement s'appliquent d'abord quand le professionnel exerce ses activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ⁴⁶³⁰ ; cela signifie qu'il y dispose au moins d'un établissement.

Ces dispositions s'appliquent aussi quand le professionnel « dirige ses activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre » ⁴⁶³¹. C'est le critère important pour le commerce par Internet. Pour déclencher l'application des règles de compétence favorables au consommateur, il faut que le professionnel opérant via Internet ait voulu diriger ses activités vers les États membres de ces consommateurs ⁴⁶³².

En outre, que le professionnel dispose d'un établissement ou bien qu'il commerce par Internet, il faut que le contrat conclu « entre dans le cadre

de ces activités » ⁴⁶³³.

Ces conditions pour que le consommateur bénéficie du juge de l'État de son domicile seront étendues à tout professionnel qu'il soit établi au sein de l'Union européenne ou non à compter de début 2015. En effet, la Commission européenne a obtenu en 2012 ⁴⁶³⁴ une petite réforme du règlement « Bruxelles I » sur ce point ; « Bruxelles I » deviendra d'application universelle sur les dispositions qui bénéficient au consommateur.

1334 *Consommateur en demande* ◇ Il est prévu à l'article 16, § 1 du règlement « Bruxelles I » que le consommateur peut introduire son action soit devant le tribunal du domicile du défendeur, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié. C'est par cette règle que s'exprime le véritable privilège de juridiction du consommateur aux fins de protection de ce dernier.

1335 *Consommateur en défense* ◇ Aux termes de l'article 16, § 2 du règlement « Bruxelles I », quand le consommateur est en défense, le litige ne « peut être porté que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur ».

1336 *Attribution de juridiction dans des litiges impliquant le consommateur* ◇ L'article 17 du règlement prévoit la possibilité de déroger aux règles de l'article 16 par la voie d'une attribution de juridiction nécessairement favorable au consommateur. En effet, soit l'attribution de juridiction est postérieure à la naissance du différend ; soit la clause attributive figurant dans le contrat lors de sa conclusion offre un choix encore plus vaste au consommateur que les juridictions désignées par ce texte. La clause attributive est donc possible quand elle est stipulée dans des termes favorables au consommateur.

3. Compétences dérogatoires ou exclusives à raison de l'objet du litige

1337 *Règles spéciales à l'assurance* ⁴⁶³⁵ ◇ Quand l'assureur est domicilié dans un État membre ou qu'il y a ouvert une succursale, une agence ou un établissement, il peut être attiré devant les tribunaux de ce domicile

ou de cet établissement ⁴⁶³⁶.

Lorsque l'action est initiée par un preneur d'assurance (souscripteur) ou l'assuré ou le bénéficiaire du contrat, ces demandeurs peuvent choisir d'attirer l'assureur devant le tribunal de leur domicile ⁴⁶³⁷.

L'assureur peut également être attiré devant le tribunal du lieu du fait dommageable ⁴⁶³⁸ ou encore devant le tribunal qui connaît de l'action de la victime tierce ⁴⁶³⁹.

1338 *Compétences exclusives* ◇ À l'article 22 du règlement « Bruxelles I », il figure une liste de matières pour lesquelles certaines compétences sont établies sans considération de domicile. Cela signifie que le juge saisi dans un État membre doit appliquer ce texte ⁴⁶⁴⁰ et écarter son droit national des conflits de compétence sur les matières visées par l'article 22 ⁴⁶⁴¹. Les parties ne peuvent pas y déroger par une clause ou une convention ⁴⁶⁴². On signalera ici trois des cinq compétences exclusives.

Très classiquement en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État membre où l'immeuble est situé sont compétents ⁴⁶⁴³. Une exception est prévue pour les baux de moins de six mois au profit d'un non professionnel ⁴⁶⁴⁴.

En matière de validité d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles le tribunal compétent est celui du dépôt ou de l'enregistrement ⁴⁶⁴⁵.

Enfin pour l'exécution des jugements c'est le tribunal du lieu d'exécution qui doit être saisi ⁴⁶⁴⁶.

Hormis ces règles exclusives de compétence qui écartent tout droit national des conflits, quand le défendeur n'est pas domicilié dans l'Union européenne le droit international privé français doit être appliqué.

§ 2. Les règles françaises de compétence applicables en présence d'un défendeur domicilié en dehors d'un État membre de l'Union européenne

1339 *Les deux approches des conflits de compétence* ◇ Les articles 14 et 15 du Code civil privilégient la compétence des tribunaux français quand l'une des parties est française. Par interprétation de ces textes la jurisprudence a d'abord décidé qu'un juge français ne pouvait pas

connaître d'un litige entre étrangers ⁴⁶⁴⁷. Puis une des affaires *Patiño* a permis d'affirmer, en jurisprudence, définitivement le contraire ⁴⁶⁴⁸. La Cour de cassation a alors décidé, dans deux arrêts successifs, l'extension à l'ordre international des règles françaises internes de compétence ⁴⁶⁴⁹.

Cette extension des règles internes est devenue le droit commun des conflits de compétence (A) ; la nationalité ne constituant qu'un critère subsidiaire de compétence quand les règles ordinaires de compétences sont insuffisantes (B) ⁴⁶⁵⁰.

A. Les règles ordinaires de compétence

1340 *Extension des règles internes à l'ordre international : principe du domicile du défendeur* ◇ Le principe posé à l'article 42 du Code de procédure civile de la compétence du tribunal du défendeur se traduit par la compétence du tribunal français si le défendeur se trouve en France. Toutefois cette règle combinée avec le règlement « Bruxelles I » ⁴⁶⁵¹ va avoir pour conséquence d'exclure la compétence du tribunal français dès lors que le défendeur n'a pas son domicile dans un État membre de l'Union européenne ⁴⁶⁵². Cette affirmation est à nuancer par les règles d'options de compétences.

1341 *Les options en matière de contrats et de responsabilité délictuelle* ◇ L'article 46 du Code de procédure civile dispose que : « le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur :

- en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service ;

- en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ; ».

Un demandeur qui souhaite introduire sa demande en France contre un défendeur domicilié hors Union européenne peut donc bénéficier de ses options de compétence si le contrat s'exécute ou si le dommage se réalise en France.

B. Le critère de nationalité des articles 14 et 15 du Code civil

1342 *Les textes* ◇ L'article 14 du Code civil dispose : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ». Ce texte accorde une faveur au Français demandeur afin qu'il puisse saisir le plus souvent un tribunal français ⁴⁶⁵³. L'article 15 prévoit qu'« un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger. » Le Français défendeur peut en toute circonstance être exposé à une saisine d'un tribunal français ⁴⁶⁵⁴.

1343 *Le régime* ◇ Il faut qu'une personne partie au litige soit de nationalité française pour que ces textes s'appliquent ⁴⁶⁵⁵.

Le champ d'application quant aux actions possibles est assez vaste car il a été décidé en jurisprudence que l'article 14 s'étend à toute matière à l'exception des actions réelles immobilières, des demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger et celles portant sur des voies d'exécution pratiquées hors de France ⁴⁶⁵⁶.

Ces règles de compétence sont facultatives et les parties y renoncent par convention ou en saisissant un juge étranger ⁴⁶⁵⁷.

Elles ont pour objet de contraindre une juridiction française à se déclarer compétente, dès lors qu'un Français est partie à l'instance « alors qu'aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France » ⁴⁶⁵⁸.

On rappellera encore ici que les articles 14 et 15 ne peuvent s'appliquer que si le défendeur au litige n'est pas domicilié au sein de l'Union européenne. S'il est bien domicilié au sein de l'Union européenne, c'est alors le règlement « Bruxelles I » qui s'applique ⁴⁶⁵⁹.

Toutefois, les solutions apportées aux conflits de compétence par le texte européen et le droit international privé français sont convergentes.

1344 *En conclusion : convergences du droit européen et du droit français* ◇ Le chef de compétence générale qui est le domicile du défendeur est identique dans l'article 2 du règlement « Bruxelles I » et en droit français qui étend l'article 42 du Code de procédure civile à l'ordre international. Les options en matière contractuelle et délictuelle sont identiques. Le lieu d'exécution du contrat est visé par l'article 5 du

règlement et par l'article 46 du Code de procédure civile. Enfin l'option en matière délictuelle pour le lieu du fait générateur ou de réalisation du dommage se retrouve tant à l'article 5 du règlement qu'à l'article 46 du Code de procédure civile.

On observera toutefois, la faveur accordée au consommateur aux articles 15 à 17 du règlement « Bruxelles I ».

Ces convergences étant observées, il reste à appliquer ces critères aux litiges nés de l'usage d'Internet.

SECTION 2. UBIQUITÉ DE LA PRÉSENCE SUR INTERNET ET ACTIVITÉ DIRIGÉE OU DESTINATION

1345 *Présentation de la question* ◇ Pour le contrat conclu par Internet, on a évoqué la protection spécifique du consommateur européen accordée par les articles 15 à 17 du règlement « Bruxelles I »⁴⁶⁶⁰. La question qui va alors se poser tient essentiellement au critère de l'activité dirigée vers l'État membre où le consommateur a son domicile (§ 1).

En matière de responsabilité extra-contractuelle, le demandeur, s'il veut saisir un juge français, va devoir démontrer qu'il subit bien un dommage en France et que l'auteur du fait dommageable orientait bien son activité vers la France (§ 2).

§ 1. Le contrat et l'activité dirigée

1346 *Rappel des solutions* ◇ Nous avons vu⁴⁶⁶¹ qu'en matière contractuelle soit le tribunal compétent est celui du défendeur⁴⁶⁶² ; soit, à titre d'option, il est possible pour le demandeur de saisir le juge du lieu d'exécution du contrat⁴⁶⁶³.

Le consommateur, partie faible au contrat, se voit accorder une protection spécifique par l'article 16, § 1 du règlement « Bruxelles I » qui lui permet de saisir le tribunal de son domicile.

1347 *Le critère de l'activité dirigée pour le consommateur* ◇ Quand le consommateur veut intenter une action contre son cocontractant professionnel au sein de l'Union européenne, il bénéficie de l'article 15 du règlement « Bruxelles I » qui lui permet de saisir le

tribunal de son domicile à la condition que « le professionnel dirige ses activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre » ; un auteur a évoqué à propos de ce critère l'idée de focalisation vers l'État membre du consommateur ⁴⁶⁶⁴.

1348 ***Jurisprudence de la CJUE fixant les critères de l'activité***

dirigée ◇ Deux affaires jointes par la Cour de justice de l'Union européenne, saisie sur question préjudicielle, ont permis à cette dernière de préciser la notion d'activité dirigée de l'article 15 du règlement « Bruxelles I » ⁴⁶⁶⁵. Il s'agissait dans chacune d'entre elle de réservation de voyages ou séjours effectués par Internet.

La Cour de justice explique d'abord qu'il est nécessaire de vérifier l'intention ou la volonté du professionnel de diriger son activité vers l'État membre du domicile du consommateur : « il convient de vérifier si, avant la conclusion éventuelle d'un contrat avec le consommateur, il ressort de ces sites Internet et de l'activité globale du commerçant que ce dernier envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans un ou plusieurs États membres, dont celui dans lequel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec eux. »

Ensuite la Cour de justice livre une liste non exhaustive d'indices dont le juge national saisi doit vérifier l'existence pour déterminer si le professionnel a souhaité diriger son activité vers l'État membre où est domicilié le consommateur :

- la nature internationale de l'activité,
- la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi,
- l'utilisation d'une langue autre que la langue habituellement utilisée dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue,
- l'utilisation d'une monnaie autre que la monnaie habituellement utilisée dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant,
- la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international,
- l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son

intermédiaire,

- l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi,

- la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres.

La Cour de justice précise enfin que la simple accessibilité au site ainsi que l'usage d'une langue ou d'une monnaie qui sont la langue et/ou la monnaie utilisées dans l'État membre dans lequel le commerçant est établi sont insuffisants pour caractériser une activité dirigée.

Dans une affaire ultérieure ⁴⁶⁶⁶ la question de l'activité dirigée n'était pas posée, mais celle de l'applicabilité de l'article 15 du règlement à une vente pour laquelle le consommateur (autrichien) avait d'abord eu des contacts pré-contractuels via Internet en raison de la présence du professionnel (domicilié en Allemagne) sur un site d'intermédiaires de vente de voitures. La vente s'était ensuite définitivement conclue dans le garage du professionnel (en Allemagne). La Cour de justice a admis que l'article 15 du règlement s'applique sans qu'il soit nécessaire que le contrat soit nécessairement conclu à distance. Ce qui nous intéresse dans cet arrêt, c'est que dans un des considérants de cet arrêt, la Cour de justice a précisé « que tant la prise de contact à distance, (...), que la réservation d'un bien ou d'un service à distance ou, a fortiori, la conclusion d'un contrat de consommation à distance sont des indices de rattachement du contrat à une telle activité ».

Dans le même sens il a été décidé qu'un consommateur allemand pouvait saisir le tribunal de son domicile pour un contrat conclu avec un professionnel français en France (en l'espèce, à proximité de la frontière) parce que ce dernier disposait d'un site Internet en allemand et donc dirigé vers les consommateurs allemands ⁴⁶⁶⁷.

Par ailleurs, la situation d'extranéité exigée pour l'application des articles 15 à 17, en particulier l'article 16, du règlement « Bruxelles I » a été précisée dans une affaire opposant des consommateurs autrichiens qui avaient réservé un voyage sur un site allemand, mais le voyageur était autrichien. Ce dernier déclinait la compétence du tribunal du domicile du consommateur ⁴⁶⁶⁸. La Cour de justice a estimé que le cocontractant du professionnel qui a conclu son contrat avec le consommateur par Internet est lui aussi « l'autre partie au contrat » visé par l'article 16 ; l'opérateur de voyage va donc suivre le sort, en l'espèce, de l'agence de voyage en ligne et le tribunal du domicile du consommateur va être déclaré compétent.

La volonté du professionnel de commercer dans l'État membre du consommateur doit ainsi être prouvée par des indices tirés de la présentation de son site Internet ou bien de sa présence sur le site d'un intermédiaire. Elle se manifeste de manière encore plus éclatante quand il accepte dans une phase précontractuelle d'entrer en contact avec le consommateur et qu'il l'invite à conclure le contrat.

§ 2. Responsabilité extra-contractuelle

1349 *Rappel des solutions* ◇ En matière de responsabilité extra-contractuelle, par application de l'article 5, 3 du règlement « Bruxelles I » ou de l'article 46 du Code de procédure civile, selon que le défendeur a son domicile dans l'Union européenne ou non ⁴⁶⁶⁹, le lieu de production du fait générateur et plus encore le lieu du dommage constituent des critères de compétence alternatifs à celui du domicile du défendeur.

1350 *Atteinte aux droits de la personnalité* ◇ Il avait d'abord été jugé, par la Cour de justice des Communautés européennes, dans un arrêt *Fiona Shevill* qu'en cas de diffamation, la victime doit saisir le juge de l'établissement de l'éditeur pour obtenir la réparation intégrale de son dommage ⁴⁶⁷⁰. Quand la victime saisit le juge d'un État membre où elle subit le dommage ce dernier ne peut réparer que le dommage subi dans cet État ⁴⁶⁷¹. Cette solution a été très largement amendée dans un arrêt ultérieur.

En effet, dans un arrêt *eDate Advertising* ⁴⁶⁷², la Cour de justice tenant compte de l'ubiquité d'Internet a considéré qu'il convenait d'abandonner la solution qui avait été retenue dans *Fiona Shevill*. La victime des atteintes aux droits de la personnalité peut désormais saisir le tribunal du lieu où elle a le centre de ses intérêts pour obtenir la réparation de l'intégralité de son dommage ⁴⁶⁷³. Bien évidemment elle peut alternativement continuer de saisir le tribunal du lieu d'établissement de l'émetteur ⁴⁶⁷⁴. Elle peut enfin, mais la solution n'a pas d'intérêt, aussi saisir chaque tribunal de l'État membre de réception du contenu attentatoire à ses droits mais pour la part de dommage qu'elle y subit ⁴⁶⁷⁵.

1351 *Atteinte aux droits d'auteurs* ◇ Un auteur compositeur interprète s'est aperçu depuis son domicile toulousain que ses œuvres étaient

contrefaites par reproduction en Autriche et commercialisées par des sociétés anglaises sur Internet. La Cour de cassation a saisi la Cour de justice en interprétation de l'article 5, 3 du règlement « Bruxelles I » pour déterminer s'il fallait que le contenu du site soit diffusé vers le territoire de l'État membre où la juridiction a été saisie ⁴⁶⁷⁶.

La Cour de justice a répondu dans un arrêt du 3 octobre 2013 ⁴⁶⁷⁷, en interprétant l'article 5, § 3, du règlement « Bruxelles I » en décidant : qu'« en cas d'atteinte alléguée aux droits patrimoniaux d'auteur garantis par l'État membre de la juridiction saisie, celle-ci est compétente pour connaître d'une action en responsabilité introduite par l'auteur d'une œuvre à l'encontre d'une société établie dans un autre État membre et ayant, dans celui-ci, reproduit ladite œuvre sur un support matériel qui est ensuite vendu par des sociétés établies dans un troisième État membre, par l'intermédiaire d'un site Internet accessible également dans le ressort de la juridiction saisie. Cette juridiction n'est compétente que pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre dont elle relève ».

La Cour de cassation a donc décidé que « l'accessibilité, dans le ressort de la juridiction saisie, d'un site Internet commercialisant le CD argué de contrefaçon est de nature à justifier la compétence de cette juridiction, prise comme celle du lieu de la matérialisation du dommage allégué » ⁴⁶⁷⁸. Le juge du fond français va donc pouvoir se déclarer compétent mais, par application de l'interprétation donnée par la Cour de justice, simplement pour la part de dommages subis en France ; ce qui donnera satisfaction à l'auteur s'il estime que l'essentiel de son dommage est bien subi sur le territoire français.

1352 Concurrence déloyale : l'accessibilité remplacée par la destination ◇ Dans un célèbre arrêt *Cristal* la Cour de cassation a admis assez facilement la compétence du juge français à propos d'un site espagnol passif utilisant la marque Cristal sur le critère de son accessibilité ⁴⁶⁷⁹.

Ensuite, la Haute juridiction a dû prendre position sur la compétence du juge français dans une affaire de copie de modèle de chaussures d'un fabricant français par une société allemande qui les commercialisait sur son site allemand en langue allemande ⁴⁶⁸⁰. La Cour de cassation a décidé que « la cour d'appel a exactement retenu sa compétence dès lors que les faits allégués de commercialisation de ces produits sur le territoire

national seraient susceptibles de causer un préjudice ». C'est donc le risque de réalisation d'un préjudice sur le territoire français qui a justifié de la compétence du juge saisi. Le critère était sans doute ténu et il n'est pas avéré au fond que le demandeur pouvait alléguer un préjudice sur ce territoire.

La Cour de cassation a finalement adopté un critère plus strict de compétence du juge français dans l'affaire *Louis Vuitton c/ Google* ⁴⁶⁸¹ à propos des liens commerciaux renvoyant vers des sites contrefaisant ⁴⁶⁸². Elle a censuré l'arrêt d'appel sur ce point pour ne pas avoir vérifié « si les annonces litigieuses étaient destinées au public de France ». Cet arrêt a été rendu au visa de l'article 46 du Code procédure civile car le défendeur n'était pas domicilié au sein de l'Union européenne, mais la solution est parfaitement transposable à l'article 5, 3 du règlement « Bruxelles I ».

La Cour de cassation a encore adopté le critère de la destination du site dans une affaire *Axa* où l'assureur français se plaignait que le système *Google Adwords* offrait des liens commerciaux vers des assureurs concurrents ⁴⁶⁸³. La Haute juridiction, reprenant les juges du fond, relève que les liens renvoyaient vers l'Allemagne et la Grande-Bretagne ou le Canada anglophone, « qu'il ne résulte pas des éléments de la procédure que ces sites aient, de manière délibérée ou non, un impact économique sur le public français ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il résulte que les annonces n'étaient pas destinées au public de France, la cour d'appel a exactement décidé que la juridiction française n'était pas compétente pour connaître des demandes dirigées contre la société Google Inc relatives à ces annonces » ⁴⁶⁸⁴. Le critère de la destination devient donc un critère essentiel.

Ce critère a été appliqué pour déterminer si la société Louis Vuitton Malletier pouvait agir contre eBay en France, cette plateforme proposant à la vente des articles du célèbre maroquinier ⁴⁶⁸⁵. La Cour de cassation a retenu que bien qu'opérant depuis la plateforme anglaise, l'internaute français était redirigé vers la plateforme française, que le prix était payable en euros et que le produit livrable en France ; le service était donc bien dirigé vers le public français ; le juge saisi sur le territoire national était donc bien compétent.

Le critère de la destination a été également adopté, incidemment, par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire opposant L'Oréal à eBay à propos de la revente sur cette plateforme d'échantillons ou de

flacons ouverts de parfum ⁴⁶⁸⁶. Pour se déclarer compétentes dans ce type de contentieux, la Cour de justice a souligné qu'« il incombe aux juridictions nationales d'apprécier au cas par cas s'il existe des indices pertinents pour conclure qu'une offre à la vente ou une publicité affichée sur une place de marché en ligne accessible sur ledit territoire est destinée à des consommateurs situés sur celui-ci ».

CHAPITRE 2

LA LOI APPLICABLE EN DROIT DES OBLIGATIONS CIVILES ET COMMERCIALES

Section 1. LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT

§ 1. **Les sources des règles de conflit**

§ 2. **Les règles de conflit issues du règlement « Rome I »**

§ 3. **En jurisprudence, le critère de l'activité dirigée**

Section 2. LOI APPLICABLE À LA RESPONSABILITÉ EXTRA- CONTRACTUELLE

§ 1. **Le cas général de responsabilité pour fait dommageable**

§ 2. **Les cas spéciaux de responsabilité**

1353 *Contrat et responsabilité* ◇ En matière d'activités numériques, ce sont les contrats et la responsabilité extracontractuelle qui doivent retenir notre attention. Les matières spécifiques, telles que le droit des incapacités ou encore le droit des sociétés, ne présentant pas de particularités propres à l'Internet, celles-ci ne justifient donc pas d'être évoquées dans ces développements relatifs au droit applicable à l'activité numérique. En revanche, déterminer à l'avance le droit applicable au contrat à conclure ou la loi compétente pour sanctionner la pratique commerciale déloyale revêt la plus grande importance pour les professionnels et consommateurs internautes. Nous évoquerons donc successivement la loi applicable au contrat (Section 1) et la loi du délit civil (Section 2)

SECTION 1. LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT

- 1354** *Présentation* ◇ Il convient de présenter d'abord les sources actuelles des règles de conflit (§ 1), puis d'exprimer les règles de conflit (§ 2), pour livrer la jurisprudence relative à Internet qui insiste sur le critère de l'activité dirigée (§ 3).

§ 1. Les sources des règles de conflit

- 1355** *Règlement « Rome I » succédant à la Convention de Rome* ◇ Le règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) ⁴⁶⁸⁷ s'applique aux contrats conclus à partir du 17 décembre 2009 ⁴⁶⁸⁸. Ce texte remplace la Convention de Rome du 19 juin 1980 qui était entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991. Le règlement « Rome I » étant de compétence universelle ⁴⁶⁸⁹, c'est-à-dire que son application peut aboutir à la désignation d'une loi autre que celle d'un État membre de l'Union européenne, il est devenu le droit commun de la règle de conflit en matière contractuelle pour les juges des États membres. Il convient de préciser l'éventuelle articulation avec la Convention de La Haye sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels.

- 1356** *Rôle résiduel de la Convention de La Haye du 15 juin 1955* ◇ Cette convention a été signée par la Belgique, qui l'a dénoncée en 1999, le Danemark, la Finlande, la France, l'Italie, le Niger, la Norvège, la Suède et la Suisse. Elle couvre la vente d'objets mobiliers corporels conclue entre toute partie, professionnels et consommateurs et elle a également compétence universelle. Par application de l'article 25 du règlement « Rome I », cette convention a vocation à s'appliquer quand un juge d'un État membre est saisi pour une vente entre professionnels. La solution de règle de conflit est alors assez semblable à « Rome I ». La règle de la loi d'autonomie laisse aux parties le choix de la loi applicable. À défaut de choix, c'est la loi de la résidence du vendeur qui s'applique ; sauf si le vendeur a envoyé un représentant dans le pays de l'acheteur et que le contrat est conclu dans le pays de l'acheteur ; c'est la loi du pays de l'acheteur qui est alors compétente.

Pour une vente entre un professionnel et un consommateur, la Convention de La Haye ne comportant pas de dispositions spécifiques

pour protéger ce dernier, c'est « Rome I » en son article 5 qui s'applique.

1357 *Les effets possibles de la clause de marché intérieur de la directive du 8 juin 2000* ◇ L'article 1, § 4 de la directive commerce électronique précise que cette dernière n'établit pas « de règles additionnelles de droit international privé ». Toutefois, à l'article 3 de la directive il est prévu que « chaque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné ». Le texte ajoute en son § 2 que « les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre. »

Dans les considérants 22 et 23 qui précèdent le corps de la directive « commerce électronique » il est expliqué qu'afin de garantir la libre prestation de services il est nécessaire que le prestataire bénéficie d'une sécurité juridique ; il est donc soumis à la loi de son État d'établissement pour entreprendre et développer son activité. En outre, il ne faudrait pas que par le jeu des règles du droit international privé, ce prestataire pour les services qu'il propose soit soumis à des règles plus contraignantes émanant d'un État membre.

Il reste à mesurer le champ d'application de cette disposition, il convient pour cela d'examiner la définition du « domaine coordonné » par la directive qui figure à l'article 2, i : « Le domaine coordonné a trait à des exigences que le prestataire doit satisfaire et qui concernent :

- l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification,

- l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire. » En outre, une série d'exceptions à la clause de marché intérieur est mentionnée en annexe de la directive commerce électronique dans laquelle figure notamment la « liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat » et les « obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs ».

Cet enchevêtrement de prescriptions et d'exceptions a donné lieu à des

débats en doctrine pour déterminer si la clause de marché intérieur constituait un obstacle à l'application de règles d'ordre public d'un État membre tel que la France à l'encontre d'un prestataire Internet établi dans un autre État membre et qui dirigerait ses activités vers la France. Un auteur a soutenu que la clause de marché intérieur pouvait avoir un effet limitatif sur le jeu normal des règles de droit international privé ⁴⁶⁹⁰ ; aussi des contraintes trop fortes qui seraient imposées à un prestataire dirigeant son activité vers un État membre pourraient-elles être paralysées. D'autres auteurs estiment que la clause de marché intérieur n'a pour objet que de préciser à quelles règles le prestataire Internet doit se soumettre pour mener son activité, celles de son pays d'établissement, mais reste sans effet sur la loi applicable au contrat que ce dernier va conclure depuis son site avec des internautes à qui il offre ses produits ou ses services ⁴⁶⁹¹ .

Cette appréciation doctrinale est à nuancer par un arrêt de la Cour de justice qui précise bien que l'article 3 de la directive n'oblige pas les États membres à adopter des règles additionnelles de droit international privées. Toutefois, ces dernières ne doivent pas imposer des règles aux prestataires qui entraveraient la libre prestation de services ⁴⁶⁹² .

Cette jurisprudence fondée sur l'article 3, § 4 pourrait susciter une difficulté en la confrontant aux règles françaises sur les publicités réglementées pour l'alcool et le tabac. Pour les boissons alcoolisées, l'article L. 3323-2 du Code de la santé publique a été modifié par une loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 pour y ajouter un 9° qui autorise la publicité pour les alcools sur Internet à l'exception de tout support destiné à la jeunesse ou aux pratiques sportives ⁴⁶⁹³ .

Pour le tabac, la publicité est complètement interdite qu'elle qu'en soit le support ⁴⁶⁹⁴ . Toutefois, cette prohibition ne s'applique pas aux opérateurs établis en dehors de l'Union européenne et qui ne dirigent pas principalement leur activité vers ses États membres ⁴⁶⁹⁵ . En outre, les chaînes de télévision peuvent retransmettre des compétitions sportives de sport mécanique dans des pays où la publicité est autorisée ⁴⁶⁹⁶ .

Il est probable que ces règles, parce qu'elles ont pour objectif la de protection de la santé publique, pourraient être imposées à un prestataire installé dans un autre État membre qui dirige ses activités vers la France. Cet équilibre entre libre prestation de services et protection du consommateur a été maladroitement transposé à l'article 17 de la loi « confiance dans l'économie numérique ».

1358 *Un texte inapplicable : l'article 17 de la loi confiance dans l'économie numérique* ◇ En transposant la directive du 8 juin 2000, par la loi confiance dans l'économie numérique, le législateur français a tenté de reprendre la clause marché intérieur tout en ménageant les droits du consommateur français par la réaffirmation de leur nécessaire protection par les lois impératives françaises ⁴⁶⁹⁷. Le texte est inutile ⁴⁶⁹⁸ car il crée une règle additionnelle de droit international privé qui ne saurait être aussi précise que les dispositions du règlement « Rome I », notamment son article 6. En effet, la protection du consommateur est garantie par l'article 6 du règlement « Rome I ».

Avant de présenter ces règles de conflit qui s'imposent désormais au juge français, nous devons évoquer la présence de règles matérielles de droit positif et en gestation.

1359 *Droit matériel : Convention de Vienne et Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente* ◇ La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises a pour objet de régir la vente internationale de marchandises entre professionnels ⁴⁶⁹⁹. Elle comporte des règles de droit matériel qui se substituent aux règles étatiques. Les parties à une vente internationale de marchandises entre professionnels sont soumises à ce texte dès lors qu'elles ont leur établissement dans deux États différents partie et que soit ces deux États sont tous deux parties à la Convention de Vienne, soit que l'application des règles de conflit conduit à désigner la loi d'un État contractant ⁴⁷⁰⁰. Toutefois, elles peuvent écarter l'application de cette convention en choisissant la loi d'un État qui n'y est pas partie ou encore en l'excluant purement et simplement, par le jeu d'un *opt-out*.

À l'inverse ce serait par un mécanisme de choix très explicite (*opt-in*) qu'un consommateur ou un professionnel pourrait opter pour l'application du droit commun européen de la vente qui verrait le jour si la proposition de règlement du 11 octobre 2011 était adoptée ⁴⁷⁰¹. Le corps de règles appelé à régir une vente transfrontières de biens mobiliers corporels ou de contenu numérique s'appliquerait en lieu et place de la loi étatique de l'un des États membres. Toutefois, cet instrument optionnel est encore en gestation.

Il convient donc pour le moment de développer les règles de conflit

de loi qui permettent de déterminer la loi compétente.

§ 2. Les règles de conflit issues du règlement « Rome I »

1360 *Loi d'autonomie tempérée* ◇ Le principe majeur énoncé à l'article 3 du règlement « Rome I » réside dans la liberté de choix par les parties du droit applicable à leur contrat soit par une clause ou par toute circonstance. Le même texte autorise les parties à procéder à un « dépeçage » car elles peuvent appliquer un droit différent à chaque partie du contrat. Elles peuvent en outre changer de loi applicable en cours de vie du contrat sans que ce changement puisse affecter le droit des tiers ⁴⁷⁰².

Toutefois, l'article 3, § 3 a pour objectif d'empêcher le « *law shopping* » aux fins d'éviction d'une loi impérative. En effet, le texte précise « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ».

De même qu'en présence de points de rattachements dans un ou plusieurs États membres, le choix d'une autre loi applicable ne saurait porter atteinte à une règle d'ordre du droit communautaire ⁴⁷⁰³.

1361 *Loi applicable à défaut de choix* ◇ Dans le règlement « Rome I », il a été abandonné la méthode globale de désignation de la loi applicable au contrat qui avait été adoptée dans la Convention de Rome de 1968. Cette règle posait comme principe général que la loi applicable au contrat était celle de la résidence habituelle la partie qui doit fournir la prestation caractéristique. Ce critère est devenu subsidiaire à l'article 4, § 2 du règlement « Rome I » ; les critères principaux sont désormais beaucoup plus précis et sont déterminés contrat par contrat, c'est-à-dire avec des points de rattachement spéciaux ⁴⁷⁰⁴.

En effet, l'article 4, § 1 du règlement « Rome I » dispose, qu'à défaut de choix, pour la vente la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle est applicable ; pour la prestation de services il s'agit de celle dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle. La franchise, à défaut de choix, est régie par la loi du pays

dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle ; de même que pour le contrat de distribution, c'est la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle qui s'applique. Enfin, on doit signaler que pour la vente de biens aux enchères, à défaut de choix, c'est la loi du lieu de la vente aux enchères.

Ce n'est qu'à titre subsidiaire, quand les critères posés contrat par contrat sont insuffisants que, aux termes de l'article 4, § 2 du règlement « Rome I », la loi applicable au contrat est celle du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle.

À titre encore plus subsidiaire, il est prévu à l'article 4, § 3, que si le contrat présente des liens manifestement plus étroits encore avec la loi d'un autre pays que celui désigné par les premiers critères de rattachement, c'est cette dernière qui s'applique.

Enfin, à titre infiniment subsidiaire, il est prévu à l'article 4, § 4, du règlement « Rome I » qu'à défaut de rattachement spécial et sans prestation caractéristique identifiable, « le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

Des dispositions spécifiques viennent protéger le consommateur.

1362 *Les contrats conclus par les consommateurs : le critère de l'activité dirigée* ◇

Quand une personne physique conclut un contrat pour un usage étranger à son activité professionnelle avec un professionnel, qualifiée de consommateur elle peut alors bénéficier du privilège de voir la loi du lieu de sa résidence habituelle s'appliquer au contrat conclu. Toutefois, l'article 6 du règlement « Rome I » qui prévoit ce privilège au profit des consommateurs ⁴⁷⁰⁵, pose des conditions pour retenir la compétence de la loi de leur résidence habituelle ⁴⁷⁰⁶. Il faut soit que le professionnel exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, soit que ce professionnel « par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité ».

Le critère essentiel pour que le consommateur puisse revendiquer l'application de la loi de sa résidence habituelle réside dans « l'activité dirigée » par le professionnel vers l'État membre de son domicile. Ce critère a été choisi de manière délibérément identique à celui du règlement « Bruxelles I » ⁴⁷⁰⁷ sur le tribunal compétent. Le critère de

l'accès au site Internet par le consommateur ne suffit pas pour qu'il bénéficie de la règle de désignation de la loi de son lieu de résidence habituelle à défaut de choix par les parties ⁴⁷⁰⁸.

En effet, aux termes de l'article 6, § 2 du règlement, cette règle de faveur n'empêche pas la loi d'autonomie de jouer également dans une relation contractuelle entre un professionnel et un consommateur. Celui-ci peut parfaitement imposer au consommateur une loi applicable au contrat au moment de sa conclusion. Cette loi ne pourra cependant pas priver le consommateur de la protection dont il aurait bénéficié si la loi de sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat s'était appliquée. Ainsi un vendeur allemand peut soumettre le contrat conclu avec le consommateur ayant sa résidence habituelle en France au droit allemand. En cas de litige, il appartiendra au juge saisi de vérifier que la loi allemande du contrat n'est pas plus défavorable que la loi française ; si tel n'est pas le cas, la loi allemande s'appliquera au consommateur français. Il est même probable que les lois choisies par les professionnels établis au sein des États membres sont le plus souvent aussi protectrices que celles de l'État de résidence habituelle du consommateur car elles ont pour racine commune les directives européennes.

À défaut de choix dans le contrat, c'est le critère de l'activité dirigée qui va être déterminant.

§ 3. En jurisprudence, le critère de l'activité dirigée

1363 *Identité de critère de l'activité dirigée dans « Bruxelles I » et « Rome I »* ◇ Il est affirmé dans le considérant 24 du préambule du règlement « Rome I » que le critère de l'activité dirigée pour déterminer quand le consommateur pourra bénéficier de l'application de la loi du pays de sa résidence habituelle est identique à celui de l'article 15 du règlement « Bruxelles I » relatif au tribunal compétent. Aussi, les critères adoptés dans les arrêts *Pammer* et *Hotel Alpenhof* ⁴⁷⁰⁹, puis *Maletic* ⁴⁷¹⁰ rendus par la Cour de justice sur l'application du règlement « Bruxelles I » sont-ils transposables à l'exigence d'activité dirigée pour que le consommateur bénéficie de la loi de sa résidence habituelle.

Rappelons que dans les arrêts *Pammer* et *Hotel Alpenhof* ⁴⁷¹¹, la Cour de justice a retenu notamment les critères suivants pour décider que le professionnel dirige ses activités vers le pays où le consommateur a sa

résidence habituelle : la nature internationale de l'activité, l'utilisation d'une langue autre que la langue habituellement utilisée dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue, l'utilisation d'une monnaie autre que la monnaie habituellement utilisée dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire et l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi.

De même que dans une affaire *Emrek*, également relative à la détermination du tribunal compétent, le critère de l'activité dirigée a été retenu au profit d'un consommateur allemand parce qu'un professionnel français établi à proximité de la frontière disposait d'un site Internet en allemand et donc dirigé vers les consommateurs allemands ⁴⁷¹².

SECTION 2. LOI APPLICABLE À LA RESPONSABILITÉ EXTRA-CONTRACTUELLE

- 1364** *Cas général et cas spéciaux de responsabilité civile* ◇ La responsabilité extra-contractuelle recouvre de nombreux cas différentes, outre le cas général d'acte de toute nature ayant des conséquences dommageables (§ 1), des cas spéciaux comme l'atteinte aux droits de la personnalité la contrefaçon ou la concurrence déloyale méritent une attention particulière en droit des activités numériques (§ 2).

§ 1. Le cas général de responsabilité pour fait dommageable

- 1365** *Le règlement « Rome II »* ◇ Le règlement « Rome II » du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ⁴⁷¹³, comme le règlement « Rome I », a un caractère universel ⁴⁷¹⁴. Il se substitue donc aux règles nationales de droit international privé. Il a été applicable à compter du 11 janvier 2009 ⁴⁷¹⁵.

Ce règlement ne se substitue pas à une convention conclue avec un autre État ⁴⁷¹⁶ ; toutefois le règlement « Rome II » prévaut sur une autre convention quand elle a été conclue avec un autre État membre ⁴⁷¹⁷. La question d'une règle de conflit concurrente pourra alors se poser avec la Convention de La Haye sur les accidents de la circulation du 4 mai 1971 et plus encore celle sur la responsabilité du fait des produits défectueux du 2 octobre 1973.

1366 *Le champ d'application restreint de « Rome II »* ◇ S'il n'est pas gênant pour le droit des activités numériques que les relations de famille soient exclues du champ de ce règlement par application de son article 1^{er}, de même que les régimes matrimoniaux ou le droit des sociétés ; il est en revanche beaucoup plus ennuyeux que les « atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation » en soient exclues ⁴⁷¹⁸.

1367 *De la loi du délit à la loi du dommage* ◇ Il est habituellement admis que la loi applicable à une affaire de responsabilité extra-contractuelle est celle du lieu du délit ⁴⁷¹⁹. Dans le règlement « Rome II », à l'article 4, § 1 il est prévu que la loi applicable au délit est celle du « pays où le dommage survient » ⁴⁷²⁰. Il faut bien distinguer ce point de rattachement qui a été choisi, de celui du fait générateur. Le pays du fait générateur est celui où c'est produit l'accident ou l'événement qui est à l'origine du dommage. Le lieu du dommage est celui où se produisent les conséquences du fait dommageable ; ce point de rattachement ayant été choisi dans le règlement « Rome II » ce sera donc le plus souvent la loi du lieu de résidence habituelle de la victime du dommage qui s'appliquera au litige. Cette règle conjuguée à celle de l'article 5 du règlement « Bruxelles I », sur le tribunal compétent, qui permet de saisir le tribunal du lieu du fait générateur ou de celui du dommage, permet donc à la victime d'un dommage de saisir le tribunal de sa résidence habituelle et de faire appliquer la loi de l'État où elle réside.

À l'article 4, § 2 du règlement « Rome II » il est précisé qu'en présence d'un responsable et d'une victime qui ont leur résidence principale dans le même pays, c'est la loi de ce pays qui s'applique.

Enfin il est prévu à l'article 4, § 3 qu'en présence de circonstances qui montrent que le fait dommageable présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui du lieu du dommage ou du fait générateur, la loi de

ce pays s'applique. Le texte vise notamment le cas du contrat préexistant entre les parties qui présenterait un lien étroit avec le fait dommageable.

Par ailleurs, les parties à une affaire de responsabilité extra-contractuelle peuvent choisir la loi applicable à leur litige par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage ⁴⁷²¹. Mieux encore, entre commerçants, il est possible de désigner la loi applicable avant la survenance d'un dommage ⁴⁷²². Toutefois, un tel choix de loi ne saurait porter préjudice au droit des tiers ⁴⁷²³. En outre, ce choix de loi ne saurait permettre d'éviter l'application des dispositions impératives du pays dans lequel tous les éléments de la situation étaient localisés au moment de la survenance du fait générateur ⁴⁷²⁴. Quand les éléments de la situation étaient localisés sur plusieurs États membres au moment de la survenance du fait générateur, le choix de la loi d'un État tiers pour l'appliquer au litige ne peut pas permettre de déroger aux règles impératives communautaires ⁴⁷²⁵.

Pour les dommages provoqués par un site Internet, le lieu où la victime va subir le dommage va donc permettre de déterminer la loi applicable à cette responsabilité extra-contractuelle. Nonobstant les interrogations de certains auteurs sur la pertinence de cette règle appliquée à Internet en raison de l'ubiquité des atteintes possibles, nous estimons que la règle de conflit de « Rome II » est au contraire très favorable aux personnes atteintes dans leur droit afin qu'elles ne se trouvent pas démunies face à un auteur de dommages qui multiplierait à dessein les points de localisation éloignés de la « victime » ⁴⁷²⁶. En outre, il a été démontré, qu'il est judicieux d'appliquer la règle de conflit aux termes de laquelle la loi présentant les liens les plus étroits avec la réparation est à privilégier ⁴⁷²⁷. En effet, la partie lésée méritant réparation, en matière de délit civil, il est souhaitable que l'auteur du dommage puisse être appréhendé le plus facilement possible par la reconnaissance de compétence du tribunal de sa résidence habituelle conjuguée à l'application de la loi du lieu où il subit son dommage ⁴⁷²⁸.

§ 2. Les cas spéciaux de responsabilité

- 1368 *Atteintes à la vie privée, droits de la personnalité, diffamation* ◇ Ces affaires sont pour le moment exclues du champ d'application du règlement « Rome II » ⁴⁷²⁹. Les auteurs soulignent que c'est un des échecs de ce règlement qui serait dû à l'action de groupes de

pression ; le législateur européen n'ayant pas su concilier la liberté d'expression et de la presse avec la protection de la vie privée ⁴⁷³⁰. Plus récemment, un rapport préconise certes l'extension de ce règlement aux atteintes à la vie privée ⁴⁷³¹, mais pour le moment c'est à la jurisprudence qu'il appartient de définir les critères pour déterminer la loi applicable.

En France, dans un arrêt ancien, de 1988, il a été jugé que les conséquences de l'atteinte à la vie privée d'une personne ou de la violation du droit qu'elle possède sur son image relèvent de la loi du lieu où ces faits ont été commis ⁴⁷³². Toutefois, la Haute juridiction a ensuite admis en, toujours en matière de presse que les juges du fond choisissent entre la loi du lieu du fait générateur et celle du lieu où le dommage est subi ⁴⁷³³. Certains auteurs observent que lors de la diffusion par Internet il existe souvent plusieurs points de rattachement ; ils préconisent donc de privilégier la loi du lieu où la victime subit le dommage, c'est-à-dire son lieu de résidence habituelle ⁴⁷³⁴.

Il est également fort logiquement soutenu que le débat sur le tribunal compétent en matière d'atteinte à la vie privée et les solutions dégagées sur le fondement de « Bruxelles I » ont nécessairement un effet sur la détermination de la loi applicable ⁴⁷³⁵.

Aussi convient-il de rappeler que la Cour de justice des Communautés européennes, dans un arrêt *Fiona Shevill* a d'abord décidé qu'en cas de diffamation, la victime doit saisir le juge de l'établissement de l'éditeur pour obtenir la réparation intégrale de son dommage ⁴⁷³⁶. Quand la victime saisit le juge d'un État membre où elle subit le dommage ce dernier ne peut réparer que le dommage subi dans cet État ⁴⁷³⁷. Puis, plus récemment, dans un arrêt *eDate Advertising* ⁴⁷³⁸, la Cour de justice, tenant compte de la diffusion par Internet, a considéré que la victime des atteintes aux droits de la personnalité peut saisir le tribunal du lieu où elle a le centre de ses intérêts pour obtenir la réparation de l'intégralité de son dommage ⁴⁷³⁹. En transposant cette solution à la question de la loi applicable à l'atteinte aux droits de la personnalité, il n'y aurait rien de surprenant à ce que ce soit la loi du lieu où la victime subit le dommage qui s'applique.

1369 *Données personnelles* ◇ L'article 1^{er}, § 2 g) du règlement « Rome II » exclut de son champ d'application les atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité. Aussi c'est à l'article 4 de la directive 1995/46/CE du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes

physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ⁴⁷⁴⁰, que l'on peut trouver la règle de conflit ⁴⁷⁴¹. Ce texte dispose en substance qu'il convient d'appliquer le principe du pays d'origine car chaque État membre est chargé de faire appliquer au responsable du traitement des données sa loi nationale. C'est donc la loi du lieu d'établissement du responsable du traitement qui va s'appliquer. La solution n'est pas gênante au sein de l'Union européenne car la directive de 1995 a permis d'harmoniser les droits des États membres ; cette protection uniforme sera encore mieux assurée quand un règlement sur la matière sera adopté ⁴⁷⁴². En outre, quand le responsable du traitement n'est pas établi dans un État membre mais qu'il fait procéder à du traitement de données dans l'Union européenne, ce responsable doit désigner un représentant dans un État membre. On doit alors comprendre, que c'est la loi de l'État du représentant qui va s'appliquer.

Il a toutefois été jugé, à propos du moteur de recherches Google Groupe auquel une internaute reprochait de ne pas vouloir procéder à l'effacement de participations à certains forums qui révélaient des aspects de sa vie privée, que la loi du 6 janvier 1978 ne s'appliquait pas ⁴⁷⁴³. La société était américaine et traitait les données aux États-Unis ; le juge français a estimé que la loi française « informatique et liberté » n'a pas la valeur de loi impérative dans l'ordre international ⁴⁷⁴⁴. La décision est surprenante car la loi de 1978 correspond précisément à un texte qui touche l'organisation politique et sociale de la France. Cette décision montre que la protection des données n'est donc pas nécessairement prépondérante. Il en serait peut-être autrement si c'est par voie de contrat d'adhésion qu'un internaute autorisait par une clause type une utilisation de ses données attentatoire à ses droits, le règlement « Rome I » par application de son article 6 permettrait de déclarer la loi française compétente ⁴⁷⁴⁵.

1370 *Contrefaçon d'œuvre littéraire et artistique* ◇ À l'article 8 du règlement « Rome II », il est repris le principe de la *lex loci protectionis* habituelle en matière de propriété intellectuelle ⁴⁷⁴⁶. Il était affirmé que ce texte avait vocation à s'effacer le plus souvent au profit de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques car l'article 28, § 1 du règlement « Rome II » dispose que ce règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales

auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties. L'article 5.2 de la Convention de Berne met également en œuvre la loi de du pays où la protection est demandée ⁴⁷⁴⁷. Cependant, les États de l'Union européenne n'ont pas inclus la Convention de Berne dans la liste des conventions ayant priorité sur le règlement « Rome II ». Cette situation conduit à appliquer l'article 8 de « Rome II » en lieu et place de la Convention de Berne qui servait jusque là de règle de conflit.

Dans une affaire *Google Images*, un artiste et son photographe se plaignaient de voir la photo de celui-là reproduite par le service *Google Images* nonobstant un référé aux termes duquel le moteur de recherches s'était engagé à retirer le cliché ⁴⁷⁴⁸. Pour retenir l'application de la loi française afin de condamner *Google Images*, la Cour de cassation se fonde sur l'article 5.2 de la Convention de Berne qui impose la loi de l'État où la protection est réclamée ⁴⁷⁴⁹. La Cour de cassation prend bien soin de préciser que les lieux de destination et de réception de ce service *Google Images* présentent un lien de rattachement substantiel avec la France ⁴⁷⁵⁰.

1371 *Contrefaçon de signes distinctifs* ◇ En matière de contrefaçon de marques, la *lex loci protectionis* s'applique également, la loi française est applicable à une marque française ⁴⁷⁵¹. L'article 8, § 2 du règlement « Rome II », dispose qu'en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle communautaire, à caractère unitaire, la loi applicable à toute question qui n'est pas régie par l'instrument communautaire pertinent est la loi du pays dans lequel il a été porté atteinte à ce droit.

Pour caractériser la contrefaçon en France via Internet, il est nécessaire en jurisprudence, de montrer que la représentation du droit protégé vise le public de France ⁴⁷⁵². Aussi dans une affaire *Hugo Boss*, où la société titulaire de cette marque avait obtenu une injonction sous astreinte à l'encontre d'un site qui utilisait son signe sans droit ni titre, la demande au fond de liquidation de l'astreinte a-t-elle été rejetée car le site contrefaisant ne visait pas « le public de France » ⁴⁷⁵³.

Sur la question des injonctions en matière de contrefaçon de marques, la Cour de justice a décidé, sur le fondement du règlement n° 40/94 relatif à la marque communautaire ⁴⁷⁵⁴, qu'une injonction pouvait avoir une portée extraterritoriale qui peut s'étendre à l'ensemble de l'Union européenne ; mais pour cela le juge qui se déclare compétent pour prononcer l'astreinte doit tenir compte de l'étendue du droit auquel il est

porté atteinte.

Dans une affaire *Nutri-Riche* de la marque Lancôme, cette dernière fait état de produits portant cette marque sur son site Internet français mais dans ses pages « étranger » et sans vendre ce produit en France ⁴⁷⁵⁵. Aussi une société titulaire de la marque Nutri-rich (sans e) est-elle déboutée de sa demande en contrefaçon contre Lancôme car « le masque de beauté portant la dénomination “Nutri-Riche” et présenté sur ce site sous la rubrique "autres pays", n'est pas offert à la vente, ni disponible, en France, que du reste, la partie du site destinée à la France, différenciée des pages destinées à la clientèle francophone, ne présente aucun produit sous la dénomination “Nutri-Riche” mais sous celle de “Nutri-Intense” ». C'est donc l'absence d'activité dirigée vers la France pour ce produit qui permet à la société Lancôme d'échapper à la condamnation pour contrefaçon.

La Cour de justice a, quant à elle, précisé la règle de conflit applicable aux marques à partir du règlement n° 40/94 et de la directive n° 89/104/CE ⁴⁷⁵⁶. Ces textes sont applicables dès lors qu'il est fait usage d'un signe identique ou similaire à une marque enregistrée dans l'Union dans une offre ou une publicité dirigée vers les consommateurs de l'Union européenne ; la compétence et la protection par les textes communautaires dépendent de ce que les consommateurs peuvent « visualiser sur écran et commander » le produit sur lequel est apposée la marque ⁴⁷⁵⁷.

1372 *Concurrence déloyale et violation des règles de concurrence* ◇ Le règlement « Rome II » ⁴⁷⁵⁸ régit en son article 6, § 1 d'abord l'acte de concurrence déloyale au sens strict en ce qu'il affecte un seul marché, c'est alors la loi de ce marché affecté qui est compétente. Quand l'acte de concurrence déloyale ne vise qu'un concurrent déterminé, l'article 6 § 2 renvoie alors à la règle de l'article de la loi du lieu du dommage.

Ensuite, viennent les règles relatives aux actes portant atteinte à la libre concurrence. Quand une pratique anticoncurrentielle n'affecte qu'un seul marché ou n'est susceptible d'affecter qu'un seul marché, c'est alors la loi du pays dans lequel ce marché est affecté qui va s'appliquer aux termes de l'article 6 § 3, a. En revanche quand le marché est affecté ou est susceptible de l'être dans plusieurs pays, la compétence juridictionnelle et la loi applicable se voient régies par l'article 6, § 3, b)

du règlement « Rome II ». Ce texte dispose que la loi compétente est celle du domicile du défendeur si le marché de ce pays est parmi ceux qui sont affectés de manière directe et substantielle.

Il est impossible de déroger par accord à ces règles de compétence ⁴⁷⁵⁹. Il est vrai que l'on s'approche d'un ordre public proche de celui qui gouverne le droit pénal.

CHAPITRE 3

LES INFRACTIONS PÉNALES

Section 1. RÈGLES APPLICABLES

§ 1. Application de la loi pénale française sur le territoire de la République

- A. Un point de rattachement avec le territoire de la République
- B. Complicité et loi applicable

§ 2. Application de la loi pénale française à des Français

Section 2. APPROCHE COORDONNÉE DE LA CYBERCRIMINALITÉ

1373 *Règles applicables et approches de la cybercriminalité* ◇ La question du droit pénal international applicable aux infractions commises par Internet est à la fois simple et extrêmement complexe ⁴⁷⁶⁰. Les règles sont assez simples en ce qu'il y a unité de solutions entre la question du tribunal compétent et la loi applicable (Section 1), mais la difficulté s'accroît lorsqu'il s'agit de lutter de manière coordonnée contre la cybercriminalité (Section 2).

SECTION 1. RÈGLES APPLICABLES

1374 *Infraction en contact avec le territoire de la République et infractions appréhendées par le droit français* ◇ La règle essentielle de droit pénal international réside dans le fait que toute infraction qui présente à la fois un élément d'extranéité et un point de contact avec la France peut relever des juridictions françaises et de la loi française (§ 1). Sans point de contact particulier, bien que l'infraction soit intégralement commise à l'étranger, la loi française peut encore s'appliquer quand un Français est impliqué (§ 2).

§ 1. Application de la loi pénale française sur le territoire de la République

1375 *Des infractions commises sur le territoire de la République* ◇ À l'article 113-2 alinéa 1^{er} du Code pénal il est disposé que « la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République » et que l'« infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire. » La règle signifie d'abord que la nationalité de celui qui commet l'infraction sur le territoire de la République importe peu, ce peut être un étranger ; il sera appréhendé et jugé dès lors qu'il est soupçonné avoir commis cette infraction ⁴⁷⁶¹.

En outre, le juge répressif et la loi pénale français seront compétents pour appréhender les auteurs d'infractions partiellement commises en France (A) et leurs complices (B).

A. Un point de rattachement avec le territoire de la République

1376 *Des infractions partiellement commises en France* ◇ « L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire » est-il affirmé à l'article L. 113-2 alinéa 2 du Code pénal. Cela signifie qu'il est indifférent que la France soit le pays à partir duquel l'infraction est commise (théorie de l'émission) ou que les effets de l'infraction se fassent sentir sur son territoire (théorie de la réception) ⁴⁷⁶². Le Code pénal en adoptant l'idée que tout fait constitutif, au sens d'élément de l'infraction, permet d'appréhender toute infraction qui dispose d'un point de contact avec le territoire, consacre une forme « d'ubiquité » de compétence de juge et de la loi français ⁴⁷⁶³.

Les juridictions françaises sont donc compétentes dès lors que les effets de l'infraction se font sentir en France, c'est-à-dire que le fait que la victime se trouve en France ou qu'un acte matériel soit accompli en France suffit à rendre le juge pénal français compétent.

C'est ainsi, par exemple, que l'infraction qui consiste pour un policier français a révélé une information à caractère secret sur un blog belge ne peut pas donner lieu à poursuite et condamnation en France si le site est n'est pas spécifiquement dirigé vers la France ; il faut en outre que les

« victimes » saisissent le tribunal de leur ressort ⁴⁷⁶⁴.

1377 *Diffamation par voie de presse* ◇ En matière de presse, il est de principe que la diffusion d'exemplaires en France suffit à rendre le juge français compétent et la loi française applicable ⁴⁷⁶⁵. Pour l'édition par Internet, dès lors que le contenu d'une publication, constitutif d'une infraction pénale au regard du droit français, telle qu'une diffamation, est accessible aux internautes en France, le juge français se déclare compétent et peut entrer en voie de condamnation ⁴⁷⁶⁶.

Toutefois, dans une affaire opposant un universitaire américain et un autre résidant en Israël à propos de questions de droit international public et par voie de publication en anglais, le tribunal correctionnel de Paris s'est déclaré incompétent ⁴⁷⁶⁷.

1378 *Contrefaçon d'œuvre* ◇ Le journal *Le Monde* s'était assuré l'exclusivité de la publication de l'article d'un auteur italien ; le texte avait ensuite été reproduit dans un journal italien, en version papier et par Internet, sans autorisation. Les juridictions françaises ont été saisies. Sur second pourvoi la chambre criminelle ⁴⁷⁶⁸ a décidé au visa de l'article 5 § 2 de la Convention de Berne et des articles L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle « qu'il résulte de ces textes que, d'une part, la protection due à tout auteur d'un pays unioniste est exclusivement dévolue à la législation du pays où elle est réclamée, cette dernière désignant la loi de l'État sur le territoire duquel se sont produits les agissements délictueux et non celle du pays où le dommage a été subi ; que, d'autre part, la perpétration de la contrefaçon sur le territoire de la République est un élément constitutif de l'infraction ». Aussi, qu'en l'espèce « l'atteinte portée aux droits d'auteur a eu lieu hors du territoire national », tribunaux et lois français n'étaient donc pas compétents.

1379 *Contrefaçon de droit de propriété industrielle* ◇ Pour une contrefaçon de marque pénalement poursuivie, il a été jugé nécessaire de montrer que l'activité était dirigée vers les consommateurs français pour justifier de la compétence du juge national et de l'application de la loi répressive française ⁴⁷⁶⁹.

Pour une contrefaçon de brevet européen désignant la Suède, dont un Français était titulaire, il a été décidé que les actes de contrefaçon ayant été commis en Suède, ni le juge français, ni, par voie de conséquence, la

loi française n'étaient applicables ⁴⁷⁷⁰.

- 1380** *Jeux en ligne sans autorisation* ◇ De la même façon que pour condamner pour la tenue d'un cercle de jeux en ligne (poker) sans autorisation depuis l'étranger, le juge français a d'abord vérifié que le site était tourné vers les joueurs français et pas simplement accessible à ces derniers ⁴⁷⁷¹.

B. Complicité et loi applicable

- 1381** *Complicité en France* ◇ À l'article 113-5 du Code pénal il est prévu que « la loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère ». La complicité en France d'une infraction commise à l'étranger ne sera poursuivie qu'à deux conditions cumulatives : l'infraction est également punie à l'étranger et l'auteur à titre principal a été condamné.
- 1382** *Complicité à l'étranger* ◇ En outre, en jurisprudence, il a été décidé que la complicité à l'étranger d'un acte principal commis en France est passible de poursuites et de condamnation en France ⁴⁷⁷².

§ 2. Application de la loi pénale française à des Français

- 1383** *Compétence personnelle* ◇ Le législateur français est venu instaurer une compétence de la loi pénale française quand la victime est française (compétence personnelle passive) ou quand l'auteur de l'infraction est français (compétence personnelle active) ⁴⁷⁷³.
- 1384** *Auteur Français de l'infraction (compétence personnelle active)* ◇ Il est prévu à l'article 113-6 du Code pénal que « la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République » et qu'elle « est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis

par la législation du pays où ils ont été commis. » On observera que les délits commis par un Français à l'étranger ne sont susceptibles d'être poursuivis en France que s'ils sont également constitutifs d'infraction dans le pays où il les a commis.

- 1385** *Victime française (compétence personnelle passive)* ◇ L'article 113-7 du Code pénal dispose que « la loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction. » Il faut donc que la victime soit française au moment des faits et que les faits commis soient punis d'emprisonnement en France.

SECTION 2. APPROCHE COORDONNÉE DE LA CYBERCRIMINALITÉ

- 1386** *Convention de Budapest du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité et protocole additionnel* ◇ Le Conseil de l'Europe a adopté une convention sur la cybercriminalité le 23 novembre 2001 qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004, elle est ouverte aux États non européens et a été signée assez largement, notamment par les États-Unis ⁴⁷⁷⁴. Un protocole additionnel a été adopté le 28 janvier 2003, relatif à l'incrimination d'acte de nature raciste et xénophobe commis par le biais d'Internet, il est entré en vigueur le 27 mai 2006 ⁴⁷⁷⁵.

Nous pouvons reprendre quelques-unes des exigences de cette convention pour les États signataires et observer leur transposition en droit français.

- 1387** *Atteinte aux systèmes informatiques et aux données* ◇ Les articles 2 à 8 de la Convention de Budapest obligent les États parties à adopter des mesures réprimant l'accès frauduleux dans un système, l'atteinte à l'intégrité des données ou du système et encore la mise en vente de dispositifs permettant de porter atteinte à l'intégrité des systèmes. Ces atteintes sont réprimées dans un chapitre spécifique du Code pénal français relatif aux « atteintes aux systèmes de traitement

automatisé de données » aux articles 323-1 à 323-7.

À l'article 323-1, il est sanctionné l'intrusion dans un système, les sabotages et les altérations. Le fait d'entraver le fonctionnement d'un système de traitement automatisé est puni à l'article 323-2. L'introduction frauduleuse de données ou leur suppression est prévue à l'article 323-3 du Code pénal. La réalisation de ces infractions en groupe augmente la peine aux termes de l'article 323-4 et les personnes morales sont punissables sur le fondement de l'article 323-6.

1388 *Lutte contre la pornographie infantile* ◇ L'article 9 de la Convention de Budapest impose aux États parties d'ériger en infraction toute forme de pornographie infantile. En droit français tout acte qui vise à diffuser ou capturer une image de mineur à caractère pornographique est puni à l'article 227-23 du Code pénal.

1389 *Lutte contre le racisme et la xénophobie* ◇ Le protocole additionnel à la Convention de Budapest de 2003 ⁴⁷⁷⁶ vise à ce que les États parties luttent contre la diffusion de tout matériel raciste et xénophobe ainsi défini en son article 2 : « “matériel raciste et xénophobe” désigne tout matériel écrit, toute image ou toute autre représentation d'idées ou de théories qui préconise ou encourage la haine, la discrimination ou la violence, contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments, ou qui incite à de tels actes. ». L'article 3 prévoit que les États parties doivent incriminer la diffusion de matériel raciste ; l'article 4 la menace par Internet dirigée contre une personne en raison de son appartenance à un groupe ; l'article 5 l'insulte avec une motivation raciste et xénophobe. Aux termes de l'article 6 du protocole les États parties doivent pénaliser la négation, minimisation grossière, approbation ou justification du génocide ou des crimes contre l'humanité. L'article 7 oblige à sanctionner la complicité de ces infractions.

En droit français ⁴⁷⁷⁷, les propos racistes ou xénophobes sont poursuivis au titre de la diffamation, de l'injure et de la provocation à la haine, à la violation ou à la discrimination publiques et non publiques, sur le fondement des articles 24 alinéa 8, 32 alinéa 1^{er} et 33 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et des articles R. 624-3, R. 624-

4 et R. 625-7 du Code pénal. Les menaces à caractère raciste sont poursuivies grâce à l'article 222-18-1 du Code pénal. Le négationnisme n'est sanctionné qu'au travers l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 qui punit la contestation des crimes contre l'humanité perpétrés par les nazis.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

A B C D E F G H I J K L M
N O P Q R S T U V W X Y Z

A

Abus

- du droit moral, 424
- de la liberté d'expression, 888
- de position dominante, 461, 470, 651 s., 707 s.

Accès au réseau, v. *Fournisseur d'accès Internet – contrat*

Accès indirect au fichier, 1096

Accountability, 1103, 1146

Acte authentique, 68-70

- force probante, 69-70
- rédaction de l'acte, 75
- utilisation, 68

Acte authentique électronique

- de l'huissier de justice, 80-84
 - conservation et répertoire, 82
 - copies, 84
 - expéditions, 84
 - injonction de payer, 82
 - notification des jugements, 83
 - rédaction de l'acte et transmission, 81
 - sources, 80
- du notaire, 71-79
 - définition, 67
 - à distance, 79
 - rédaction, 76
 - signature des parties, 78
 - signature du notaire, 78
 - sources, 15, 71-74

Acte de dénigrement, 1211

Action de groupe, 181

Action en cessation des associations de consommateurs, 179

Administrateur de réseaux, 1235

Adresse IP, 1058 s.

ADSL, 323

AFNIC, 922 s., 942, 955, 972, 974 s., 991 s., 1009

– responsabilité, 997, 1002

Agence de voyages, v. *Voyages à forfait*

Anonymat, 1028

Anonymisation des données, 1154

Apologie des crimes contre l'humanité, 1267-1268

Apologie des crimes et délits, 1267-1268

Appellation d'origine, v. *Indication géographique*

ARJEL, Autorité de régulation des jeux en ligne, v. *Jeux et paris en ligne*

Artiste-interprète

– droits moraux, 561 s.

– droits patrimoniaux, 567 s.

– durée des droits, 576 s.

– exceptions aux droits, 579 s.

– notion, 557

Assurance, v. *Services financiers à distance*

Atteinte à la dignité et à l'honneur, 1205

Atteinte à la vie privée, v. *Vie privée*, *Loi applicable*

Atteintes aux systèmes informatiques et aux données, 1387

Autocommutateur, 1219 s., 1224

Automaintenance (logiciel), 644

Autorégulation, 1049, 1132 (droit à l'oubli)

Autorisation préalable, 1141 s.

Autorisation simplifiée, v. *Autorisation unique*

Autorisation unique, 1144

Autorité chef de file, 1104

Autorité de la concurrence, 223, 228-233, 246

Aveu, 7

Avis

– autorité de la concurrence, v. *Distribution sélective et Internet*, *Vente de médicaments par Internet*

– commission des clauses abusives, v. *Clauses abusives – consommateurs*

B

Badge électronique, 1227

Banque, v. *Services financiers à distance*

Base de données

– abus de position dominante, 707 s.

– définition, 656 s.

– exceptions à la protection, 669

– investissement substantiel, 678 s.

– originalité, 381, 661 s.

– protection par le droit d'auteur, 667 s.

– protection par un droit *sui generis*, 671 s.

– durée, 689 s.

– exceptions, 705 s.

– extraction, 692 s.

– réutilisation, 699 s.

Bibliothèque numérique, 437 s., 511
Big brother, 1136
Big data, 1028
Billet à ordre, 11
Blocage
 – de nom de domaine, 955 s., 971, 991 s., 997
 – de site web, 529, 545 s., 906
Blog, 323, 1073, 1140
 – application de la loi de 1881, 1190
 – contrefaisant, 386, 505, 523
 – protection par le droit d'auteur, 379, 383
 – v. *Fournisseur d'hébergement – responsabilité*
Blue-spam, 1042
Bonne foi, 448, 525, 532, 782 s., 889, 896, 903, 911, 930, 939 s., 952 s.
Brevet (logiciels), 614 s.
Brevets, marques, dessins et modèles
 – tribunal compétent, v. *Tribunal compétent*

C

Caractères apparents, équivalent électronique, 98
Carte d'identité, 1151
Casino, v. *Jeux et paris en ligne*
Cautionnement, 11
CD-Rom, 21
Cercle de famille, 487, 496, 581
Certificat électronique, 59-60
Charte de qualité, 124, 208
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 363, 546, 723
Charte du droit à l'oubli, 1132
Charte informatique, 1224
Chèque, 10
Chronopost, v. *Clauses abusives entre professionnels*
Clause attributive de juridiction, 1322
Clause de marché intérieur de la directive " commerce électronique ", v. *Loi applicable*
Clauses abusives entre professionnels
 – déséquilibre significatif, 197
 – disposition spécifique du Code de commerce (art. L. 442-6, 1, 2°), 195
 – faute lourde, 194
 – jurisprudence *Chronopost*, 192
 – jurisprudence *Faurecia*, 193
 – régime, 195-197
 – unilatéralisme, 198
Clauses abusives – consommateurs
 – action de groupe, 181
 – action en cessation des associations de consommateurs, 179-182
 – contrats antérieurement conclus, 180
 – mesures accessoires, 182
 – régime, 179
 – champ d'application, 164

- jurisprudence de la Cour de cassation, 156
- *ratione loci*, 165
- commission des clauses abusives, 171-173
 - avis, 173
 - contrat d'abonnement Internet, 189
 - téléphone portable, 189
 - recommandations, 172, 188
 - 03-01, fourniture d'accès Internet, 188
 - 07-01, contrats " triple play ", 188
 - 07-02, vente mobilière sur Internet, 188
 - 08-01, contrats de fourniture de voyages, 188
 - 99-02, téléphones portables, 188
 - textes, 171
- consommateur, 153-161
- convention sur la preuve, 39
- définition, 178
- déséquilibre significatif, 166, 198
- DGCCRF, 174
- droit antérieur au 1^{er} janv. 2009, 168
- juge, pouvoir du, 176-177
- législation, évolution, 152, 162-163
- listes de clauses, 178, 183
 - clauses présumées irréfragablement abusives (liste noire), 184
 - clauses présumées simplement abusives (liste grise), 185
 - exceptions, 186
- modification unilatérale du contrat, 184, 190
- non-professionnel, 156
- notion, 166
- personnes morales, 160-161
- résiliation, 184, 190
- unilatéralisme, 198
- Clauses limitatives de responsabilité**, v. *Responsabilité contractuelle*
- Clé USB**, 21
- Clic**, 39
 - conclusion du contrat par double clic, 134
- " Click and mortar "**, v. *Distribution sélective et Internet* , *Vente de médicaments par Internet*
- Cloud computing*, 1095
- Cnil**, v. *Commission nationale informatique et libertés*
- Code de carte de paiement**, 38
- Code source (logiciel)**, 612
 - protection (oui), 622 s.
 - utilisation, 631 s., 639, 646 s.
- Collecte des données**, v. *Traitement des données*
- Collectivité territoriale**, 759, 762, 774, 953, 956, 962 s.
- Commencement de preuve par écrit**, 7, 10
- Commerce électronique**
 - concurrence, v. *Distribution sélective et Internet*
 - définition dans la loi " confiance dans l'économie numérique ", 105
- Commercialisation des données**, 1050 s.
- Commission des clauses abusives**, 171-173
 - Avis, v. *Clauses abusives – consommateurs*
 - Recommandations, v. *Clauses abusives – consommateurs*

Commission nationale informatique et libertés (Cnil), 1085 s.

- demande d'accès indirect aux fichiers, 1096
- mission de conseil et d'information, 1094
- missions, 1088 s.
- pouvoir de sanctions, 1092 s.
- pouvoirs de contrôle, 1091
- présentation et composition, 1086 s.

Communication au public, 365, 402, 432 s., 445, 448, 450 s., 475, 567 s., 586, 588, 600, 603, 624

Comparateur de prix

- concurrence, 229
- faux comparateur, 215
- obligation légale de transparence, 215
- publicité, 113
- site, 113

Compétence juridictionnelle

- compétence internationale, 550, 900, 987 s.
- TGI, 526, 898
- tribunaux des marques communautaires, 898 s.

Complicité

- de contrefaçon, 451, 532

Compteurs communicants, 1095

Concours publicitaires, 114

Concurrence

- abus de position dominante, 461, 470, 651 s., 707 s.
- déloyale, 375, 384, 393, 453, 494, 526, 671, 698, 850, 862, 926, 950, 961, 966, 972, 1013 s., 1020 s.
 - pratique commerciale déloyale, 206
 - tribunal compétent, v. *Tribunal compétent*
- engagements, v. *Distribution sélective et Internet, Moteur de recherche*
- enquête sectorielle de l'Autorité de la concurrence, v. *Liens commerciaux (prestataire de)*
- interopérabilité, 647 s.
- loi applicable, v. *Loi applicable*
- marchés, v. *Distribution sélective et Internet*
- médicaments, v. *Vente de médicaments par Internet*
- pratiques anti-concurrentielles, v. *Distribution sélective et Internet, Loi applicable*
- prix, v. *Distribution sélective et Internet*
- publicité par moteurs de recherche, v. *Liens commerciaux (prestataire de)*

Conditions générales d'utilisation, 398, 517

Conditions générales de vente

- protection, 383, 393

Confidentialité des données, 1054, 1159

Conseil constitutionnel, 365, 440, 476, 492, 531, 535 s., 718, 723, 922, 926, 930

Consentement, 1115 s.

- cookies, 1038

Conservation des données, 1056, 1143, 1162

- identifiantes, v. *Fournisseur d'accès Internet – responsabilité, Fournisseur d'hébergement – responsabilité*

Conservation des hypothèques, 6

Consommateur

- associations de consommateurs
 - action de groupe, 181

- action en cessation des –, 179
- définition (Loi Hamon, art. préliminaire C. consom.), 158
- définitions fonctionnelles, 154-155
- droit européen, 159
- loi applicable, v. *Loi applicable*
- " moyen ", pratique commerciale déloyale, 205
- tribunal compétent, v. *Tribunal compétent*

Constat d'huissier, 524

Constitution, 363, 510, 536, 1009

Contrat

- caractères apparents, 98
- cause, v. *Clauses abusives entre professionnels*
- conclusion
 - adhésion au contenu par signature, 48
 - par voie électronique, v. *Contrat par voie électronique – droit commun*
- d'adaptation, 419
- d'édition, 415, 427, 440, 442, 458 s.
- d'entreprise, 399 s.
- information précontractuelle et contractuelle en ligne, 95
- interprétation, 459, 570 s.
- modification unilatérale, 184, 190
- de production audiovisuelle, 409, 458, 572
- de travail, 399 s., 469, 557, 626, 666

Contrat à distance

- formation, 136-139
 - date, 137
 - lieu, 137
 - théorie de l'émission et de la réception de l'acceptation, 136
- loi applicable, v. *Loi applicable*
- tribunal compétent, v. *Tribunal compétent*
- vente et services à distance, v. *Ventes et services à distance*

Contrat d'hébergement, v. *Fournisseur d'hébergement – contrat*

Contrat de fourniture d'accès Internet, v. *Fournisseur d'accès Internet – contrat*

Contrat de fourniture d'hébergement, v. *Fournisseur d'hébergement – contrat*

Contrat de jeux et paris en ligne, v. *Jeux et paris en ligne*

Contrat de services à distance, v. *Ventes et services à distance*

Contrat de services financiers à distance, v. *Services financiers à distance*

Contrat de sous-traitance, v. *Sous-traitant*

Contrat de vente à distance au consommateur, v. *Ventes et services à distance*

Contrat de vente aux enchères publiques en ligne, 259

Contrat de voyage à forfait, v. *Voyages à forfait*

Contrat informatique

- clause limitative de responsabilité, 193

Contrat par voie électronique – droit commun, 100-150

- acceptation, 133-139
- caractères apparents, 98
- conclusion du, 123-17
 - double clic, 134
 - information sur le processus technique, 124
 - règles dérogatoires pour les contrats conclus par mail, 136
 - règles dérogatoires pour les professionnels, 135
- erreur sur le prix, 140-141

- exécution, 142-150
- exemplaires, 98
- formation
 - moment et lieu, 138
 - preuve, 139
- information contractuelle
 - diffusion en ligne, 95
 - langue, 125-127
- information précontractuelle
 - cumul des informations, 119
 - diffusion en ligne, 95, 121
 - identification du professionnel, 120
 - langue, 125-127
 - limites de l'obligation d'information, 129-130
 - numéro de téléphone du professionnel, 120
 - produit ou service, 121
 - sanctions du défaut d'information, 131-132
- loi applicable, v. *Loi applicable*
- offre, 111-132
 - contenu, v. *Contrat par voie électronique – droit commun*
 - durée de, 122
- responsabilité contractuelle de plein droit du professionnel, 142-150
 - champ d'application, 144-145
 - obligation de résultat, 148
 - régime spécial, 143
 - responsabilité du fait du tiers substitué, 146
 - sous-traitant, 149
 - transporteur, 149
- sources, 100, 102
- transport, 149
- tribunal compétent, v. *Tribunal compétent*

Contrefaçon

- droit d'auteur
 - action civile, 522 s.
 - action pénale, 530 s.
 - loi applicable, 551
 - preuve, 524, 538, 639
 - par représentation, 432
 - par reproduction, 428 s., 437, 445 s., 630
 - sanctions civiles, 527 s.
 - sanctions pénales, 533 s.
- droits voisins, 575
- *Google AdWords*, v. *Google, Liens commerciaux (prestataire de)*
- *Google Suggest*, v. *Google*
- infraction pénale transfrontière, 1378-1379
- liens commerciaux, v. *Liens commerciaux (prestataire de)*
- logiciel, 638 s.
- loi applicable, v. *Loi applicable*
- marque
 - action civile, 894 s.
 - action pénale, 910 s.
 - à l'identique, 796 s.

- par imitation, 800
- preuve, 801, 826, 843
- sanctions civiles, 902 s.
- sanctions pénales, 910 s.
- par suppression ou modification, 799
- tribunal compétent, v. *Tribunal compétent*
- Contrôle de l'employeur**, 1217 s.
- Contrôleur européen de la protection des données**, 1107
- Convention de Budapest**, v. *Cybercriminalité*
- Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises**, 1359
- Convention du Conseil de l'Europe (convention 108)**, 1108
- Convention européenne des droits de l'homme**, 363, 509, 545, 723, 927
- Convention sur la preuve**, 38-39
- Cookies**, 1032 s.
- Copie**, 23-28
 - conservation et conformité à l'original, 23, 26
 - fidèle et durable, 24
 - force probante équivalente à l'original, 28
 - mode de preuve littérale, 27
 - opposabilité, 26
 - privée
 - exception de –, 446, 482 s., 581 s., 669
 - nature juridique, 484
 - rémunération pour –, 489 s.
 - de sauvegarde (logiciel), 645
 - temporaire, 1075
- Copyleft*, 464, 631 s.
- Correspondant informatique et libertés**, 1097 s., 1140
- Cosmétiques**
 - distribution sélective, 228-239
- Courriel**, 29-31
- Course hippique**, v. *Jeux et paris en ligne*
- Courte citation**, 499 s., 551, 581
- Creative commons*, 423, 463 s., 517
- Cristina**, 1155
- Cybercriminalité**, 1373-1389
 - application de la loi pénale française, 1375-1376
 - infractions commises sur le territoire de la République, 1375
 - infractions partiellement commises sur le territoire de la République, 1376
 - atteintes aux systèmes informatiques et aux données, 1387
 - compétence personnelle, 1383
 - auteur français de l'infraction, 1384
 - victime française, 1385
 - complicité
 - en France, 1381
 - à l'étranger, 1382
 - contrefaçon
 - brevet, 1379
 - d'œuvre, 1378
 - marque, 1379
 - Convention de Budapest (23 nov. 2001), 1386
 - diffamation par voie de presse, 1377

- jeux en ligne sans autorisation, 1380
- lutte contre le racisme et la xénophobie, 1389
- pédopornographie, 1388
- Cybersquatting*, 364, 717, 823, 937, 939, 943, 951, 955 s., 993, 1003, 1005
- Cybersurveillance**, 1214 s.

D

- Dailymotion*, 1277
- Darknet*, 1056, 1183
- Dashboard*, 1126
- Data center**, 352, 1050
- Data-rétention**, v. *Directive data-rétention*
- Déclaration préalable**, 1137 s.
- Déclaration simplifiée**, 1139
- Décodeur**, 324
- Décompilation**, 646 s.
- Délégué à la protection des données**, v. *Correspondant informatique et libertés*
- Délit de fausse nouvelle**, 1208
- Délit de presse**, v. *Diffamation, Injure*
- Délit de provocation**, 1203 s.
- Demande d'accès indirect aux fichiers**, v. *Accès indirect au fichier*
- Démarchage**, 301-302
- Dénigrement**, v. *Acte de dénigrement*
- Dénomination sociale**, 713, 762, 787, 814, 822, 889, 940, 943, 950, 956, 992 s., 1008
- Désindexation**, 1130, 1132
- Devoir de loyauté de l'employé**, 1215 s.
- DGCCRF**, 174, 217
- Diffamation**, 1193 s.
 - *Google Suggest*, v. *Google*
 - infraction pénale transfrontière, 1377
 - loi applicable, v. *Loi applicable*
- Dignité**, v. *Atteinte à la dignité et à l'honneur*
- Directeur de publication**, 1188
- Directive data-retention (15 mars 2006)**, 1057 s., 1106
- Directive du 12 juillet 2002**, 1105 s.
- Directive du 25 novembre 2009**, 1105 s.
- Directive du 25 octobre 1995**
 - présentation, 1101 s.
 - réforme
 - adresse IP, 1062
 - champ d'application territoriale (loi 1978), 1082
 - CIL, 1097
 - droit à l'oubli, 1131
 - présentation générale, 1103
- Dispense de déclaration**, 1140
- Distribution de médicaments**, v. *Vente de médicaments par Internet*
- Distribution en franchise et Internet**, v. *Franchise*
- Distribution sélective et Internet**, 873
 - agrément, 232

- avis aut. conc. 12-A-20 (18 sept. 2012), 228-233
- "click and mortar", 228, 239
- cosmétiques, 236
- ententes anti-concurrentielles, 239
- gammes de produits, 231
- marchés, substituabilité, 230
- montres, 234
- parfums, 236
- places de marchés, 229
- prix, 229, 231
- produits "hi-fi", 235
- "pure players", 228, 234, 238-239
- sites (exigences de qualité), 235, 236
- sources (jurisprudence, avis, engagements, lignes directrices...), 227

Divulgarion, v. *Droit de divulgation*

Dommages et intérêts, 527, 902

Données identifiantes

- conservation, v. *Fournisseur d'accès Internet – responsabilité, Fournisseur d'hébergement – responsabilité*

Données personnelles

- anonymisation, 1154
- biométriques, 1148 s.
- collecte des données, 1157
- commercialisation, 1050 s.
- de communication, v. *Données personnelles (de connexion)*
- confidentialité, 1054, 1159
- de connexion, 1053 s.
- conservation, 1056, 1162
- définition, 1070
- divulgation des données, 1159
- exactitude, 1158
- génétiques, 1143
- loi applicable, v. *Loi applicable*
- politiques, 1154
- pseudonyme, 1104
- relatives aux infractions, condamnations ou mesures de sûreté, 1143
- de santé, 1154
- du secteur public, 1155
- sécurité, 1161
- sensibles, 1152 s.
- de trafic, 1105
- traitement des données, v. *Traitement*
- transfert vers des pays tiers, 1083 s.
- de transit, 1079

"Double" (exigence du) dans les contrats synallagmatiques, 91-93

Droit à l'image, 1129, 1173 s., 1210 (abus de la liberté d'expression)

Droit à l'information, 1037 (cookies), 1104, 1118

Droit à l'oubli, v. *Oubli numérique*

Droit au respect

- de l'interprétation, 562 s.
- de l'œuvre, 417 s.
- de la vie privée, 1165 s.

– du logiciel, 634

Droit commun européen de la vente (projet de règlement), 101, 1359

Droit d'auteur, 369 s.

– droits moraux, 411 s.

– droits patrimoniaux, 425 s.

– durée, 455 s., 668

– exceptions, 474 s.

– nature juridique, 363

– protection, 371 s.

– titulaire, 394 s.

– tribunal compétent, v. *Tribunal compétent*

Droit de destination, 430

Droit de distribution, 475

Droit de divulgation

– définition, 413

– épuisement, 414

Droit de la personnalité, 759 s., 903, 940, 959 s., 1009

– tribunal compétent, v. *Tribunal compétent*

Droit de la personne dont les données sont collectées, 1114 s.

– droit à l'oubli, 1103 s., 1128 s., 1143

– droit à la portabilité des données, 1103

– droit à la transparence, 1103

– droit au consentement préalable, 1115 s.

– droit d'accès, 1125 s.

– droit d'opposition, 1104, 1122 s.

– droit de rectification, 1127

– modalité d'exercice des droits, 1133

– sanctions en cas de non-respect, 1134

Droit de paternité, 416, 504, 563, 629

Droit de repentir et de retrait, 415, 629

Droit de réponse, 1196

Droit de représentation, 431 s.

Droit de reproduction, 428 s., 567 s.

Droit du marché (notion), 151

Droit international privé

– loi applicable, 1353-1372

– tribunal compétent, 1321-1371

Droit pénal international, 1373-1389

Droits fondamentaux

– droit de propriété, 363, 371, 395, 410, 440, 498 s., 541, 546, 606, 631, 723, 892, 926 s., 938

– liberté d'expression, 461, 498 s., 545 s., 885 s.

– liberté d'information, 365, 498 s., 508 s., 546, 607

– liberté de communication, 365, 603 s., 718, 930

– liberté du commerce, 365, 384, 736, 741, 917, 1023

Droits voisins

– artiste-interprète, 386, 387, 556 s.

– entreprises de communication audiovisuelle, 603 s.

– manifestations sportives, 606 s., 818

– producteur, 386, 594 s.

E

E-book, 361, 383, 442, 475

eBay, 1273, 1278

– v. *Plateforme de vente en ligne*

Écrit

– acte authentique, v. *Acte authentique*

– conservation, 21

– copie, v. *Copie*

– corps de texte + signature, 46

– définition, 16, 19-21

– mode de preuve, 10

– remise d'un écrit par voie électronique, 96

– texte, 34

– vérification d'écriture, v. *Vérification d'écriture*

Écrit ad validitatem/Écrit ad probationem, 7, 10, 11, 16, 51, 89

Écrit comme condition de validité, 11, 51

– acte authentique, v. *Acte authentique*

– billet à ordre, 11, 86

– cautionnement, 11

– définition, 16

– lettre de change, 11, 86

– sociétés, statuts, 11, 86

– vente d'immeuble à construire, 11

Écrit électronique, 17-31

– acte authentique électronique, v. *Acte authentique électronique*

– conservation, 21, 37

– copie, v. *Copie*

– définition, 16

– égalité avec l'écrit papier, 35-37, 40, 66

– imputabilité, 36

– mail, 29-31

– présomption de fiabilité, 66

– remise d'un –, 96

– signature électronique, v. *Signature électronique*

– sources, 14-15, 99

– texte, 34

– vérification d'écriture, v. *Vérification d'écriture*

Éditeur de site Internet, v. *Fournisseur d'hébergement – responsabilité*

Edwige, 1155

Enchères, v. *Ventes aux enchères publiques en ligne*

Enregistrement

– de marque, 765 s., 777, 814

– de nom de domaine, 814, 856, 933 s., 978 s., 1013 s.

Entreprise de communication audiovisuelle

– droits voisins, 604

– exceptions aux droits, 605

– notion, 603

Épuisement

– du droit de distribution, 475, 579, 652 s., 705

– du droit de divulgation, 414

– du droit de marque, 865 s.

Erreur

- information précontractuelle, 132
- matérielle sur le prix, 140-141

Établissement du responsable de traitement, 1077 s.

Exception

- pédagogique, 507, 581, 706
- de vérité, 1195

F

Facebook, 1050 s., 1077 s., 1132, 1167, 1233

- v. *Réseaux sociaux*

Faible de sécurité, v. *Sécurité des données Fanpage*, 820

Fausse nouvelle, v. *Délit de fausse nouvelle*

Faute

- lourde, 194
- lucrative, 1311-1312

Fax, 10

Fichier

- d'État, 1155
- Edwige, v. *Edwige*
- personnel, 1232
- politique, 1154

Filtrage sur Internet, 544 s., 996

Finalité du contrôle de l'employeur, 1225

Finalité du traitement, 1160

Fingerprinting, 518

Fixation préalable, 1188

Force majeure, 190

Formalisme, 6, 89

- droit commercial, 87
- écrit électronique, 89
- informatif, 12, 87
- signature électronique, 51

Formalités, 6, 88

- caractères apparents, 98
- exigence du " double " dans les contrats synallagmatiques, 91-93
- information précontractuelle et contractuelle en ligne, 95
- lettre recommandée électronique, 97
- lettre simple électronique, 96
- mention manuscrite, 90
- préalables, 1136 s.
 - autorisation préalable, 1141 s.
 - autorisation unique ou simplifiée, 1144
 - choix des formalités, 1146
 - déclaration préalable, 1137 s.
 - déclaration simplifiée, 1139
 - dispense de déclaration, 1140
 - réforme, 1103, 1146

- sanctions communes, 1145
- remise d'un écrit en ligne, 96
- remise en plusieurs exemplaires, 98

Forme, 7

- forme et preuve, distinction, 7

Forum de discussion, 1187, 1191

Fournisseur d'accès Internet – contrat

- abonnement, 188, 330-331
 - consommateurs, 329, 333-338, 344
 - professionnels, 329, 345-346
- ADSL, 323
- clauses abusives, 188-190, 339
- compatibilité, 319, 342
- consommateurs, 321
- contrat d'abonnement " triple play ", 188, 325
- décodeur, 324
- définitions, 109, 320
- durée, 337
- encadrement législatif, 320
 - champ d'application, 321
- information précontractuelle, 334
- médiation, 338
- modem, 324
- modification du contrat, 336
- nature du contrat, 324, 327
- prestations techniques, 319, 341
- prix, 343
 - consommateur, 344
 - professionnel, 345-346
- régime légal, 333-338
- réseau, 324
- résiliation, 337
- restitutions, 337
- services gratuits, 335
- ventes ou services liés, 326

Fournisseur d'accès Internet – responsabilité

- absence de responsabilité du fait du contenu véhiculé, 1259
- conservation des données identifiantes
 - communication au tiers lésé, 1263
 - communication aux autorités, 1262
 - nature des données, 1265
 - obligation, 1261-1266
 - sanctions, 1266
- définitions, 1252-1253
- données à conserver, 538
- filtres, 1250
- injonction de blocage, 529, 545 s.
- injonction de filtrage, 544
- injonction par décision de justice, 1259
- moyens de lutte contre l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale, l'apologie des crimes et délits et diffusion d'images pédophiles, 1267-1268
- objets nazis, 1250

- régime, 1259
 - antérieur à la loi confiance dans l'économie numérique, 1250
 - autonome, 1244
 - champ d'application, 1252-1253
- sources
 - directive commerce électronique, 1240-1241, 1252, 1259
 - loi confiance dans l'économie numérique, art. 6, 1242-1243, 1252
- Yahoo !, 1250

Fournisseur d'hébergement – contrat

- accès, 350
- confidentialité, 360
- data center, 352
- définition, 109, 347
- durée, 359
- maintenance, 350
- modification, 358
- nature du contrat, 349
- obligations du client, 352
- prestation technique, 348
- prix, 351
- résiliation, 359
- responsabilités, 353-360
 - clauses limitatives de responsabilité, 354
 - du client du fait du contenu, 355
 - force majeure, 357
 - obligation de moyens/résultat, 353
 - suspension du service, 356
- restitutions, 360

Fournisseur d'hébergement – responsabilité, 547, 549

- absence de responsabilité du fait du contenu stocké, 1255
- connaissance du contenu illicite, jurisprudence CJUE, 1256
- conservation des données identifiantes
 - communication au tiers lésé, 1263
 - communication aux autorités, 1262
 - identification de l'éditeur non professionnel, 1264
 - nature des données, 1265
 - obligation, 1261-1266
 - sanctions, 1266
- contractuelle, 353-360
- *Dailymotion*, 1277
- définitions, 1252-1253
- données à conserver, 538
- *eBay*, 1273, 1278, 1303-1307
- fermeture de l'accès après notification, 1255
- *Google AdWords*, 1272, 1276, 1287-1295
- immunité, 1255, 1284
- injonction de filtrage, 544
- liens commerciaux, v. *Liens commerciaux (prestataire de)*
- moyens de lutte contre l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale, l'apologie des crimes et délits et diffusion d'images pédophiles, 1267-1268
- notification, 1255-1256
 - contenu, 1255

- précision, 1256-1257
- remise en ligne après notification, 1258
- qualification, 548, 830 s.
- critère de la neutralité technique, 1270, 1285
- enjeux, 1269
- jurisprudence de la Cour de cassation, 1275-1280, 1296
- jurisprudence européenne, 1272-1274, 1295
- travaux parlementaires, 1281-1283
- régime
 - antérieur à la loi confiance dans l'économie numérique, 1247-1249
 - autonome, 1244
 - champ d'application, 1252-1253, 1269-1285
- sources
 - art. 43-8 L. 30 sept. 1986 (issu L. 1^{er} août 2000), 1247
 - directive commerce électronique, 1240-1241, 1252
 - loi confiance dans l'économie numérique (art. 6), 1242-1243, 1253
 - réserve d'interprétation du conseil constitutionnel, 1245
 - travaux préparatoires, 1281-1283
- Tiscali, 1249, 1275

Framing, 453

Française des jeux, v. *Jeux et paris en ligne*

Franchise

- franchisé (information du), 12
- réseau de franchisé et site Internet du franchiseur, 240

Fraude, 536, 783 s., 939 s., 952 s.

G

Géolocalisation, 1229

Gestion collective, 468 s., 574

Google

- *Adwords*, 548, 835 s., 858 s., 876 s.
- v. *Liens commerciaux (prestataire de)*
- *Books*, 364, 437 s., 502 s., 551
- données personnelles, 1050, 1054, 1056 s., 1070 s., 1077 s., 1079, 1080, 1081 s., 1112, 1126, 1159
- droit à l'image, 1174
- droit à l'oubli, 1129, 1132
- *Images*, 416, 548, 551
- moteur naturel, 1287
- *News*, 443
- règles de confidentialité de –, 1081
- *Sites*, 545
- *Suggest*, 452, 529, 548, 1202, 1297-1299
- *Video*, 548

Guichet unique, 1103

H

HADOPI, 446, 485, 535 s., 575, 650, 758
Happy slapping, 1176
Hébergeur, v. *Fournisseur d'hébergement – contrat*, *Fournisseur d'hébergement – responsabilité*
Hétéronymat, 1130
Honneur, v. *Atteinte à la dignité et à l'honneur*
Huissier de justice, v. *Acte authentique électronique (de l'huissier de justice)*

I

ICANN, 919 s., 934 s., 1001, 1007
Idée
– protection (non), 374 s.
Identification des internautes, 543
Image, v. *Droit à l'image*
Images pédophiles, 1267-1268, 1388
Impression 3D, 364
Incitation à la haine raciale, 1267-1268, 1389
Inclusion fortuite, 497
Indexation, 364, 385, 443, 657, 698, 833, 1022
Indication géographique, 759, 762, 940, 946, 950
Information contractuelle, v. *Contrat par voie électronique – droit commun*
Information précontractuelle, v. *Contrat par voie électronique – droit commun*, *Fournisseur d'accès Internet – contrat*, *Ventes et services à distance*, *Services financiers à distance*
Infractions, v. *Données (relatives aux infractions...)*
Infractions pénales, v. *Cybercriminalité*
Injonction de payer, 83
Injure, 1198 s.
Interconnexion de fichiers, 1143
Internet
– comparateur de prix, v. *Comparateur de prix*
– contrat, v. *Contrat par voie électronique*, *Contrat à distance*
– distribution sélective, v. *Distribution sélective et Internet*
– fournisseur d'accès, v. *Fournisseur d'accès Internet – contrat*
– fournisseur d'hébergement, v. *Fournisseur d'hébergement – contrat*
– loi applicable, 1353-1372
– médicaments, v. *Vente de médicaments par Internet*
– pratiques trompeuses, 210
– publicité comparative, v. *Publicité*
– publicité par, v. *Publicité*
– site, v. *Site web*, *Fournisseur d'hébergement – responsabilité*
– tribunal compétent, v. *Tribunal compétent*
Interopérabilité, 647 s.
Inviolabilité des correspondances, 1231 s.
IP, v. *Adresse IP*

J

Jeu vidéo

- originalité, 392
- qualification, 392
- titularité des droits, 404, 406

Jeux et paris en ligne, 303-316

- " addiction " au jeu, 306
- agrément, 312-313, 316, 1250
- ARJEL, Autorité de régulation des jeux en ligne, 312, 316
- casinos " en dur ", 305, 308
- commission des sanctions, 313, 316
- compétitions sportives, 308, 312, 316
- course hippique, 305, 308-308
- crédit, 305
- définition, 307
- dette de jeux, 305
- filtres, 316, 1250
- fournisseur d'accès Internet, 316, 1250
- Française des jeux, 305, 308-309
- interdictions, 308
- jeu de hasard, 307
- jeux de cercle en ligne (poker), 312
- jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, 303, 314-315
- libéralisation, 308
- loteries, 305, 308-309
- mineur, 306, 313
- monopole, 305, 308-308, 314-315
- ordre public, 306
- pari
 - à cote, 307
 - hippique, 307
 - installations physiques, 308-309
 - en ligne, 308, 312
 - sportif, 307, 308, 312, 316
- PMU (pari mutuel urbain), 305, 308-309
- poker, 312
- sanctions, 310, 316
- santé publique, 306, 313
- site non agréé, 316, 1250
 - infraction pénale transfrontière, 1380
- sources de l'encadrement, 303, 305

Jeux publicitaires, 114**Journaliste, 380, 402, 459, 506****JUDEX, 1155**

K

Keylogger, 1230

L

Label, 124, 208

Lettre de change, 11

Lettre recommandée électronique, 97

Lettre simple électronique, 96

Liberté

- du commerce, 365, 384, 736, 741, 917, 1023
- de communication, 365, 603 s., 718, 930
- d'expression, 461, 498 s., 545 s., 885 s., 1179 s.
- d'information, 365, 498 s., 508 s., 546, 607
- de la presse, 1182 s.
 - v. *Loi relative à la liberté de la presse*

Libre accès aux documents administratifs, 1159

Libre circulation des marchandises, 475, 642, 865

Licence

- globale, 541
- légale, 449, 586 s., 602
- libre, 463 s., 631 s.
- de marque, 892
- multiterritoriale ou paneuropéenne, 472

Lien hypertexte, 391, 451 s., 698, 821, 833, 998, 1026

Liens commerciaux (prestataire de)

- concurrence
 - action de la Commission européenne, 251
 - Enquête sectorielle de l'autorité de la concurrence, 250
 - *Navx* (décision), 249
 - position dominante de Google, 248-249
 - suspension de compte d'annonceur, 249
- définition, 110
- *Google AdWords*, 249, 1272, 1292-1296, 1352
- marques, 1244
- moteur de recherche, v. *Moteur de recherche*
- responsabilité, 1289-1296
 - contrefaçon, 1289
 - faute, 1290
 - publicité trompeuse, 1291
 - qualification d'hébergeur, 1292-1296
 - v. *Fournisseur d'hébergement – responsabilité*
- tribunal compétent, 1352

Liens sponsorisés, v. *Liens commerciaux (prestataire de)*

Liste de données, 1050 s.

Liste grise des clauses abusives, 184

Liste négative, 1143

Liste noire, v. *Liste négative*

Liste noire des clauses abusives, 185

Livraison

- délais, 190, 210
- responsabilité, 149, 271

Livre

- indisponible, 395, 439 s.
- numérique, 438 s., 459 s.

- v. *E-book*

Logiciel

- Accord sur les ADPIC, 1318
- contrefaçon, 638 s.
 - faute lucrative, 1311-1312
 - indemnisation, 1317-1319
 - sanction, 1314, 1317
- de création, 383, 386
- définition, 612
- droit d'auteur, 1313
- exceptions aux droits, 641 s.
- libre, 631 s.
- licence, 1316
 - vente/louage, 1316
- mesures techniques de protection, 640
- originalité, 381, 390, 392, 621 s.
- de partage de fichiers, 447
- protection, 625 s.
 - droits moraux, 629
 - droits patrimoniaux, 630 s.
- titularité des droits, 400, 626 s.
- vente d'ordinateur avec logiciel pré-installé, 201

Loi applicable, 1353-1372

- contrat
 - clause de marché intérieur de la directive " commerce électronique ", 1357
 - consommateur, 1362
 - critère de l'activité dirigée, 1362-361
 - droit matériel
 - Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, 1359
 - Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, 1359
 - loi applicable à défaut de choix, 1361
 - loi d'autonomie, 1360
- sources
 - Convention de La Haye 15 juin 1955, 1356
 - Convention de Rome, 1355
 - L. confiance dans l'économie numérique, 1358
 - Règlement " Rome I ", 1355
- contrefaçon de droit d'auteur, 551
- contrefaçon de marque, 900
- responsabilité extra-contractuelle ou délictuelle
 - atteinte à la vie privée, 1368
 - concurrence déloyale, 1372
- contrefaçon
 - d'œuvre littéraire et artistique, 1370
 - de marque, 1371
- diffamation, 1368
- données personnelles, 1369
- droits de la personnalité, 1368
- loi du délit, 1367
- loi du dommage, 1367
- pratique anticoncurrentielle, 1372
- Règlement Rome II, 1365

- champ d'application, 1367
- Loi " confiance dans l'économie numérique "**, 102
- champ d'application, 106-107
- Loi de 1881**, v. *Loi relative à la liberté de la presse*
- Loi de programmation militaire**, 1155
- Loi du 6 janvier 1978**
 - champ d'application matériel, 1069 s.
 - champ d'application territorial, 1076 s.
 - présentation, 1066 s.
- Loi relative à la liberté de la presse**, 1185 s.
- Loi-type CNUDCI**, 14
- Loterie**, v. *Jeux et paris en ligne*
- Loterie publicitaire**, 114
- LPM**, v. *Loi de programmation militaire*
- Lutte contre le racisme et la xénophobie**, 1267-1268, 1389

M

- Magnétoscope numérique**, 450, 480, 488
- Mail**, 29-31
 - formation du contrat par –, 135
 - prestation technique, 323
- Marque**
 - annulation, 780 s.
 - communautaire, 720 s., 737, 744, 746 s., 761, 762, 768 s., 800, 849, 889, 907 s., 915
 - complexe, 748
 - contrefaçon, 237, 1244
 - couleur, 732
 - déceptivité, 758 s.
 - déchéance
 - pour caractère trompeur acquis, 789
 - pour défaut d'exploitation, 786 s.
 - pour dégénérescence, 788 s.
 - dépôt, 731 s., 814
 - disponibilité, 759 s.
 - distinctivité, 735 s.
 - descriptive, 745 s.
 - forme fonctionnelle, 751
 - générique, 741 s.
 - durée des droits, 778
 - exceptions, 864 s.
 - fonctions
 - garantie d'identité d'origine, 841 s., 876
 - investissement, 847
 - publicité, 845 s.
 - forclusion par tolérance, 782, 901
 - fraude, 783 s.
 - *Google AdWords*, v. *Google*, *Liens commerciaux (prestataire de)*
 - *Google Suggest*, v. *Google*
 - infraction pénale internationale, 1379

- licéité, 755 s.
- liens commerciaux, v. *Liens commerciaux (prestataire de)*
- loi applicable, v. *Loi applicable*
- mot-clé, 237
- nature juridique, 363, 723
- notoire, 760, 774, 852
- olfactive, 729
- opposition, 774
- principe de spécialité, 736, 760, 793, 850, 948
- protection, 794 s.
- public de référence, 803
- rapports avec les noms de domaine, 717, 731, 763, 814, 817, 822 s., 856 s., 889, 903, 943 s., 1019 s.
- renommée, 761, 849 s., 949
- représentation graphique, 727 s.
- revendication, 784, 919, 955
- sonore, 733
- tribunal compétent, v. *Tribunal compétent*
- usage de, v. *Usage*
- Médicaments**, v. *Vente de médicaments par Internet*
- Mention manuscrite**, 90
- Messagerie personnelle**, 1232
- Mesure d'information et d'identification**, 517 s.
- Mesure technique de protection**
 - protection, 520, 640
 - validité, 483, 485
- Métamoteur**, 699
- Metatag*, 833 s., 977
- Microfilm**, 10, 24
- Mineur**, v. *Jeux et paris en ligne*
- Mode alternatif de règlement des conflits**
 - arbitrage, 526
 - procédure ADR, 1008
 - procédure Syreli, 1009
 - procédure UDRP, 1001 s.
- Modem**, 324
- Montres**
 - distribution sélective, 228-239
- Mot-clé**, 834 s., 858 s.
- Moteur de recherche**, 110, 452, 529, 617, 698 s., 835 s., 1071, 1081, 1129, 1287-1299
 - *Google AdWords*, v. *Google*, *Liens commerciaux (prestataire de)*
 - *Google Suggest*, v. *Google*
 - contrefaçon d'œuvres, 1297
 - critère de l'automatisme, 1299
 - diffamation, 1298
 - liens commerciaux, v. *Liens commerciaux (prestataire de)*
 - responsabilité, v. *Liens commerciaux (prestataire de)*
 - *Google Suggest*, v. *Google*
- Moyens de traitements**, 1078

N

Nazisme, v. *Fournisseur d'accès Internet – responsabilité (objets nazis)*

Neutralité

– Net neutralité, 1213

– technique, v. *Fournisseur d'hébergement – responsabilité*

NIR, v. *Numéro d'inscription au répertoire*

Nom commercial, 713, 762, 787, 814, 822, 889, 940, 943, 950, 956, 992 s., 1008

Nom de domaine

– annulation, 991 s.

– blocage, 955 s., 971, 991 s., 997

– distinctivité, 925, 974 s., 1019, 1023 s.

– fraude, 952 s.

– licéité, 969 s.

– et marque, 717, 731, 763, 814, 817, 822 s., 856 s., 889, 903, 943 s., 1019 s.

– nature juridique, 925 s.

– notion, 918

– principe de spécialité, 825, 941, 948 s.

– protection, 1013 s.

– structure, 918

– et titre, 384

– transfert, 903, 923, 943, 955 s., 991 s.

Norme simplifiée, v. *Déclaration simplifiée*

Notaire, v. *Acte authentique électronique (du notaire)*

Notice and take down, 549

Notification, 1103, 1161

– v. *Formalités (préalables)*

NSA, 1155

Numérisation, 388, 418, 437 s., 551

Numéro d'inscription au répertoire (NIR), 1143

O

Obligation de résultat du professionnel offrant ses biens et services à distance, 148

Obligations du responsable du traitement, 1103, 1135 s.

Œuvre

– audiovisuelle, 389, 408 s., 413, 456

– de collaboration, 404 s., 456

– collective, 406 s., 457

– composite ou dérivée, 388, 419, 463 s., 509, 633

– dramatique, 387

– écrite, 383

– de l'esprit, 372 s., 382 s.

– évolutive, 467

– indisponible, 439 s.

– du journaliste, 402

– multimédia, 391 s., 404, 406

– orpheline, 395, 439 s.

– photographique, 388

– sonore, 386

Offre promotionnelle, 114

Open-data, 1028

Opt-in/ opt-out, 117, 1105

– cookies, 1039 s.

– Safe Harbor, 1112

– spam, 1045

Ordinateur

– vente avec logiciel pré-installé, 201

Ordonnance de Moulins (1566), 1, 34

Ordre public, 395, 416, 421, 423, 464, 495, 572, 633, 644 s., 755 s., 970 s., 1009

– v. *Jeux et paris en ligne*

Originalité

– de bases de données, 381, 661 s.

– définition, 379 s.

– de jeux vidéo, 392

– de logiciels, 381, 390, 621 s.

– de musiques, 386

– de photographies, 380, 388

– de sites web, 393

– de titres, 384

– de vidéos, 389

Oubli numérique, 1073, 1103 s.

P

Parasitisme, 375, 697, 850 s., 886, 908 s.

Parfums

– distribution sélective, 228-239

Pari en ligne, v. *Jeux et paris en ligne*

– et marque, 783, 818

– paris sportifs, v. *Jeux et paris en ligne*

Parodie

– d'interprétation, 581

– d'œuvre, 513

– de marque, 815, 885 s., 947

Passeport biométrique, 1151

Paternité, v. *Droit de paternité*

Pédopornographie, 1267-1268, 1388

Peer-to-peer, 364, 444 s., 486, 523, 531, 539, 544

Phishing, 454

Phonogramme, 571, 597 s.

Photocopie, 10, 25, 27, 28

Photographie

– originalité, 388

Piratage, 364, 389, 531 s., 540 s., 648

Place de marché en ligne, 813, 827 s., 839

– v. *Distribution sélective et Internet*

Plateforme de vente en ligne

– absence de garantie du bien vendu, 1302

- concurrence, v. *Distribution sélective et Internet*
- distinction vente aux enchères publiques en ligne, 259, 1301
- eBay/PriceMinister, 229, 233, 237, 259, 1286
- nature juridique
 - courtage, 1300
 - hébergeur
 - CJUE, critères, 1303-1305
 - jurisprudence française, refus, 1306-1307
- responsabilité de droit commun, 1306, 1307

PMU (Paris mutuel urbain), v. *Jeux et paris en ligne*

Poker, v. *Jeux et paris en ligne*

Position squatting, 833, 1022

Pratiques commerciales agressives, v. *Pratiques commerciales déloyales*

Pratiques commerciales déloyales, 203-213

- concurrence déloyale, 206
- critères d'appréciation du caractère déloyal de la pratique, 205
- directive 11 mai 2005, 203
- notion, 205
- pratiques agressives, 204
 - définition, 211
 - liste " noire " des pratiques agressives, 212
 - sanction, 213
- pratiques trompeuses, 204
 - Internet, 210
 - liste " noire " de pratiques trompeuses, 208
 - notion générale, 207
 - répression/sanction, 209

Pratiques commerciales trompeuses, v. *Pratiques commerciales déloyales*

Prescription

- délits de presse, 1202

Prestataire de liens commerciaux, v. *Liens commerciaux (prestataire de)*

Prestataires techniques, 317

Prêt à la consommation, 12, 87

Prêt public, 427, 469, 568, 588, 701

Preuve

- acte authentique, v. *Acte authentique*
- commerçants (contre un), 10, 40
- conflit de preuves, 40
- convention sur la, 38-39
- copie, v. *Copie*
- définition, 8
- de l'atteinte au droit moral, 419
- de l'extraction, 694
- de l'investissement substantiel, 678 s.
- de l'usage sérieux, 786 s.
- de la contrefaçon, 524, 538, 639, 801, 826, 843, 895
- de la création d'une œuvre, 371
- de la fraude, 783
- de la publication, 457
- de la titularité des droits d'auteur, 396 s., 404, 407 s.
- littérale, v. *Preuve par écrit*
- procès, 8

- signature électronique, v. *Signature électronique*
- par témoins, 1
- vérité, 8

Preuve par écrit, 10

- acte authentique, v. *Acte authentique*
- chèque, 10, 24
- commencement, 7, 10
- copie, v. *Copie*
- électronique, 19-21
- exigence du " double " dans les contrats synallagmatiques, 91-93
- fax, 10, 25, 27, 28
- impossibilité, 10
- mail, 29-31
- photocopie, 10, 25, 28
- signature, 44-45
- signature électronique, v. *Signature électronique*
- télécopie, 10, 25, 27, 28
- vérification d'écriture, v. *Vérification d'écriture*

PriceMinister, v. Plateforme de vente en ligne (eBay/PriceMinister)

Principe

- d'*accountability*, 1103
- d'anonymisation, 1055 s.
- de confidentialité, 1054
- d'effacement, v. *Principe (d'anonymisation)*
- de finalité, 1225
- de l'inviolabilité des correspondances, 1231 s.
- de proportionnalité, 1226 s.
- de spécialité
 - marque, 736, 760, 793, 850, 948
 - nom de domaine, 825, 941, 948 s.
- de transparence, 1222 s.

Prix

- comparaison, v. *Comparateur de prix*
- concurrence, v. *Distribution sélective et Internet*
- erreur matérielle, 140-141
- fourniture d'accès Internet, v. *Fournisseur d'accès Internet – contrat*
- hébergement, v. *Fournisseur d'hébergement – contrat*
- information, v. *Contrat par voie électronique, Information précontractuelle*

Producteur

- d'une base de données, 675 s.
- durée des droits, 601
- exceptions aux droits, 602
- d'une œuvre audiovisuelle, 409
- de phonogrammes, 597 s.
- responsabilité, 1188
- de vidéogrammes, 598 s.

Produits " hi-fi ", " électrodomestiques "

- distribution sélective, 228-239

Professionnel

- identification du professionnel dans un contrat par voie électronique, 120

Profilage, 1103-1104

Projet de règlement européen, 1103 s.

– v. *Directive du 25 octobre 1995*

Proportionnalité, 1226 s.

Provocation, v. *Délit de provocation*

Publicité

– alcool, 115

– comparateur de prix, 215

– comparative, 216-222, 881 s.

– comparaison par niveau de prix, 219-222

– jurisprudence CJUE, 220

– jurisprudence de la Cour de cassation, 221

– comparaison par prix, 219

– Internet, 218, 222

– notion, 216

– règles applicables, 217

– identification du message comme étant publicitaire, 113

– moteur de recherche

– concurrence, v. *Liens commerciaux (prestataire de)*

– offres promotionnelles, rabais, jeux et concours, 114

– santé publique, 115

– smartphone (sur), 115

– spamming, v. *Spamming*

– tabac, 115

– trompeuse, 114, 207-208, 1291

" Pure players ", v. *Distribution sélective et Internet, Publicité (alcool, tabac), Vente de médicaments par Internet*

Q

Quantified self, 1095 s.

R

Rabais, 114

Re-routing, 945

Reconditionnement, 871 s.

Référence nécessaire (marque), 878 s.

Référencement

– gratuit, 833

– payant, 834 s., 858 s.

– publicité, 113

– site de référencement, 113

Rémunération

– des artistes-interprètes, 572

– des auteurs, 442, 460

– pour copie privée, 489 s.

– équitable, 586 s.

Rencontre fortuite, 525

Repentir, 1196

Représentation

- accessoire, 497
- contrefaisante, 432
- de la marque, 727 s.

Reproduction (droit d'auteur et droits voisins)

- autorisée, 509 s.
- contrefaisante, 428 s., 437, 445 s., 630
- provisoire, 478 s., 581, 669
- soumise à la licence légale, 590

Réseaux sociaux, 1167, 1171, 1177, 1183, 1213, 1233

- v. *Facebook*

Résiliation, 184, 190

Responsabilité contractuelle

- clause limitative, consommateur, 184-190
- clause limitative entre professionnels, 192-194
- contrat à distance entre professionnels, 142-150
- contrats à distance entre un professionnel et un consommateur, 267-273
- faute lourde, 194
- fourniture d'hébergement, 353-360

Responsabilité en cascade, 1187 s.

Responsabilité extra-contractuelle

- fournisseur d'accès Internet, v. *Fournisseur d'accès Internet – responsabilité*
- fournisseur d'hébergement, v. *Fournisseur d'hébergement – responsabilité*
- loi applicable, v. *Loi applicable*
- tribunal compétent, v. *Tribunal compétent*

Responsable de site, 1189

Responsable du traitement, v. *Traitement*

- établissement, 1077 s.
- obligations, v. *Obligations du responsable du traitement*

Ressource essentielle, 651, 708 s.

Retenue douanière, 906

Rétractation, 265

- ventes et services à distance, v. *Ventes et services à distance*

Revente

- de billets, 819, 880
- de fichiers numériques d'occasion, 475, 654 s.
- de produits d'occasion, 866 s.

Revue de presse, 506, 581

S

Safe Harbor, 1084, 1112

Santé publique, v. *Vente de médicaments par Internet, Jeux et paris en ligne*

Secret des correspondances, 1231 s.

Sécurité des données, 1161

Services à distance (contrat de –), v. *Ventes et services à distance*

Services financiers à distance, 276-302

- règles communes, 279-287
- champ d'application, 279-280

- conseil, 281
- information, 281
- loi applicable, v. *Loi applicable*
- rétractation, 285-287
 - exécution immédiate du service, 287
 - régime, 286
- sanction du défaut d'information, 283
- spamming, 284
- téléphone, 282
- tribunal compétent, v. *Tribunal compétent*
- règles spécifiques à l'assurance, 288-296
 - champ d'application, 289
 - faculté de renonciation, 293-296
 - contrats intégralement exécutés avant la renonciation, 296
 - exclusion de la faculté de renonciation, 294-295
 - régime, 293
 - information, 290-292
 - assurance non vie, 290
 - assurance vie, 291
 - sanction du défaut d'information, 292
 - sources, 288
- règles spécifiques à la banque, 297-302
 - champ d'application, 298
 - démarchage, 301-302
 - informations, 299
 - rétractation, 285-287, 300

Signature

- adhésion au contenu de l'acte, 48
- définition, 44
- fonction authentifiante, 49
- manuscrite ou autographe, 45

Signature électronique, 41-66

- acte authentique électronique, v. *Acte authentique électronique*
- certificat électronique, 60
- définition, 16
- écrit *ad probationem*/ *ad validitatem*, 51
- évaluation et certification des systèmes de, 61
- fiabilité, 56
- identification du signataire, 47
- perfection de l'acte, 46
- processus technique, 55, 57
- site Internet
 - information sur le produit ou le service, 121
 - langue, v. *Usage du français*
 - numéro téléphone du professionnel, 120
- sources, 14-15, 50, 54
- tiers certificateur, v. *Tiers certificateur*
- vérification d'écriture, v. *Vérification d'écriture*

Signe distinctif, 713, 925 s.

Similitude

- des œuvres, 525
- des produits ou services, 804 s., 1022

– des signes, 808 s., 1022

Site

– application de la loi de 1881, 1189

– comparateur de prix, v. *Comparateur de prix*

– courtage en ligne (par ex. eBay), v. *Plateforme de vente en ligne*

– éditeur, v. *Éditeur de site Internet*, *Fournisseur d'hébergement – responsabilité*

– médicaments, v. *Vente de médicaments par Internet*

– vente aux enchères en ligne, v. *Ventes aux enchères publiques en ligne*

Site parking, 945, 998

Site web

– originalité, 393

– parodie, 513

– protection, 378, 382

– titularité des droits, 400

Smartphone

– abonnement, clauses abusives, 188-190

– assurance vol, 189

– publicité via le –, 115

Société de perception et de répartition des droits, 468 s., 495, 574

Société de vente volontaire, 1301

Sources

– du droit d'auteur et des droits voisins, 367, 556

– du droit des marques, 720 s.

– du droit des noms de domaine, 929 s.

– des droits sur les logiciels et les bases de données, 610

Sous-traitant, 1103, 1161

Spam, 1041 s.

Spamming, 116-117

– définition, 116

– encadrement, 117, 262

– sanction, 116

– services financiers à distance, 284

– ventes et services à distance, 262

STIC, 1155

Streaming, 364, 389, 418, 442, 444, 447 s., 461, 591

Supermarchés

– publicité par comparaison des niveaux de prix, 219-222

Surveillance de l'employeur, 1217 s.

T

Tabac (publicité pour le –), 115

TAJ, 1155

Téléchargement, 364, 386, 389, 442, 444 s., 459 s., 475, 486, 523, 527, 531 s., 535 s., 566, 571, 579, 582, 591, 638 s., 644, 647 s., 654, 699

Télécopie, 10, 25, 27, 28

Téléphone

– contrat " triple play ", 188

– services financiers à distance, 282

Téléphone portable

– abonnement, clauses abusives, 188-190

– assurance-vol, 189

– v. *Smartphone*

Télévision

– contrat " triple play ", 188

Témoignage, 7

Test des trois étapes, 476, 483, 581, 706

Tiers certificateur

– délivrance du certificat électronique, 59

– qualification du –, 62

Tiscali, v. Fournisseur d'hébergement – responsabilité

Titre, 384

Titre de presse, 402

Titularité

– des droits d'auteur, 394 s., 626 s., 666

– des droits voisins, 599

– présomption

– légale, 396 s.

– prétorienne, 398, 599

Top level domain (TLD), 749, 918 s.

Traduction, 383, 523, 551, 630, 638, 647 s., 744

Traitement des données

– définition, 1071

– exactitude des données, 1158

– finalité, 1160

– loyauté et licéité de la collecte, 1157

– moyens de traitement, 1078

– traitement relevant de la souveraineté de l'État, 1074, 1120

Transfert de données, 1083 s.

Transfert des risques, 275

Transit de données, 1079

Transparence, 1222 s.

Transport

– responsabilité, 149, 271

– transfert des risques, 275

Tribunal compétent, 1324-1352

– acte introductif d'instance, 1322

– activité dirigée, 1345-1352

– assurance, 1337

– brevets, marques, dessins et modèles, 1338

– clause attributive de juridiction, 1322

– concurrence déloyale, 1352

– consommateur, 1333-1336, 1347

– contrat, 1331, 1341, 1346-1348

– critère

– accessibilité, 1352

– destination, 1352

– DIP français (défendeur extérieur à l'Union européenne)

– critère de nationalité (art. 14 et 15 C. civ.), 1342-1343

– extension des règles internes à l'ordre international, 1340

– options en matière contractuelle, 1341

– options en matière de responsabilité extra-contractuelle ou délictuelle, 1341

- domicile du défendeur
 - condition d'application du Règlement " Bruxelles I ", 1324
 - notion, 1325
- droits d'auteurs, 1351
- droits de la personnalité, 1350
- exécution des jugements, 1322, 1338
- focalisation, 1347
- immeuble, 1338
- Internet et critère d'activité dirigée, 1345-1352
- Règlement " Bruxelles I "
 - champ d'application, 1326, 1328
 - compétences exclusives, 1338
 - éviction des privilèges de compétences (art. 14 et 15 C. civ.), 1329
 - options de compétence en matière contractuelle, 1331
 - options de compétence en matière extracontractuelle ou délictuelle, 1332
 - règles de DIP français, selon le domicile du défendeur, 1324
 - responsabilité extracontractuelle ou délictuelle, 1332, 1341, 1349-1352
- Tromperie**, 203
- Typosquatting*, 364, 717, 823, 937, 939, 952, 955 s., 1003

U

Usage

- critique, 947
- descriptif, 880, 890
- dans la vie des affaires, 812 s., 886 s., 912
- sérieux, 786 s.
- à titre de marque, 816 s.
- Usage du français**, 125-127
 - obligation légale, 125-126
 - portée en droit européen, 127

V

- Vente d'immeuble à construire**, 11, 87
- Vente d'ordinateurs avec logiciels pré-installés**, 201
- Vente de médicaments par Internet**
 - arrêté relatif aux bonnes pratiques, 247
 - arrêts du Conseil d'État, 243
 - avis de l'Autorité de la concurrence, 246
 - " click and mortar " / " pure players ", 244
 - droit européen
 - Directive " médicaments ", 242-243
 - jurisprudence de la Cour de justice, 242
 - droit français, textes de transposition, 243
 - médicaments " devant le comptoir ", 245
 - médicaments sans prescription, 245

- médicaments sur prescription, 245

- " officine en dur ", 244

- pratique trompeuse, 210

- régime applicable, 244-247

- spécificités du produit, 241

Vente par correspondance, 253

Ventes aux enchères publiques en ligne, 259, 1301

Ventes avec primes, 202

Ventes et services à distance

- champ d'application, 257-259

- contrat entièrement à distance, 257

- faculté de rétractation, 263-266

- délai, 263

- exceptions, 264

- frais, 266

- nature juridique, 265

- restitutions, 266

- usage anormal du bien, 266

- information précontractuelle

- contenu, 260

- délivrance, 261

- support, 261

- loi applicable, v. *Loi applicable*

- opérations exclues, 258

- recommandation de la commission des clauses abusives n° 07-02, 188

- relation professionnel-consommateur, 257

- responsabilité de plein droit du professionnel du fait du tiers, 268-273

- champ d'application, 269

- clause limitative de responsabilité, interdiction, 272

- défaut du produit, 273

- obligation de résultat, 270

- sous-traitant, 271

- transporteur, 271

- transfert des risques, 275

- tribunal compétent, v. *Tribunal compétent*

" Ventes liées ", 200-201, 326

Vérification d'écriture, 63-66

- écrit électronique, 65

- procédure, 64

- textes, 63

Vidéogramme, 598

Vidéosurveillance, 1224, 1228

Vie privée

- abus de la liberté d'expression, 1210

- et identification sur Internet, 543

- présentation générale, 1165 s.

Voyages à forfait

- recommandation de la commission des clauses abusives n° 07-02, 188

- régime de responsabilité de l'agence de voyages, 274

W

Watermarking, 518

Web 2.0, 364

Web bugs, 1034, 1036

Web trader code, 1132

Webradio, 446, 449 s., 591 s., 603

Wikipedia, 383, 416, 463 s.

Y

Yahoo !, v. *Fournisseur d'accès Internet – responsabilité*

1. J.-Ph. Lévy, « Les classifications des preuves dans l'histoire du droit », in *La preuve en droit*, Bruylant, 1981, p. 27 s.

10. C. civ., art. 1347.

100. C. pr. civ., art. 287 s.

1000. *Ibid.*

1001. *Ibid.*

1002. CE 17 juill. 2013, v. ss 243.

1003. Avis 10 avr. 2012, v. ss 246.

1004. Préc.

1005. Arr. 20 juin 2013 préc., annexe, préambule.

1006. *Eod. loc.*, § 1.1.

1007. *Eod. loc.*, § 1.2.

1008. V. ss 243.

1009. Directive n^o 2011/62/UE du 8 juin 2011, modifiant la directive 2001/83/CE instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés, préc. et v. ss 242.

101. C. pr. civ., art. 303 s.

1010. V. ss 246, avis de l'Autorité de la concurrence 10 avr. 2012.

1011. Arr. 20 juin 2013 préc., annexe, § 3.1.

1012. *Eod. loc.*, § 7.1.

1013. *Eod. loc.*, § 3.2.

1014. *Eod. loc.*, § 4.1.

1015. Dir. 97/7/CE, concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, *JOUE* L 144/19, 4 juin 1997.

1016. Les articles 3 et 6 de cette directive excluent certains produits ou services du droit de rétractation mais ne mentionnent pas les produits de santé.

1017. Dir. préc., Code européen du médicament, art. 85 *quater*.

1018. Aut. conc. n^o 10-MC-01 du 30 juin 2010, Mesure conservatoire du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx.

1019. *Ibid.*

102. Civ., 17 févr. 1838, s. 1839. 1. 317. Req., 13 déc. 1911, *DP* 1912. 1. 158.

1020. Aut. conc. n^o 10-D-30 du 28 oct. 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet.

1021. *Eod. loc.*, pt. 87.

1022. Aut. conc. n^o 10-A-29 du 14 déc. 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

1023. *Eod. loc.*, pt. 2.

1024. *Ibid.*

1025. *Ibid.*

1026. *Ibid.*

1027. *Ibid.*

1028. Aut. conc., n^o 10-A-29, préc. ppts. 228 s.

1029. *Eod. loc.*, ppts. 111 s.

103. TI Sète, 9 mai 1984, *D.* 1985. 359, note A. Bénabent. 14 mai 1986, cité par J. Mestre *in* *RTD civ.* 1990. 80.

1030. *Eod. loc.*, ppts. 299 s.

1031. *Eod. loc.*, ppts. 331 s.

1032. *Eod. loc.*, ppts. 76 à 78.

1033. *Eod. loc.*, ppts. 397 s.

1034. *Ibid.*

1035. *Ibid.*

1036. European Commission – IP/10/1624, 30 nov. 2010.

1037. *Ibid.*

1038. *Ibid.*

1039. *Ibid.*

104. Montpellier, 9 avr. 1987, *JCP* 1988. II. 20984, note M. Boizard ; *RTD civ.* 1988. 758, obs. J. Mestre.

1040. Commission Européenne – SPEECH/13/697, 13 sept. 2013.

1041. Sur l'ensemble de la question v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2010, n^o 95 s.

1042. Dir. 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distances, *JOCE* L 144, 4 juin 1997, p. 19.

1043. Dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative au droit des consommateurs, *JOUE* L 304/64, 22 nov. 2011. A. Debet, « La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 : de nouvelles règles européennes encadrant le contrat à distance », *CCE* 2012, études n^o 8 ; G. Paisant, « La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », *JCP* 2012. 62 ; E. Poillot, N. Sauphanor-Brouillot, « Droit de la consommation », *D.* 2012. 840 ; C. Aubert de Vincelles, *RTD eur.* 2012. 661. *Adde* M. Latina, « Les derniers développements du droit européen des contrats », *RDC* 2012/1, p. 299.

1044. Loi n° 2014-344 relative à la consommation, *JO* 18 mars 2014, p. 5400 ; G. Raymond, « Inventaire des mesures relatives au droit de la consommation », *JCP E* 2014, act. 213 ; aperçus rapides par N. Ferrier, A.-C. Martin, M. Bacache, *JCP* 2014, n° 375 à 377 ; L. Grynbaum, « Loi “Hamon” : une transposition d'importance », *RLDI* 2014/103, n° 3345 ; G. Loiseau, « Les contrats du commerce électronique dans la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *CCE* 2014, comm. n° 36.

Sur le projet de loi « Hamon » du 2 mai 2013: *JOAN* Doc. n° 2015; 1^{re} lecture AN, 3 juill. 2013, *JOAN* Doc. n° 176 ; 1^{re} lecture Sénat, 13 sept. 2013, *JO Sénat* Doc. n° 213. X. Delpech, « Loi sur la consommation, présentation de l'avant-projet », *D.* 2013. 831 ; V. Legrand, « Les contrats conclus à distance et hors établissement dans le projet de loi consommation », *LPA* n° 111, 4 juin 2013, p. 5. ; G. Notte, *JCP E* 2013, act. 356.

1045. Préc.

1046. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JOCE* L 178, 17 juill. 2000 p. 1.

1047. Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers (ci-après SFD) auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *JOCE* L 271, 9 oct. 2002, p. 16. Th. Bonneau, « Directive services financiers à distance », *Dt des sociétés*, 01/2003, p. 39 ; F. Coupez, Th. Verbiest, « Commercialisation à distance des services financiers : bilan d'un nouveau cadre juridique », *D.* 2006. 3057 ; L. Grynbaum, F. Leplat, « Ordonnance services financiers à distance : de la relativité du Code de la consommation comme code... pilote », *JCP* 2005, I 193 ; « Les services financiers à distance par voie électronique », in J. Rochfeld (dir.), *op. cit.*, p. 439 ; s. Piédelièvre, « La commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs », *RD banc. fin.* 2005, n^o 6, p. 28.

1048. Loi n^o 2010-476, 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, *JO* 13 mai 2010, p. 8881.

1049. Préc.

105. Civ. 1^{re}, 8 nov. 1989, *Crédicas*, *Bull. civ.* I, n^o 342 ; *D.* 1990. Somm. 327 ; note J. Huet ; p. 369, note C. Gavalda ; *JCP* 1990. II. 21576, note G. Virassamy.

1050. Rédaction issue de la loi « Hamon », préc.

1051. Texte conforme à l'art. 2, § 7 de la dir. 2011/83, préc.

1052. Préc.

1053. Art. 3, Loi consommation préc., introduisant un art. préliminaire dans le Code de la consommation.

1054. Préc.

1055. Qui font l'objet d'un régime autonome, v. ss 276 s.

1056. Ce type de contrat fait l'objet de dispositions spécifiques, v. ss 274.

1057. La liste est reprise de l'article de la dir. 2011/83, préc., art. 3, § 3.

1058. C. consom., art. L. 121-16-1.

1059. Par la loi « Hamon », préc.

106. *Ibid.*

1060. C. consom., art. L. 111-4.

1061. C. consom., art. L. 111-5.

1062. Préc.

1063. Préc.

1064. Pré.

1065. CJUE 5 juill. 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd. C/Bundesarbeitskammer* ; *RLDI* 2012, n^o 92, p. 32, note J. Huet ; *CCE* 2012, comm. n^o 110, note G. Loiseau ; *CCC* 2012, comm. n^o 92, G. Raymond.

1066. V. ss 116, 1042 sur la conclusion du contrat par voie électronique.

1067. Le délai de 7 jours est passé à 14, à la faveur de la directive 2011/83, préc., art. 9, § 1.

1068. C. consom. art. L. 121-21 al. 2.

1069. *Ibid.*

107. V. M. Mekki, « La gestion contractuelle du risque de la preuve », *RDC* 2009/2, p. 453 s.
A. Penneau, « Les nouveaux défis du droit de la preuve : contentieux contractuel et preuve de faits électroniques », in J. Rochfeld (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ, 2010, p. 71 s., spéc. p. 83.

1070. C. consom., art. L. 121-21-1.

1071. *Ibid.*

1072. Par transposition de l'article 16 de la dir. 11/83.

1073. C. assur., art. L. 112-1-1.

1074. I. Alonso, *La rétractation et la révocation en droit privé*, th. dactyl. Montesquieu Bordeaux IV, 2001, n^o 7. V. également, s. Mirabail (préf. J.-P. Marty), *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, 1997, spéc. p. 2.

1075. C. consom., art. L. 312-1 s.

1076. L. n^o 71-566, 12 juill. 1971.

1077. R. Baillod, « Le droit de repentir », *RTD civ.* 1984. 227 s. ; Ph. Rémy, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », *in* L. Cadet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Économica, 1987, p. 271 s., spéc. p. 278.

1078. L. Bernardeau, « Le droit de rétractation du consommateur, un pas vers une doctrine d'ensemble, à propos de l'arrêt CJCE, 22 avr. 1999 », *JCP* 2000, I, 218 ; s. Detraz, « Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation », *CCC* 2004, chron. n^o 7 ; J.-P. Pizzio, « Un apport législatif en matière de protection du consommateur : la loi du 22 déc. 1972 sur la protection du consommateur sollicité à domicile », *RTD civ.* 1973. 66. s. Mirabail, th. préc., spéc. p. 240 s. ; I. Alonso, th. préc., n^o 251.

1079. C. consom., art. L. 121-20-29.

108. V. ss 52 s.

1080. Art. 6, § 2 dir. 97/7. À l'article 12 de la dir. 2011/83, il est mentionné que « l'exercice du droit de rétractation a pour effet d'éteindre l'obligation des parties. »

1081. Art. 6, dir. 97/7, préc.

1082. CJCE, 1^{er} ch., 3 sept. 2009, *Messner*, aff. C-489/07, *L'essentiel Droit des contrats* oct. 2009, p. 1, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *JCP* 2009, I, n^o 47, p. 459, note G. Paisant ; *RDC* 2010, p. 113, obs. s. Pimont.

1083. *Ibid.*

1084. Dir. 11/83, préc., art. 13.

1085. Dir. 11/83, préc., art. 14, § 1.

1086. Dir. 11/83, art. art. 14, § 2.

1087. *Ibid.*

1088. V. Dir. 2002/65, art. 6 et 7, et v. ss 276 pour la transposition.

1089. Dir. 11/83, art. art. 14, § 3.

109. T. com. Paris, ch. 16, 3 sept. 2007, *SA Kelkoo/Sté initiatives et développements*, *JurisData* n^o 2007-358424.

1090. Préc.

1091. Dir. 97/7, préc., art. 6 § 3.

1092. Dir. 11/83, préc., art. 14, § 3.

1093. Préc.

1094. Dir. 11/83, préc., art. 15.

1095. Projet de loi confiance dans l'économie numérique, 8 janv. 2004, *JOAN* Doc. n^o 235 ; *CCE* 2004, comm. n^o 17, obs. L. Grynbaum.

1096. J.-M. Bruguière, « L'inexécution du contrat électronique », in J.-C. Hallouin, H. Causse (dir.), *op. cit.*, p. 71 s. ; J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », *JCP* 2004, I, 178 ; Ph. Stoffel-Munck, « La réforme des contrats du commerce électronique », *CCE* 2004, chron. n° 30.

1097. Préc.

1098. Art. 15 I, v. ss 142 s.

1099. *Ibid.*

11. Par ex., l'acte notarié pour le contrat de mariage, C. civ., art. 1394.

110. *Ibid.*

1100. Contrairement aux dispositions de l'article 15 I de la loi confiance dans l'économie numérique qui s'applique entre professionnels, v. ss 145.

1101. J. Dionis du Séjour, Rapport préc., p. 23.

1102. Séance 8 janv. 2004, *JOAN* Débats, 9 janv. 2004, p. 193.

1103. G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.*, n^o 530. Un autre exemple de responsabilité de plein droit est fourni par la responsabilité du fait des produits défectueux (C. civ. art. 1386-11).

1104. Dans le même sens J.-M. Bruguière, « L'inexécution du contrat électronique », préc., p. 83 ; O. Cachard, « Définition du commerce électronique [...] », préc., n^o 13.

1105. Le gardien de la chose à l'origine du dommage ne peut s'exonérer qu'en démontrant la force majeure ou la faute de la victime.

1106. Sur cette question v. G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.*, n^o 527-2 et 530.

1107. *Ibid.*, « L'obligation de résultat emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la prestation fournie et le dommage invoqué », Civ. 1^{re}, 16 févr. 1988, *Bull. civ.* I, n^o 42.

1108. V. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, 2009, n^o 948.

1109. Civ. 3^e, 11 mai 2006, *Bull. civ.* III, n^o 119 ; *RDC* 2006. 1214, obs. G. Viney ; Poitiers, 7 juin 2000, *JurisData* n^o 2000-170260.

111. Metz, 20 janv. 2005, *SA Orange France c/ Walter*, inédit.

1110. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2011, n^o 921.

1111. Paris, 5^e ch. sect. B, 24 mai 1991, *JurisData* n^o 1991-022212.

1112. On peut estimer que la livraison d'un bien ayant fait l'objet d'un travail spécifique et qui relèverait d'un contrat d'entreprise serait soumise aux mêmes règles : v. ss 145 sur l'utilisation ambiguë du terme « acheteur » à l'article 15 I.

1113. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, *Bull. civ.* I, n^o 263 ; *D.* 2009. 393, note E. Poillot.

1114. V. ss 192.

1115. V. ss 162 s.

1116. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, préc.

1117. J. Huet, art. préc.

1118. *Ibid.*

1119. Par ex. Civ. 1^{re}, 14 déc. 2004, *Bull. civ.* I, n^o 326 ; *D.* 2005. IR 594 ; *JCP* 2005, I, 141, obs. Y.-M. Serinet ; *RTD civ.* 2005. 123, obs. J. Mestre, B. Fages.

112. *Ibid.*

1120. Par ex. Civ. 3^e, 24 avr. 2003, *Bull. civ.* III, n^o 86 ; *D.* 2003. IR 1341.

1121. CJCE 25 avr. 2002, aff. C. 52/00 ; aff. C-154/00 ; aff. C-183/00, *D.* 2002. 1670 et 2462, note C. Larroumet ; *RTD civ.* 2002. 523, obs. P. Jourdain ; *RDC* 2003. 107, obs. Ph. Brun ; J. Calais-Auloy, « Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel », *D.* 2002. Chron. 2458 ; CJCE 10 janv. 2006, aff. C-402/03, *JCP* 2006, II, 10082, note L. Grynbaum.

1122. CJCE 25 avr. 2002, préc.

1123. *Ibid.*

1124. CJCE 10 janv. 2006, aff. C-402/03, préc.

1125. *Ibid.*

1126. *Ibid.*

1127. Pour des précisions sur ce contrat spécial de voyage à forfait conclu par un consommateur v. ss 274.

1128. Paris, 26 mars 2009, *JurisData* n^o 2009-376569, *CCE* 2009, comm. n^o 66, obs.
A. Debet.

1129. Préc., art. 142, § 1 de l'annexe.

113. *BOCCRF* 24 déc. 2007, considérant n^o 6.

1130. Préc.

1131. Préc.

1132. Dir. 2002/65/CE du Parlement européen et du conseil, 23 sept. 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, *JOCE* L 271, 9 oct. 2002, p. 16 s. ; Th. Bonneau, *Dr. sociétés*, janv. 2003, p. 39 ; *CCE* 2003, comm. n^o 15 ; *CCE* 2003, comm. n^o 15, L. Grynbaum.

1133. Dir. 11/83 préc., art. 3, § 3 d.

1134. Ord. n^o 2005-648, *JO* 7 juin 2005, p. 1002, texte n^o 8 ; L. Grynbaum, F. Leplat, « Ordonnance services financiers à distance : de la relativité du Code de la consommation comme code... pilote », *JCP* 2005, I 193.

1135. Dir. 2002/65, préc.

1136. *« Est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».*

1137. Ordonnance n^o 2005-648, préc. ; L. Grynbaum, F. Leplat, « Ordonnance services financiers à distance : de la relativité du Code de la consommation comme code... pilote », art. préc.

1138. Dir. 2002/65, préc., art. 2, d.

1139. Préc.

114. V. ss 162 s.

1140. C. consom., nouvel art. L. 121-26-1.

1141. C. consom., art. L. 121-27, al. 1^{er}.

1142. *Ibid.*

1143. Texte issu du décret n^o 2005-1450 du 25 nov. 2005, *JO* 26 nov., p. 18364.

1144. C. consom., art. L. 121-28.

1145. CJUE 5 juill. 2012, *Content Services Ltd. C/Bundesarbeitskammer*, aff. C-49/11, préc.

1146. Com. 31 janv. 2006, n^o 04-18920, *Bull. com.* n^o 19.

1147. *Ibid.*

1148. C. consom., art. L. 121-28.

1149. n^o 2005-1450 du 25 nov. 2005, préc.

115. Texte sur la signature électronique (v. ss 52 s.) ; il ne peut pas être prétendu que le double-clic équivaut à cette signature sécurisée, mais qu'il permet de manifester l'engagement et de le prouver.

1150. C. consom., art. L. 121-20-17.

1151. V. ss 286.

1152. C. consom., art. L. 121-29.

1153. C. assur., art. L. 112-2-1-II, 2°.

1154. V. ss 265.

1155. C. consom., art. L. 121-29, I.

1156. *Ibid.*

1157. Dir. 2002/65, préc. art. 6.

1158. V. ss 294.

1159. V. ss 300.

116. C. com., art. L. 110-3.

1160. C. consom., art. L. 121-30.

1161. C. consom., art. L. 121-29, II, 2°.

1162. C. consom., art. L. 121-30, I, al. 1^{er}.

1163. C. consom., art. L. 121-30, I, al. 2.

1164. *Ibid.*

1165. C. consom., art. L. 121-30, II.

1166. *Ibid.*

1167. *Ibid.*

1168. Préc.

1169. R. Gheldre et F. Naftalsky, *in* J. Kullmann (dir.), *Lamy Assurances*, éd. 2013, n^o 4775 s. ; v. L. Grynbaum, *Assurances*, éd. Argus 2013, n^o 1644 s.

117. Com. 4 oct. 2005, n^o 04-15195.

1170. Le projet de loi consommation de 2013, art. 16, préc., modifie ce texte pour le mettre à jour de la nouvelle numérotation adoptée dans le Code de la consommation mais ne modifie aucune disposition substantielle.

1171. C. assur., art. L. 111-6.

1172. Issu du décr. n^o 2005-1450, préc.

1173. C. consom., art. L. 121-28 et C. assur., art. R. 112-4 al. 2.

1174. C. assur., art. L. 112-2-1-IV.

1175. C. assur., art. L. 132-5-2 al. 1^{er}.

1176. C. assur., art. L. 112-2-1, –VI.

1177. C. assur., art. L. 112-2-1, –II, 1° pour assurance non vie et L. 112-2-1, –II, 2° pour assurance-vie.

1178. C. assur., art. L. 112-2-1, –II, 1^o.

1179. C. assur., art. L. 112-2-1, –II, 2°.

118. *Ibid.*

1180. C. assur., art. L. 112-2-1, –II.

1181. Préc.

1182. C. consom., art. L. 121-28 al. 2.

1183. Civ. 1^{re}, 7 mars 2006, *Bull. civ.* II, n^o 63.

1184. C. assur., art. L. 112-2-1, –II, 3^o, a.

1185. C. assur., art. L. 112-2-1, -II, 3^o, b.

1186. C. assur., art. L. 112-2-1, –II, 3^o, c.

1187. Préc.

1188. Dir. 02/65, préc., art. 6, 2, a.

1189. Dir. 02/65, préc., art. 6, 2, b.

119. V. P. Catala, « Écriture électronique et actes juridiques », in *Mélanges M. Cabrillac*, préc., p. 91 s.

1190. Dir. 02/65, préc., art. 6, 2, c.

1191. Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, 13^e éd., 2011, n^o 989.

1192. C. assur., art. L. 112-2-1-II, 3°.

1193. Civ. 2^e, 17 janv. 2013, n^o 11-28928, n^o 11-20155, *Bull. civ. ord.*, n^o 6 ; *JCP* 2013, n^o 261, note L. Grynbaum.

1194. Civ. 2^e, 17 janv. 2013, préc.

1195. L. Grynbaum, F. Leplat, « Ordonnance services financiers à distance [...] », préc.

1196. L. n° 2003-706 du 1^{er} août 2003, de sécurité financière ; V. not. B. Dondero, « Le nouveau régime du démarchage bancaire et financier », *LPA* 14 nov. 2003, p. 39 ; F. Leplat, « Les réformes du démarchage bancaire et financier », *Lexbase*, n° 70, 8 mai 2003.

1197. Ordonnance n^o 2005-648, préc.

1198. Considérant n^o 18.

1199. L. Grynbaum, F. Leplat, art. préc.

12. $\mathcal{V}^0$ « Preuve ».

120. Sur la présomption de fiabilité, v. ss 66.

1200. *Ibid.*

1201. 2002/65, préc., considérant n^o 17.

1202. *Ibid.*

1203. C. consom., art. L. 121-26-1.

1204. *Ibid.*

1205. *Ibid.*

1206. C. mon. fin., art. L. 343-1.

1207. V. not. Th. Bonneau, « Démarchage et Internet », *RD banc. fin.* 2001, p. 271.

1208. C. mon. fin., art. L. 343-2.

1209. Information prévue par C. mon. fin., art. L. 341-12.

121. V. ss 52 s.

1210. C. mon. fin., art. L. 343-2.

1211. V. ss 314.

1212. Projet de loi, *JOAN* Doc. n^o 1549, 25 mars 2009 ; L. de Gaulle, J. Horn, « Le projet de loi sur l'ouverture à la concurrence du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne », *JCP E* 2009, act. 310 ; D. Poracchia, F. Rizzo, J.-M. Marmayou, « Chronique annuelle de droit du sport », *LPA*, 2010, n^o 64, p. 5 s. ; L. Grynbaum, *RLDI* 2009/49, n^o 1621.

1213. V. ss 314.

1214. CJCE 8 sept. 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd c/ Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, D. 2009. 2585, note J.-L. Clergerie ; L. Idot, « Ouverture à la concurrence des jeux en ligne : la Cour de justice redistribue les cartes ? », *Europe* 2010, n^o 10, p. 2 ; L. Grynbaum *RLDI* 2009/53, n^o 1762 ; T. Verbiest, M. Monov, *RLDI* 2009/54, n^o 1809 ; V. Forti, *RLDI* 2009/54, n^o 1810.

1215. V. « Jeux et paris en ligne : pas de nouvelle donne après le vote à l'Assemblée nationale », *RLDI* 2009/54, n^o 1808 ; sur la teneur du texte transmis au Sénat, v. *JO Sénat* Doc. n^o 29, 13 oct. 2009.

1216. Décision n^o 2010-605 DC du 12 mai 2010, *JO* 13 mai 2010, p. 8897.

1217. Loi n^o 2010-476, 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, *JO* 13 mai 2010, p. 8881.

Décret n^o 2010-481, 12 mai 2010 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'autorité de régulation des jeux en ligne, *JO* 13 mai 2010, p. 8927 ; Décret n^o 2010-482, 12 mai 2010, fixant les conditions de délivrance des agréments d'opérateur de jeux en ligne, *JO* 13 mai 2010, p. 8930 ; Décret n^o 2010-483, 12 mai 2010 relatif aux compétitions sportives et aux types de résultats sportifs définis par l'Autorité de régulation des jeux en ligne, *JO* 13 mai 2010, p. 8932.

1218. Préc.

1219. Préc.

122. 4 juin 2012, COM (2012) 238 final.

1220. V. ss 314 s.

1221. C. consom., art. L. 121-36 à L. 121-41.

1222. L'art. 6 de la loi précise que les paris sportifs à cote ne seront possibles que si les parieurs connaissent à l'avance le montant maximum le montant maximum de leur perte potentielle.

1223. Art. 4, II.

1224. V. exposé des motifs du projet de loi, *JOAN* Doc. n^o 1549, préc., p. 7.

1225. La loi du 2 juin 1891 sur les courses hippiques connaît des modifications par les articles 56 et 57 de la loi mais qui ne remettent pas en cause le monopole du PMU sur les paris qui n'ont pas lieu en ligne.

1226. CE 30 déc. 2011, *Zeturf*, req.n^o 287503 ; *BWIN*, req. n^o 321920, *RLDI* 2012/81, n^o 2712, note L. Grynbaum.

1227. CJUE 30 juin 2011, v. ss 315.

1228. V. ss 314, 315.

1229. V. ss 315.

123. *Eod. loc.*, art. 20, 2.

1230. Art. 56.

1231. Art. 57.

1232. Art. 11, II.

1233. Art. 12.

1234. Art. 34.

1235. Décr. n^o 2010-483, préc., art. 3, I.

1236. Décr. n^o 2010-483, préc., art. 3, II.

1237. Art. 13, I.

1238. Art. 13, II.

1239. Art. 14, II.

124. I. Dauriac, *op. cit.*, n^o 10.

1240. Art. 14, III.

1241. Décr. n^o 2010-482 12 mai 2010, préc.

1242. Art. 15.

1243. *Ibid.* Cette disposition est complétée par l'article 1 du décr. n^o 2010-482, préc.

1244. Art. 17.

1245. *Ibid.*

1246. Art. 18.

1247. Art. 19.

1248. Arrêté le cahier des charges est annexé à l'arrêté du 17 mai 2010, portant approbation du cahier des charges applicable aux opérateurs de jeux en ligne, *JO* 18 mai 2010, texte n^o 29.

1249. Art. 20.

125. Req. 8 juill. 1903, *DP* 1903.1.507. Civ. 1^{re}, 12 juill. 1956, *Bull. civ.* I, n^o 302.

1250. Cahier des charges annexé à l'arrêté du 17 mai 2010 préc.

1251. Art. 16, IV al. 2 du projet de loi issu du vote à l'Assemblée nationale, *JOAN* Doc. n^o 348, 13 oct. 2009 ; *RLDI* 2009/54, n^o 1808, préc.

1252. Art. 21.

1253. Art. 21. Il s'agit des États membres de l'AELE qui n'ont pas intégré l'Union européenne : la Suisse, la Norvège et l'Islande à la condition que ces pays aient conclu un accord de coopération fiscale avec la France.

1254. *Ibid.*

1255. Décr. n^o 2010-481, préc.

1256. Décr. n^o 2010-481, préc., art. 1

1257. Décr. n^o 2010-481, préc., art. 8 à 12. M. Jean-François Vilotte, ancien Directeur général de la Fédération française de tennis, puis Chargé de mission au ministère du Budget a été nommé président de cette autorité.

1258. Art. 15.

1259. Art. 21, VI.

126. Civ. 1^{re}, 19 juin 1951, *Bull. civ.* I, n^o 190.

1260. CJCE 21 oct. 1999, *Zenatti*, aff. C-67/98, www.curia.europa.eu/jurisp.

1261. CJCE 6 nov. 2003, *Gambelli*, aff. C-243-01, *JOCE* C7, 10 janv. 2004, p. 7, www.curia.europa.eu/jurisp.

1262. CJCE 6 mars 2007, aff. jointes *Placanica*, aff. C-338-04, *Pallazzese*, aff. C-359-04, *Sorricchio*, aff. C-360-04, www.curia.europa.eu/jurisp.

1263. Com. 10 juill. 2007, n^o 06-13986, *Zeturf*, *Bull. civ.* IV, n^o 186.

1264. CJCE 8 sept. 2009, aff. C-42/07, préc.

1265. Avis circonstancié du 8 juin 2009, Notification 2009/0122/F.

1266. V. sur ce point le rapport de D. Fasquelle, *JOAN* 15 juill. 2009, Avis n^o 1837.

1267. Préc.

1268. Art. 26.

1269. Art. 24.

127. Rature : Civ. 1^{re}, 16 juin 1993, *Bull. civ. I*, n^o 219 ; acte non signé : Civ. 1^{re}, 17 janv. 1961, *Bull. civ. I*, n^o 41.

1270. Art. 25.

1271. Art. 26.

1272. V. sur ce point le cahier des charges annexé à l'arrêté du 17 mai 2010, préc.

1273. Art. 27.

1274. Art. 34.

1275. *Ibid.*

1276. Art. 35 et 41.

1277. Art. 43.

1278. Pour une application de cette disposition et une injonction prononcée contre les fournisseurs d'accès y compris de « box », cf. Com. 10 déc. 2013, n° 12-28 488 et 12-28492, *CCE* 2014, comm. n° 17, note G. Loiseau.

1279. Art. 63.

128. I. Dauriac, « La signature électronique », *in* actes du colloque *Officiers ministériels et officiers publics à l'heure de l'écrit électronique*, préc.

1280. Loi n^o 2004-575 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JO* n^o 143, 22 juin 2004, p. 11168 s. ; *D.* 2004. 1868.

J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à électronique », *JCP* 2004, I, 178 ; L. Grynbaum, « Après la loi “économie numérique”, pour un Code européen des obligations... raisonné », *D.* 2004. Chron. 2213 ; N. Mathey, « Le commerce électronique dans la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 », *CCC* 2004, Chron. n^o 13 ; J. Rochfeld, « Économie numérique », *RTD civ.* 2004. 574 ; Ph. Stoffel-Munck, « La réforme des contrats du commerce électronique », *CCE* n^o spécial sept. 2004 sous la dir. X. Linant de Bellefonds, Chron. n^o 30.

RDC 2005, n^o 2, p. 533 s., « Le contrat selon la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique » avec les articles de D. Ferrier, J. Huet, B. Reynis, A. Raynouard, P.-Y. Gautier, L. Grynbaum, X. Linant de Bellefonds, M. Vivant.

J.-C. Hallouin, H. Causse (Dir.), *op. cit.* ; F. Mas (préf. M. Vivant), *op. cit.*

1281. V. ss 1286 s.

1282. Loi « confiance dans l'économie numérique », art. 6 I 1.

1283. Loi « confiance dans l'économie numérique » art. 6. I 2.

1284. N^o 2000/31, préc.

1285. Art. 1, d ; dir. n^o 2000/31, « Commerce électronique » ; « Destinataire du service » : toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible. Il s'agit donc de l'internaute.

1286. Dir. n^o 2000/31, « Commerce électronique », art. 12.

1287. Loi « confiance dans l'économie numérique », préc. art. 6 I 1.

1288. L. n^o 2008-3, *JO* 4 janv. 2008, p. 258, art. 12.

1289. Ord. 2011-1012, 24 août 2011, *JO* 26 août 2011, p. 14473, texte 49, art. 33 à 35.

129. Civ. 1^{re}, 17 janv. 1961, *Bull. civ.* I, n^o 41.

1290. ADSL : *Asymmetric Digital Subscriber Line*, selon la définition retenue par France Telecom dans ces conditions générales d'abonnement cela signifie « ligne d'abonné numérique asymétrique » ; c'est-à-dire « une technologie qui permet de transmettre des signaux numériques haut débit sur le réseau d'accès téléphonique existant. Elle permet d'avoir un haut débit en direction de l'abonné et une voie de retour de plus faible débit vers le réseau ».

1291. Sur ce contrat, v. ss 347.

1292. C. civ., art. 1582 : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer ».

Cf. les définitions données par F. Collart-Dutilleul, P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2011, n^o 35 ; P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6^e éd., 2012, n^o 60.

1293. V. P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n^o 73.

1294. P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n^o 619 ; M. Vivant, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 2012, n^o 2280.

1295. Louage d'ouvrage dans le C. civ., art. 1710 : « Contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

1296. F. Collart-Dutilleul, P. Delebecque, *op. cit.*, n^o 696.

1297. P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n^o 708.

1298. Par ex. *Livebox* de France Télécom ou *Freebox* de Free, afin de permettre, notamment, une connexion *Wifi*.

1299. Le prêt à usage ou commodat est défini à l'art. 1875 du C. civ. comme « un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge pour le preneur de la rendre après s'en être servi ». Il est précisé à l'art. 1876 que « ce prêt est essentiellement gratuit ».

La mise à disposition d'un décodeur s'analyse donc comme un commodat dès lors qu'aucune somme n'est à verser, le dépôt de garantie constituant une sûreté garantissant la restitution.

Sur le prêt à usage, v. F. Collart-Dutilleul, P. Delebecque, *op cit.*, n^o 602 s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n^o 910 s.

13. *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, 4^e éd., 1906, n^o 350.

Dans le même sens C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 12, 5^e éd. par Bartin, 1922, § 749, p. 64.

130. I. Dauriac, thèse préc., n^o 461.

1300. En revanche si l'abonné a acquis le matériel il le conserve en cas de résiliation du contrat de fourniture d'accès.

1301. Com. 26 nov. 1973, *Bull. civ.* IV, n^o 340 ; *Defrénois* 1975, art. 30882, p. 388, obs. J.-L. Aubert.

1302. Civ. 1^{re}, 20 nov. 1974, *Bull. civ.* I, n^o 311 ; Com. 14 déc. 1977, *Bull. civ.* IV, n^o 293.

1303. J.-B. Seube (préf. M. Cabrillac), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999 ; s. Amrani-Mekki, « Indivisibilité des ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Deffrénois* 2002. 355.

Spéc. pour l'exception d'inexécution, s. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, Th. Paris II, 2001, n^o 614.

1304. J.-B. Seube, thèse préc., n^o 87.

1305. Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997, *D.* 1998. 32, note L. Aynès.

1306. Com. 3 mai 2000, n^o 98-18782, www.legifrance.gouv.fr.

1307. Sur les clauses abusives, v. ss 162 s.

1308. CJCE 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, *CCC* 2009, comm. 183, obs. G. Raymond.

1309. Par la loi n^o 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

131. I. Dauriac, thèse préc., n^o 215 s.

1310. C. consom., art. L. 120-1 al. 1^{er}, v. ss 205.

1311. Sur la notion, v. ss 203 s.

1312. M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 3^e éd., 2012, n^o 129 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les Obligations, 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, n^o 237 s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, 2013, n^o 599. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, 2013, n^o 265 s., n^o 331 s.

1313. Civ. 3^e, 3 déc. 1970, *Bull. civ.* III, n^o 663. Civ. 1^{re}, 28 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n^o 305 ; *CCC* 2001, comm. n^o 38, obs. L. Leveneur ; *JCP* 2001, I, 301, n^o 11, obs. F. Labarthe.

1314. Civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, *Bull. civ.* I, n^o 313 ; *Defrénois* 1998. 405, obs. A. Bénabent ; *RTD civ.* 1998. 402, obs. P.-Y. Gautier.

V. F. Collart-Dutilleul, P. Delebecque, *op. cit.*, n^o 734.

1315. Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Bull. ass. plén.* n^o 9 ; *D.* 1996. 13, note L. Aynès ; *Defrénois* 1996. 747, note P. Delebecque ; *JCP* 1996, II, 22565, note J. Ghestin ; *RTD civ.* 1996. 153, obs. J. Mestre.

1316. V. ss 329 s.

1317. Projet de loi du 2 mai 2013, *JOAN* Doc. n^o 1015.

1318. Dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative au droit des consommateurs, *JOUE* L. 304/64, 22 nov. 2011. A. Debet, « La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 : de nouvelles règles européennes encadrant le contrat à distance », *CCE* 2012, études n^o 8 ; G. Paisant, « La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », *JCP* 2012. 62 ; E. Poillot, N. Sauphanor-Brouillot, *D.* 2012. 840 ; C. Aubert de Vincelles, *RTD eur.* 2012. 661. *Adde* M. Latina, « Les derniers développements du droit européen des contrats », *RDC* 2012/1, p. 299.

1319. Toutefois, pour les clauses abusives (v. ss 152 s.) la Cour de cassation a décidé l'application de ces dispositions aux personnes morales : Civ. 1^{re}, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 135 ; *CCC* 2005, comm. n° 100, note G. Raymond.

132. C. civ., art. 1316-4 al. 1^{er}.

1320. Il faut réserver le cas de la personne morale non professionnelle qui peut bénéficier des dispositions sur les clauses abusives, v. ss 161.

1321. V. ss 330, 331.

1322. Saint-Denis de La Réunion, 6 oct. 1989, *JCP* 1990, II, 21504, note E. Putman. Dans cette affaire un contrat d'entreprise avait été annulé pour erreur sur la personne, mais une confusion s'était opérée entre une personne morale, agence commerciale d'expérience, et une personne physique.

1323. Civ. 3^e, 2 oct. 1974, *Bull. civ.* III, n^o 330 ; *GAJC*, t. 2, 12^e éd., n^o 150 ; « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant au cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter » ; par ex.

1324. Civ. 1^{re}, 13 févr. 1996, *Bull. civ.* I, n^o 78. Soc., 16 févr. 1999, *Bull. civ.* V, n^o 74 ; *JCP E* 2000, p. 952 note C. Puigelier, pour cette exigence de la jurisprudence v. des affaires sur une mention imprécise dans un *curriculum vitae*.

1325. M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 3^e éd., 2004, n^o 154 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les Obligations, 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, n^o 362 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, 2005, n^o 723 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, 2013, n^o 423.

1326. M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n^o 154 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n^o 366 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n^o 726 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n^o 423.

1327. Arrêt de principe, Civ. 18 janv. 1887, *Bull. civ.*, n^o 9.

1328. C. Thibierge (préf. J. Ghestin), *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992, n^o 777.

1329. C. consom., art. L. 121-84-4.

133. V. ss 26 sur les copies.

1330. Sur les clauses abusives v. ss 152 s.

1331. *Ibid.*

1332. TGI Nanterre, 1^{re} ch. A, 2 juin 2004, *CCE* 2004, comm. 121, obs. L. Grynbaum.

1333. TGI Paris, 1^{re} sect., 5 avr. 2005, *CCE* 2005, comm. 104, note Ph. Stoffel-Munck ; TGI Nanterre, 6^e ch., 3 mars 2006, www.clauses-abusives.fr ; TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr.

1334. Civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, n^o 05-20637, *CCE* 2008, comm. n^o 7, note A. Debet ; *RTD civ.* 2008. 103, obs. B. Fages.

1335. C. consom., art. L. 121-84-3.

1336. C. consom., art. L. 121-84-6.

1337. *Ibid.*

1338. *Ibid.*

1339. *Ibid.*

134. V. ss 71 s.

1340. C. consom., art. L. 121-84-2.

1341. C. consom., art. L. 121-84-7 al. 2.

1342. C. consom., art. L. 121-84-1.

1343. C. consom., art. L. 121-84-9.

1344. *Ibid.*

1345. V. ss 152 s. sur « les clauses abusives ».

1346. B. Gaboriau, « Les clauses abusives dans le secteur des communications électroniques », *RDC* 2009/4, p. 1674.

1347. *Ibid.*, p. 1676-1677.

1348. *Ibid.*

1349. Versailles, 4 févr. 2004, *CCE* 2004, comm. 57, obs. Ph. Stoffel-Munck ; TGI Paris, 1^{re} sect., 5 avr. 2005, *CEE* 2005, comm. 104, note Ph. Stoffel-Munck ; TGI Nanterre, 6^e ch., 3 mars 2006, www.clauses-abusives.fr ; TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr.

135. I. Dauriac, thèse préc., n^o 457.

1350. TGI Nanterre, 1^{re} ch. A, 2 juin 2004, *CCE* 2004, comm. 121, obs. L. Grynbaum ; TI Béthune, 5 avr. 2007, *CCE* 2007, comm. 135, note A. Debet ; TGI Nanterre, 6^e ch., 3 mars 2006, www.clauses-abusives.fr ; TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr.

1351. TGI Nanterre, 1^{re} ch., 9 févr. 2006, *CCE* 2006, comm. 126, note Ph. Stoffel-Munck ; TGI Nanterre, 6^e ch., 3 mars 2006, www.clauses-abusives.fr ; TGI Bordeaux, 11 mars 2008, *UFC Que choisir c/ CDiscount* : www.legalis.net, *CCE* 2008, comm. n^o 69, note A. Debet.

1352. TGI Nanterre, 1^{re} ch. A, 2 juin 2004, *CCE* 2004, comm. 121, obs. L. Grynbaum ; TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr ; TGI Paris, 1^{re} ch., sect. soc., 28 oct. 2008, *UFC Que Choisir c/ Amazon.com et a.* : www.legalis.net, *CCE* 2009, comm. n^o 15, note A. Debet.

1353. TGI Paris, 1^{re} ch., sect. soc., 28 oct. 2008, *UFC Que Choisir c/ Amazon.com et a.*, préc.

1354. Versailles, 4 févr. 2004, *CCE* 2004, comm. 57, obs. Ph. Stoffel-Munck ; TGI Paris, 1^{re} sect., 5 avr. 2005, *CCE* 2005, comm. 104, note Ph. Stoffel-Munck ; TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr.

1355. TGI Nanterre, 6^e ch., 3 mars 2006, www.clauses-abusives.fr ; TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr.

1356. TGI Paris, 21 févr. 2006, préc.

1357. TGI Paris, 21 févr. 2006, préc.

1358. Civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, n^o 05-20637 ; *CCE* 2008, comm. n^o 7, note A. Debet ; *RTD civ.* 2008. 103, obs. B. Fages.

1359. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n^o 07-15000 ; *Gaz. Pal.* 2009, n^o 112-113, p. 40, note F. Forster, M. Hadjadje.

136. V. ss 78.

1360. Comme susmentionné, le service d'accès à Internet comprend en outre parfois les services de courrier électronique et la possibilité de créer un site ou « blog ».

1361. Civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, préc.

1362. Versailles, 4 févr. 2004, *CCE* 2004, comm. 57, obs. Ph. Stoffel-Munck ; TGI Paris, 1^{re} sect., 5 avr. 2005, *CCE* 2005, comm. 104, note Ph. Stoffel-Munck ; TI Cherbourg, 12 juill. 2007, *CCE* 2007, comm. 135, note A. Debet ; TGI Nanterre, 6^e ch., 3 mars 2006, www.clauses-abusives.fr.

1363. V. ss 325.

1364. V. ss 324.

1365. V. ss 334.

1366. V. ss 256 s.

1367. V. ss 260 s., les développements sur les contrats à distance.

1368. V. ss 109.

1369. Sur les différentes modalités pour définir le prix dans un contrat d'entreprise, *cf.* F. Collart-Dutilleul, P. Delebecque, *op. cit.*, n^o 733.

137. Pour les conventions sur la preuve, v. ss 39.

1370. V. ss 106.

1371. Préc.

1372. Loi « confiance dans l'économie numérique » art. 6. I 2.

1373. Préc.

1374. V. ss 1238 s. sur la responsabilité dans le contentieux de la société de l'information.

1375. V. ss 256 s. sur la vente et les services à distance.

1376. C. consom., art. L. 111-1 ; si le contrat est conclu à distance, art. L. 121-17 à 19.

1377. C. com., art. L. 441-3.

1378. C. com., art. L. 441-6.

1379. V. ss 359.

138. Com. 27 juin 1961, *Bull. civ.* III, n^o 299, *JCP* 1961. II. 12281, note Ch. Gavalda.

1380. *BOCCRF*, 31 mars 2003 et sur le site www.clauses-abusives.fr.

1381. Ph.Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n^o 948.

1382. *Ibid.*

1383. Civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, préc.

1384. Com. 26 mars 1996, *Bull. civ.* I, n^o 96, v. ss 192 sur les clauses abusives.

1385. Com. 29 juin 2010, n^o 09-11841, v. ss 193 sur les clauses abusives.

1386. V. ss 1255 s. sur le contentieux de la société de l'information, la responsabilité.

1387. V. ss 116, 1042 sur le droit commun des contrats.

1388. V. ss 1255 sur le contentieux de la société de l'information, Les responsabilités.

1389. CPCE, art. L 34-5 ; C. consom., L. 121-20-5.

139. V. C. Malecki, « Regards sur le formalisme cambiaire à l'heure de la signature électronique », *JCP E* 2000, p. 2036.

1390. Civ. 3^e, 11 mai 2006, *Bull. civ.* III, n^o 119 ; *RDC* 2006, p. 1214, obs. G. Viney.

1391. V. ss 152, « les clauses abusives ».

1392. V. ss 192, 193, la jurisprudence *Chronopost* et *Faurecia* préc.

1393. V. ss 191 s., « Les clauses abusives ».

1394. *Ibid.*

1395. C. consom., art. R. 132-2 ; la clause qui organise des délais et des conditions de préavis différents est présumée abusive.

1396. Art. L. 111-3. *Cf.* Paris, 20 mars 2002, *RIDA* 2002, n^o 194, p. 311 ; Civ. 1^{re}, 29 nov. 2005, *RIDA* 2006, n^o 208, p. 263.

1397. Paris, 9 mai 2008, *RLDI* 2008/43, n^o 1407, obs. M. Trézéguet.

1398. Cf. N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2^e éd., 2012, n^o 12.

1399. Une telle démarche n'exclut pas, au demeurant, la démarche créative : par exemple, dans le cas du dépôt d'une marque composée d'un logo original.

14. J. Chevallier, « La charge de la preuve », in *Cours de droit civil approfondi*, Les Cours de droit, 1958-59, p. 11 ; P. Foriers, « Introduction au droit de la preuve », in *La preuve en droit*, op. cit. ; X. Lagarde, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits* n^o 23, 1996, p. 34 ; H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, 1964, p. 21.

140. Com. 26 nov. 1996, *JCP E* 1997, p. 906, note Th. Bonneau.

1400. Cf. déjà Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 1, 1952, p. 102.

1401. Selon le classement annuel *Brandz* 2013 de Millward Brown, les cinq premières marques en valeur sont *Apple* (n° 1), *Google* (n° 2), *IBM* (n° 3), *McDonald's* (n° 4) et *Coca-Cola* (n° 5). Quant au classement *Best Global Brands* 2013 d'Interbrand, il place parmi les dix premières marques *Apple* (n° 1), *Google* (n° 2), *IBM* (n° 4), *Microsoft* (n° 5), *Samsung* (n° 8), *Intel* (n° 9).

1402. Cf. N. Binctin, *Le capital intellectuel*, Litec, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 2007.

1403. Cf. C. Geiger (dir.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, coll. « CEIPI », 2013.

1404. Cons. const. 8 janv. 1991, n^o 90-283 DC, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, comm. 1, M. Vivant et comm. 26, s. Alma-Delette (à propos du droit de marque) ; *cf.* également Cons. const. 29 juill. 2004, *CCE* 2004, comm. 108, C. Caron ; *Propri. intell.* 2005, n^o 15, p. 225, note J.-M. Bruguière ; Cons. const. 10 juin 2009, n^o 2009-580 DC, *JCP* 2009, II, 101, note J.-P. Feldman ; *LPA* 2009, n^o 125, p. 7, note F. Chaltiel ; *D.* 2009. 1770, note J.-M. Bruguière ; *D.* 2010. 2045, obs. L. Marino ; *RTD civ.* 2009. 754, obs. T. Revet ; *RTD com.* 2009. 730, note F. Pollaud-Dulian ; *RSC* 2010. 415, obs. A. Cappello (à propos du droit d'auteur).

1405. CEDH 11 janv. 2007, *JCP E* 2007. 1409 (à propos des marques), note A. Zollinger ; *CCE* 2007, comm. 67, C. Caron ; *Propri. intell.*, janv. 2007, n^o 22, p. 103, note X. Buffet-Delmas ; V. également CEDH, gr. ch., 11 janv. 2007, *Anheuser-Busch Inc. c./Portugal*, *JCP E* 2007, 1409, note A. Zollinger ; *CCE* 2007, comm. 67, note C. Caron ; et la chronique de C. Caron, *JCP* 2008, I, 158 ; CEDH 18 sept. 2007 (à propos des noms de domaine), *CCE* 2008, comm. 88, C. Caron ; CEDH 29 janv. 2008 (à propos du droit d'auteur), *CCE* 2008, comm. 76, C. Caron ; *RTD com.* 2008. 732, note F. Pollaud-Dulian ; *JCP E* 2008. 1934, obs. A. Zollinger.

1406. Cons. const. 27 juill. 2006, n^o 2006-540 DC, *JO* 3 août 2006, p. 11541 ; *D.* 2006. 2157, obs. C. Castets-Renard ; *RTD civ.* 2006. 791, obs. T. Revet ; *Légipresse* 2006, p. 129, note L. Thoumyre.

1407. V. ss 925-928.

1408. En ce sens, cf. F. Zénati et T. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n^o 85 : « il n'est plus possible de soutenir sérieusement que les propriétés intellectuelles ne sont pas de véritables propriétés ». V. également s. Alma-Delette, « La nature juridique des droits de propriété intellectuelle », in J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et A. Robin (dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 25 ; V. Bonnet, « La durée de la propriété », *RRJ* 2002-1, p. 273 ; A. Chavanne, J.-J. Burst, J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7^e éd., 2012, n^o 25 ; J.-M. Mousseron, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges dédiés à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 278 ; J. Raynard et T. Revet, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 281 ; J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 11 ; N. Binctin, « Les biens intellectuels, contribution à l'étude des choses », *CCE* 2006, étude 14 : « les biens intellectuels, objets éventuellement d'une appropriation par les propriétés intellectuelles, sont soumis au droit commun des biens. [...] Le droit commun de la propriété s'applique, *ipso jure*, en tant que droit commun ».

1409. Cf. G. Brunaux, « État des lieux de la réglementation des contenus numériques : ne faudrait-il pas légiférer ? », *CCE* 2012, étude 16 ; C. Le Goffic, « Activités numériques et propriété intellectuelle », *RLDI* 2014/102, n° 3406.

141. Besançon, 20 oct. 2000, *CCE* 2001, comm. n^o 6, note J.-Ch. Galloux ; *Defrénois* 2002. 1394, obs. A. Raynouard. Pourvoi rejeté par Civ. 2^e, 30 avr. 2003, *Bull. civ. II*, n^o 118. Dans le même sens, Civ. 2^e, 28 févr. 2006, n^o de pourvoi 04-15406, *Bull. civ. II*, n^o 51.

1410. V. ss 463-467 et v. ss 631-637.

1411. Cf. F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, coll. « CEIPI », 2011 ; V. Varnerot, « La propriété littéraire et artistique en réseau », *CCE* 2013, étude 4.

1412. Sur ce point, v. E. Treppoz, « L'adaptation des exceptions du droit d'auteur numérique : vers une recherche d'alignement », *CCE* 2010, étude 14 ; D. Olivennes, *L'avenir de la propriété intellectuelle*, Carnets des dialogues du matin, Institut Diderot, 2013.

1413. V. not. l'ouvrage *Contrefaçon sur Internet – les enjeux du web 2.0*, Litec, 2009.

1414. Cf. la définition proposée par J. Fleutiaux, « Web 2.0 et contrefaçon de droit d'auteur : de nouveaux outils pour de nouveaux usages », in *Contrefaçon sur Internet – les enjeux du web 2.0*, Litec, 2009, p. 7 ; Pour un panorama des sites et plateformes de partage, cf. H. Bitan, *Droit des créations immatérielles*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2010, n° 191.

1415. *Cf.* le panorama proposé par J. Fleutiaux, réf. *supra*, dont on résume ici les grands traits.

1416. *Cf.* le rapport « Stratégies d'accès aux œuvres dématérialisées », Rapport de la HADOPI, nov. 2013.

1417. Sur la métaphore du piratage, v. F. Macrez, « De la piraterie : brèves remarques sur une métaphore endormie », in C. Geiger et C. Rodà (dir.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, coll. CEIPI, 2014, p. 221, et L. Marino, « Piratage », *op. cit.*, p. 233.

1418. V. C. Le Goffic et A. Vivès-Albertini, « L'impression 3D et les droits de propriété intellectuelle », *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 24 ; C. Le Stanc, « Impression en 3D et propriété intellectuelle », *JCP E* 2013. 1446 ; *Propri. ind.* 2013, alerte 70 ; et G. Courtois, « L'impression 3D : chronique d'une révolution juridique annoncée », *RLDI* 2013/99, n° 3302.

1419. G. Champeau, « Dassault prépare-t-il un monde 3D en P2P et en Creative Commons ? », article paru sur le site < Numerama > le 27 juin 2007.

142. Soc. 17 mai 2006, n^o 04-46706.

1420. *Cf.* L.-M. Duong, « Les sources du droit d'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.* 2010. 783.

1421. Loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JORF* n^o 143, 22 juin 2004, p. 11168.

1422. Cons. const. 10 juin 2009, n^o 2009-580 DC, préc. V. ss 536.

1423. Art. premier alinéa 2.

1424. Cf. E. Dreyer, « La liberté d'expression comme “droit” concurrent », *RLDI* 2009/49, n^o 1635 ; J. Lesueur, « Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles », *CCE* 2008, étude 15 ; L. Marino, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP* 2010. 829 ; C. Geiger, « L'utilisation jurisprudentielle des droits fondamentaux en Europe en matière de propriété intellectuelle : quel apport ? Quelles perspectives ? », in C. Geiger (dir.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, coll. « CEIPI », 2013, p. 193.

1425. Cf. C. Geiger, « Marques et droits fondamentaux », in C. Geiger et J. Schmidt-Szalewski (dir.), *Les défis du droit des marques au XXI^e siècle*, Litec, coll. « CEIPI », 2010, p. 163 ; pour un éclairage en droit comparé, cf. L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, n^o 66 à 69.

1426. On se référera, à ce sujet, aux ouvrages suivants : sur la propriété intellectuelle : L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013 ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2^e éd., 2012 ; G. Blanc-Jouvan, *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert, 2011 ; J.-M. Bruguière, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2^e éd., 2011 ; P. Tafforeau et C. Monnerie, *Droit de la propriété intellectuelle : propriété littéraire et artistique, propriété industrielle, droit international*, Gualino, 3^e éd., 2012 ; C. Alleaume et N. Craipeau, *Propriété intellectuelle*, Montchrestien, 2010 ; sur la propriété littéraire et artistique : A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schoettler, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012 ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2013 ; sur la propriété industrielle (au sens large) : A. Chavanne, J.-J. Burst, J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7^e éd., 2012 ; J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2^e éd., 2009, et t. 2, 2013 ; F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, Economica, 2011 ; H. Gaumont-Prat, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 3^e éd., 2013 ; C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012 ; N. Dreyfus, *Marques et Internet*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2011.

1427. *JO* 3 juill. 1992.

1428. Directive n^o 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *JOCE* L 122, 17 mai 1991, p. 42.

1429. *JOUE* L 111, 5 mai 2009, p. 16.

143. Cf. A. Penneau, « La forme et la preuve du contrat électronique », *in* J. Rochfeld (dir.), *L'acquis communautaire. Le contrat électronique*, Economica 2010, p. 256 s. V. ss 52 s.

1430. Directive n^o 92/100/CEE du Conseil du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, *JOUE* L 346, 27 nov. 1992, p. 61.

1431. *JOUE* L 376, 27 déc. 2006, p. 28.

1432. Directive n^o 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, *JOCE* L 248, 6 oct. 1993, p. 15.

1433. Directive n^o 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, *JOCE* L 290, 24 nov. 1993, p. 9.

1434. *JOUE* L 372, 27 déc. 2006, p. 12. Cette directive a mis le droit de l'Union en conformité avec deux traités dits « Internet » de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur et les droits voisins.

1435. *JOUE* L 265, 11 oct. 2011, p. 1.

1436. Directive n^o 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE* L 77, 27 mars 1996, p. 20.

1437. Directive n^o 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles, *JOUE* L 289, 28 oct. 1998, p. 28.

1438. Directive n^o 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOCE* L 167, 22 juin 2001, p. 10.

1439. Directive n^o 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, *JOCE* L 72, 13 oct. 2001, p. 32.

144. Proposition de règlement sur « l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur », 4 juin 2012, préc.

1440. Directive n^o 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *JOCE* L 195, 2 juin 2004, p. 16.

1441. Directive n^o 2012/28 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, *JOUE* L 299, 27 oct. 2012, p. 5.

1442. Directive n^o 2014/26 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur les œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur, *JOUE* L 84, 20 févr. 2012, p. 72.

1443. *Cf. s.* Carré, « Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union », in C. Geiger (dir.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, coll. « CEIPI », 2013, p. 1.

1444. C. Geiger, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2012, dossier 2.

1445. COM (2011) 427 final.

1446. Cf. C. Castets-Renard, « La réforme du droit d'auteur en Europe : vers un code européen ? », *D.* 2012. 955 ; N. Binctin, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », in *Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, 2010, p. 51 ; T. Azzi, « Le projet de code européen du droit d'auteur : une étrange idée », *D.* 2012. 1193 ; T. Azzi, V.-L. Bénabou, A. Bensamoun, N. Martial-Braz, É. Treppoz et C. Zolynski, « Que penser du projet de Code global européen du droit d'auteur ? », *LPA* 29 juin 2012, n^o 130, p. 55 ; V.-L. Bénabou, « La codification de la propriété intellectuelle », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle*, Litec, coll. « IRPI », 2013, p. 141, et spéc. p. 156-162.

1447. M.-A. Chardeaux, « Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité », *CCE* 2011, étude 10.

1448. M. Berguig, P. Galinier et s. Madeleine, « Propriété intellectuelle : tablettes : révolution des usages, (r)évolution des droits de propriété intellectuelle ? », *RLDI* 2011/71, n^o 2369.

1449. M.-A. Chardeaux, art. préc. ; *cf.* égal. C. Caron, « Les exceptions au monopole : zone de turbulences du droit d'auteur », *JCP* 2013, n° 16, 431.

145. Dir. 1999/93/CE, 13 déc. 1999, préc.

1450. Loi n^o 2009-669, *JO* n^o 135, 13 juin 2009, p. 9666.

1451. Loi n^o 2009-1311, *JO* n^o 251, 29 oct. 2009, p. 18290.

1452. Loi n^o 2011-590, *JO* n^o 124, 28 mai 2011, p. 9234.

1453. Loi n^o 2011-1898, *JO* n^o 295, 21 déc. 2011, p. 21546.

1454. Loi n^o 2012-287, *JO* n^o 53, 2 mars 2012, p. 3986.

1455. Cf. V.-L. Bénabou, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 140.

1456. Un éventuel dépôt à titre de marque ne saurait à lui seul, en l'absence de tout élément justifiant d'un processus de création, conférer au déposant la qualité d'auteur : Paris, 12 oct. 2013, *RLDI* 2013/3243, obs. L. Costes.

1457. Paris, 6 avr. 2012, inédit, RG n^o 11/06514.

1458. Pour un dépôt auprès de l'Agence des dépôts numériques : Paris, 27 févr. 2013, *Propriété intellectuelle* 2013, n^o 47, p. 188, obs. A. Lucas.

1459. Cf., sur le système *Inter Deposit Digital Number*, C. Castets-Renard, *Droit de l'Internet : droit français et européen*, Montchrestien, 2^e éd., 2012, n^o 519. Pour une illustration de ce dépôt : T. com. Paris, 30 oct. 2009, *RLDI* 2010/57, n^o 1885, note M. Trézéguet.

146. Comp. F. G. Trebulle « La réforme du droit de la preuve et le formalisme », *LPA* 2000, n^o 79, p. 10.

1460. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 1.

1461. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, p. 22.

1462. En ce sens, TGI Paris, 7 mai 2010, *RLDI* 2010/61, n^o 2002, obs. L. Costes ; *RLDI* 2010/62, n^o 2031, note J.-M. Léger ; *RLDI* 2011/71, n^o 2337, note A. Maffre-Baugé (à propos des « contacts peints » de William Klein) ; TGI Paris, 26 mai 1987, *D.* 1988. 210, obs. C. Colombet (à propos du procédé d'« emballage » des monuments par Christo).

1463. Cf. Paris, 7 janv. 2011, *RLDI* 2011/68, n^o 2224, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2011, n^o 39, p. 176, obs. J.-M. Bruguière : la *Table bleue* d'Yves Klein n'est pas un concept, une idée ou un processus de création, « mais une œuvre, définie dans ses contours et sa structure, qui met en scène une représentation de la couleur considérée ».

1464. Civ. 1^{re}, 17 oct. 2000, *Bull. civ.* I, n^o 248 ; v., pour un plan de thèse de doctorat qualifié d'œuvre originale, TGI Paris, 14 mars 2012, *RLDI* 2012/83, n^o 2770, comm. P. Mouron.

1465. Com. 29 nov. 1960, *RTD com.* 1961, obs. H. Desbois ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, n^o 6, comm. C. Fruteau ; v. aussi Civ. 1^{re}, 17 juin 2003, *CCE* 2003, comm. 80, C. Caron ; Civ. 1^{re}, 16 janv. 2013, *CCE* 2013, comm. 40, C. Caron.

1466. Cf. J. Castelain et C. Caron, « Les formats d'œuvres audiovisuelles : une protection suffisante ? », *RLDI* 2008/40, n^o 1346.

1467. Com. 29 nov. 1960, préc.

1468. Com. 7 févr. 1995, *JCP* 1995. II. 22411, note Ph. le Tourneau.

1469. V. not. Ph. le Tourneau, « Folles idées sur les idées », *CCE* 2001, chron. 4 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 40-41 ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 71.

147. Sur ce texte et son importance en droit des contrats, v. ss 102.

1470. TGI Nanterre, 1^{er} mars 1995, *RIDA* 1996, n^o 167, p. 181 : banalité de l'idée de projeter des personnages du Moyen-Âge dans le monde contemporain (« Les Visiteurs ») ; Paris, 27 juin 2001, *RIDA* 2002, n^o 192, p. 426 : banalité du thème de l'enfant surgissant dans la vie d'un adulte, froid et solitaire, qui finit par s'attacher à lui ; Paris, 30 mars 2011, *RLDI* 2011/71, n^o 2343, obs. L. Costes : absence d'originalité d'un concept de jeu télévisuel interactif.

1471. Paris, 8 sept. 2004, *CCE* 2004, comm. 136, C. Caron : originalité d'un personnage de fiction.

1472. TGI Paris, 30 avr. 2003, *RIDA* 2003, n^o 197, p. 319.

1473. Paris, 29 avr. 2011, *RLDI* 2011/72, n^o 2377, obs. M. Trézéguet.

1474. Paris, 13 mars 1986, *Gaz. Pal.* 1986. 1, p. 238 ; *D.* 1987. 150, obs. C. Colombet.

1475. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, *Bull. civ.* I, n^o 258 ; *D.* 2008, act. 2933, obs. J. Daleau ; *D.* 2009. 263, note B. Edelman ; *D.* 2009. 266, note E. Treppoz.

1476. Paris, 27 mars 1998, *D.* 1999. 417, note B. Edelman.

1477. TA Paris, 10 juill. 2003, *RIDA* 2004, n^o 201, p. 321.

1478. *Cf.* Ph. le Tourneau, « Folles idées sur les idées », *CCE* 2001, chron. 4.

1479. Dans le même sens, C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 71.

148. *Ibid.*

1480. Paris, 10 oct. 2003, *CCE* 2004, comm. 14, C. Caron.

1481. Cf. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 42.

1482. Civ. 1^{re}, 6 mars 1979, *Bull. civ. I*, n^o 82 ; *RTD com.* 1979. 462, obs. Françon ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, préc., n^o 9, comm. A. Maffre-Baugé.

1483. Civ. 1^{re}, 6 mars 1979, préc. ; Cass., ass. plén., 7 mars 1986, *D.* 1986. 405, note B. Edelman ; *JCP E* 1986. II, n^o 14713, obs. J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant ; *JCP E* 1986. I, n^o 297-298, note T. Bonneau ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, préc., n^o 9, comm. A. Maffre-Baugé.

1484. TASS Paris, 10 juill. 2003, *RIDA* 2004, n^o 201, p. 321.

1485. Crim. 21 juin 2000, *RIDA* 2001, n^o 187, p. 273 ; *CCE* 2001, comm. 85, C. Caron ;
D. 2001. Somm. 2552, obs. P. Sirinelli ; *LPA* 2001, n^o 127, p. 15, obs. E. Treppoz.

1486. *Cf.* not. Paris, 20 nov. 1996, *JCP* 1997, II, n^o 22937, obs. F. Pollaud-Dulian ; Paris, 4 mars 1982, *D.* 1983. 93, obs. C. Colombet.

1487. TGI Strasbourg, 16 nov. 2001, *RIDA* 2002, n^o 192, p. 463.

1488. Paris, 29 oct. 2003, *CCE* 2004, comm. 37, C. Caron.

1489. Art. 6 de la directive n^o 2006/116/CE du 12 déc. 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (*JOUE* L 372, 27 déc. 2006, p. 12) : « les photographies qui sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées ».

149. Fort-de-France, ch. civ., 14 déc. 2012, n^o 12/00311, *CCE* 2013, comm. 60, note E. Caprioli.

1490. Art. 3 § 1 de la directive n^o 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (*JOCE* L 77, 27 mars 1996, p. 20). V. ss 661-665.

1491. Art. 1 § 3 de la directive n^o 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (*JOUE* L 111, 5 mai 2009, p. 16). V. ss 621.

1492. C. Caron, note sous CJUE 4 oct. 2011, *Premier League*, aff. C-403/08 et C-429/08, *CCE* 2011, comm. 110.

1493. CJUE 16 juill. 2009, *Infopaq*, aff. C-5/08, *Propri. intell.* 2009, n^o 33, p. 378, obs. V.-L. Benabou ; *JCP* 2009, II, 272, note L. Marino ; *CCE* 2009, comm. 97, C. Caron.

1494. Paris, 24 févr. 2012, *Propri. intell.* 2012, n^o 44, p. 324, note J.-M. Bruguière.

1495. CJUE 1^{er} déc. 2011, *Painer c./A. Springer et al.*, aff. C-145/10, *D.* 2012. 471, note N. Martial-Braz ; *CCE* 2012, comm. 26, C. Caron ; *RLDI* 2012/78, n^o 2589, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 30, note A. Lucas ; *RTD com.* 2012. 109, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2837, obs. P. Sirinelli. Cf. B. Michaux, « L'originalité en droit communautaire après l'arrêt *Infopaq* », *RLDI* 2011/70, n^o 2333.

1496. *Cf.* Paris, 17 déc. 2008, *RLDI* 2009/46, n^o 1506, obs. L. Costes.

1497. Paris, 8 sept. 2006, *RIDA* 2007, n^o 211, p. 386.

1498. CJUE 16 juill. 2009, *Infopaq*, aff. C-5/08, préc., spéc. pt. 38.

1499. Com. 28 janv. 2003, *RIDA* 2003, n^o 196, p. 421

15. X. Lagarde, art. préc., p. 38.

150. TI Épinal, 12 déc. 2011, n^o 11-11-000080, *CCE* 2013, comm. n^o 47, note E. Caprioli.

1500. Versailles, 27 mai 2004, *RIDA* 2005, n^o 203, p. 278.

1501. Cass., ass. plén., 7 mars 1986, préc. ; solution réitérée par Civ. 1^{re}, 17 oct. 2012, *RLDI* 2012/88, n^o 2934, obs. P.-D. Cervetti ; *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 45, obs. A. Lucas. Sur les logiciels, v. ss 621.

1502. V. ss 661-665.

1503. Civ. 1^{re}, 2 mai 1989, *Bull. civ.* I, n^o 180 ; *JCP* 1990. II. 21392, note A. Lucas ; *JCP E* 1990. II. 15751, obs. M. Vivant et A. Lucas ; *RTD com.* 1989. 675, note A. Françon ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, préc., n^o 9, comm. A. Maffre-Baugé ; Paris, 27 juin 2001, *RIDA* 2002, n^o 192, p. 426.

1504. Paris, 18 juin 2003, *CCE* 2003, comm. 106, C. Caron.

1505. Par ex., TGI Paris, 9 nov. 2010, *RLDI* 2011/70, n^o 2293, obs. N. Walravens-Mardarescu : dans la *Table dorée* d'Yves Klein, l'utilisation des couleurs « ressort d'un choix arbitraire de l'artiste ».

1506. Paris, 28 févr. 2007, *RIDA* 2007, n^o 212, p. 150.

1507. TGI Paris, 13 avr. 2010 (2 arrêts), *CCE*, sept. 2010, comm. 84, C. Caron.

1508. Paris, 11 mai 2011, *RLDI* 2011/72, n^o 2382, obs. L. Costes ; Paris, 29 mars 2013, *PIBD* 2013, n^o 984, III, 1202.

1509. Civ. 1^{re}, 20 janv. 2004, *RIDA* 2004, n^o 200, p. 311 ; Paris, 26 juin 2013, *RLDI* 2013/96, n^o 3183, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2013, n^o 49, p. 385, obs. J.-M. Bruguière.

151. V. ss 46 s. sur les fonctions de la signature.

1510. CJUE 4 oct. 2011, *Premier League*, aff. C-403/08 et C-429/08, *CCE* 2011, comm. 110, C. Caron ; *JCP* 2011, II, 1296, note F. Buy et J.-C. Roda ; *Europe* 2011, comm. 468, L. Idot, *RTD eur.* 2012. 229, obs. A.-L. Sibony ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 51, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2011. 744, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2011. 855, note E. Treppoz ; *D.* 2012. 2840, obs. P. Sirinelli.

1511. *Cf.*, par ex., Versailles, 27 mai 2004, préc. : « une forme particulière [...] reflète la *personnalité de son auteur* dans la mesure où elle caractérise l'existence d'un *effort créateur* ».

1512. Crim. 5 févr. 2008, *RIDA* 2008, n^o 216, p. 451 ; *CCE* 2008, comm. 33, C. Caron ; *RLDI* 2008/35, n^o 1166, obs. L. Costes ; *RLDI* 2008/37, n^o 1130, obs. J. Aittouares ; *Propriété intell.* 2008, n^o 28, comm. G. Corman, C. Flourens et V. Ulmann.

1513. V. ss 393.

1514. T. com. Paris, 10 janv. 2008, *RLDI* 2008/38, n^o 1133, note J.-B. Auroux ; *RLDI* 2008/39, n^o 1288, note J.-M. Léger ; *Propri. intell.* 2008, n^o 28, p. 318, note J.-M. Bruguière.

1515. Paris, 8 févr. 2013, *RLDI* 2013/91, n^o 3018, obs. L. Costes (modèle de chaussures).

1516. Pour un panorama des créations, *cf.* not. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 55 à 188.

1517. Sur le livre numérique, *cf.* not. E. Derieux, « Le livre à l'ère numérique – Questions juridiques sans réponses », *RLDI* 2010/60, n^o 1997 ; J.-M. Bruguière et V. Fauchoux, « Le livre numérique – Quel statut juridique ? », *RLDI* 2011/73, n^o 2439 ; s. Respingue-Perrin, « De l'encre à la tablette : un droit innovant pour un nouveau livre ? », *RLDI* 2012/84, n^o 2384 ; B. Barraud, « De l'imprimé au numérique – Le régime juridique des médias écrits à l'épreuve de leur dématérialisation », *RLDI* 2012/85, n^o 2874 ; J.-M. Bruguière et P. Deprez, « Les sept nouveaux chapitres du livre numérique », *Légipresse* 2013, n^o 312, p. 19.

1518. TGI Paris, 14 sept. 1994, *RIDA* 1995, n^o 165, p. 353. V. toutefois T. com. Paris, 5 févr. 2010, *RLDI* 2010/59, n^o 1946, obs. M. Trézéguet ; *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 846, obs. J.-M. Bruguière, qui accorde une protection à certaines dépêches originales.

1519. Sur la tentative de création d'un nouveau « droit voisin » permettant aux organismes de presse d'être rémunérés en contrepartie de l'indexation des contenus sur Internet, v. ss 443.

152. C. civ., art. 1316-4 al. 2.

1520. Paris, 9 nov. 2012, *D.* 2012. 2796, obs. C. Manara ; *RLDI* 2012/88, n^o 2945, obs. L. Costes ; *CCE* 2013, comm. 16, V. Pironon (arrêt cassé quant à la concurrence déloyale par Com., 4 févr. 2012, n^o 13-100.39).

1521. Limoges, 15 juin 2006, *RIDA* 2006, n^o 208, p. 281.

1522. Paris, 24 sept. 2008, *CCE* 2009, comm. 25, A. Debet ; *Expertises* 2009, n^o 337, p. 235.

1523. P. ex., Paris, 28 mars 2014, *RLDI* 2014/103, n° 3419, obs. L. Costes (originalité de la combinaison de citations et emprunts dans un article de presse).

1524. Paris, 21 mars 2007, *RIDA* 2007, n^o 213, p. 376.

1525. V. ss 386, à propos des œuvres musicales créées par ordinateur.

1526. Par ex., Civ. 1^{re}, 26 sept. 2012, *RLDI* 2012/86, n^o 2879, obs. L. Costes ; Paris, 17 févr. 2006, *Expertises* 2007, n^o 316, p. 266, obs. M. Lecardonnel ; TGI Paris, 25 janv. 2013, *RLDI* 2013/93, n^o 3081, obs. L. Costes.

1527. En ce sens, C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 131 ; C. Manara, « D'autres domaines du nom de domaine », *CCE* 2001, chron. 16 ; C. Bou Khater, « Nom de domaine dans la sphère de la propriété littéraire et artistique ? », *RLDI* 2006/16, n^o 484.

1528. Paris, 30 nov. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2595, obs. L. Costes ; *PIBD* 2012, n^o 955, III, 106 : « à supposer démontré que l'expression “2xmoinscher.com” puisse être regardée comme le titre du site Internet de la société Trokers présentant en lui-même un caractère original [...] ».

1529. *Cf.*, par analogie, TGI Nanterre, 20 sept. 2000, *CCE* 2001, comm. 27, C. Caron, qui a qualifié de contrefaçon du titre « Écran Noir » l'usage des noms de domaine « Ecran-noir.com », « Ecrannoir.com », « Ecran-noir.org », « Ecrannoir.org », « Ecran-noir.net » et « Ecrannoir.net ».

153. Proposition de règlement sur « l'identification électronique... », 4 juin 2012, préc.

1530. *Cf.* Paris, 30 nov. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2595, obs. L. Costes ; *PIBD* 2012, n^o 955, III, 106, qui rejette l'action en concurrence déloyale, au motif que le défendeur qui avait imité le titre d'un site web n'avait lui-même élaboré aucun site Internet.

1531. Paris, 21 janv. 2011, *RLDI* 2011/69, n^o 2262, obs. M. Trézéguet. Sur l'originalité des *samples*, cf. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schoettler, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n^o 333.

1532. V. *infra*, Chapitre 2.

1533. Cf. J. Larrieu, « Les robots et la propriété intellectuelle », *Propri. ind.* 2013, étude 1.

1534. Bordeaux, 31 janv. 2005, *CCE* 2005, comm. 85, C. Caron.

1535. Paris, 28 janv. 2004, *Propri. intell.* 2004, n^o 11, p. 643, obs. P. Sirinelli ; CE 27 avr. 2011, *JCP* 2011. 872, note J. Antippas ; *RLDI* 2011/72, n^o 2373, obs. L. Costes.

1536. Pour des exemples de cours dépourvus d'originalité : Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, *RTD com.* 2009. 121, note F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2009, II, n^o 10204, note G. Loiseau ; *CCE* 2009, comm. 1, C. Caron ; *RLDI* 2009/45, n^o 1473, note G. Galan ; Crim. 18 oct. 2011, *CCE* 2012, comm. 28, C. Caron ; *RLDI* 2012/80, n^o 2667, note M. Trézéguet. *Cf.* également s. Durrande, « Internet et les professeurs d'université », *Propri. intell.* 2002, n^o 4, p. 21.

1537. Paris, 8 juill. 1971, *RIDA* 1973, n^o 75, p. 134 ; *RTD com.* 1973. 100, note H. Desbois.

1538. V. *infra*, Chapitre 2.

1539. *Cf.* Paris, 19 mai 2010, *Propriété intellectuelle*, 2010, n° 36, p. 847, obs. J.-M. Bruguière (photographies destinées à être téléchargées sur des téléphones portables).

154. *Ibid.*

1540. Soc. 24 avr. 2013, n^o 10-16063 et n^o 10-30676, *Propri. intell.* 2013, n^o 48, p. 286, obs.
A. Lucas.

1541. CJUE 1^{er} déc. 2011, *Painer c./A. Springer et al.*, aff. C-145/10, *D.* 2012. 471, note N. Martial-Braz ; *CCE* 2012, comm. 26, C. Caron ; *RLDI* 2012/78, n^o 2589, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 30, note A. Lucas ; *RTD com.* 2012. 109, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2837, obs. P. Sirinelli ; v. également Paris, 20 févr. 2008, *RIDA* 2008, n^o 218, p. 504.

1542. Riom, 14 mai 2003, *CCE* 2003, comm. 117, C. Caron ; *D.* 2003. 2754, obs. P. Sirinelli ; *JCP E* 2004, 1770, obs. P. Gaudrat et A. Lallement.

1543. Paris, 11 mai 2012, *RLDI* 2012/83, n^o 2776, obs. L. Costes.

1544. Paris, 5 déc. 2007, *RIDA* 2008, n^o 216, p. 499.

1545. CAA Nancy, 19 mars 2009, *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 262, note A. Lucas.

1546. P. ex., Paris, 26 sept. 2001, *Propri. intell.* 2002, n° 3, p. 46, note P. Sirinelli ; *CCE* 2002, comm. 18, C. Caron (originalité de la photographie d'une œuvre de Picasso) ; en sens contraire, Paris, 6 avr. 2005, *Propri. intell.* 2005, n° 16, p. 336, obs. A. Lucas.

1547. Civ. 1^{re}, 16 mai 2012, *RLDI* 2012/83, n^o 2774, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2012, n^o 44, p. 341, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2012. 551, obs. ; F. Pollaud-Dulian (omission du visa des articles L. 131-3 et L. 131-6 rectifiée par Civ. 1^{re}, 26 sept. 2012, n^o 11-11810).

1548. P. ex., Paris, 7 mars 2014, *RLDI* 2014/103, n° 3418 (originalité de dessins modélisant des villes à partir de photographies).

1549. Civ. 1^{re}, 3 nov. 1993, *D.* 1994. Somm. 91, obs. C. Colombet.

155. Dans la proposition de règlement du 4 juin 2012 sur « l'identification électronique... », préc., à l'art. 3, 6, la signature électronique est définie comme « des données sous forme électronique, qui sont jointes ou associées logiquement à d'autres données électroniques et que le signataire utilise pour signer ; » à l'art. 3, 7, la « signature électronique avancée » est définie comme une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes :

« (a) être liée uniquement au signataire ;

(b) permettre d'identifier le signataire ;

(c) avoir été créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif ; et

(d) être liée aux données auxquelles elle est associée de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable ; ».

Enfin la seule signature équivalente à la signature manuscrite est la signature « qualifiée » (projet de règlement art. 20) qui se définit comme : « une signature électronique avancée qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifié et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique ; » (projet de règlement, art. 3, 8).

1550. *Cf.*, à propos de la création de fichiers 3D, C. Le Goffic et A. Vivès-Albertini, « L'impression 3D et les droits de propriété intellectuelle », *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 24.

1551. Paris, 24 févr. 2010, *Prop. intell.* 2010, n° 35, p. 708, obs. A. Lucas (modèles numériques 3D d'avions réalisés à partir de photographies).

1552. TGI Paris, 8 oct. 2010, *Propri. intell.* 2011, n^o 38, p. 83, obs. J.-M. Bruguière ; jugement confirmé par Paris, 6 juin 2012, *RLDI* 2012/84, n^o 2817, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 392, obs. A. Lucas.

1553. Sur le sujet, v. N. Mallet-Poujol, *La création multimédia et le droit*, Litec, 2^e éd., 2003 ; B. Edelman, « L'œuvre multimédia : un essai de qualification », *D.* 1995, chron. 109 ; P.-Y. Gautier, « Les œuvres multimédia en droit français », *RIDA* 1994, n^o 160, p. 91.

1554. Paris, 28 avr. 2000, *CCE* 2000, comm. 86, C. Caron.

1555. Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, *D.* 2003. 1688, obs. F. Sardain ; *CCE* 2003, comm. 35, C. Caron ; *JCP E* 2004, 1099, n^o 7, obs. M. Vivant, J.-M. Bruguière et N. Mallet-Poujol ; *Propriété intell.* 2003, n^o 7, p. 159, note P. Sirinelli.

1556. Cf. A. Robin, « Université numérique et créations immatérielles : l'enseignement en mode e-learning », *Propriété intellectuelle*, 2010, n° 36, p. 833.

1557. Crim. 21 juin 2000, *RIDA* 2001, n^o 187, p. 273 ; *CCE* 2001, comm. 85, C. Caron ; *D.* 2001. Somm. 2552, obs. P. Sirinelli ; *LPA* 2001, n^o 127, p. 15, obs. E. Treppoz (assimilation des œuvres multimédia aux logiciels).

1558. Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, préc. ; Paris, 20 sept. 2007, *CCE* 2008, comm. 51, C. Caron.

1559. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 178.

156. *JO* n^o 77, 31 mars 2001 p. 5070. H. Bitan, « Un décret fixe les conditions de fiabilité de la signature électronique », *CCE* 2001, Chron. n^o 19 ; L. Jacques, « Le décret n^o 2001-272 du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique », *JCP* 2001. Actu. 160 ; I. de Lamberterie, J.-F. Blanchette, « Le décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique : lecture critique, technique et juridique », *JCP E* 2001, p. 1269.

1560. TGI Paris, 30 janv. 2002, *Propri. intell.* 2002, n^o 5, p. 117, comm. E. Logeais.

1561. Cass., ass. plén., 7 mars 1986, *D.* 1986. 405, note B. Edelman ; *JCP E* 1986, II, n^o 14713, obs. J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant ; *JCP E* 1986, I, n^o 297-298, note T. Bonneau ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, préc., n^o 9, comm. A. Maffre-Baugé.

1562. *Cf.* I. Meyer, « Le casse-tête du statut juridique adapté au jeu vidéo », *RLDI* 2011/71, n^o 2366 ; F. Valentin et X. Près, « Le casse-tête des jeux en droit d'auteur », *RLDI* 2012/80, n^o 2696.

1563. Crim. 21 juin 2000, préc.

1564. Paris, 20 sept. 2007, *RIDA* 2008, n^o 216, p. 486.

1565. Civ. 1^{re}, 25 juin 2009, *RIDA* 2009, n^o 221, p. 509 ; *CCE* 2009, comm. 76, C. Caron ; *D.* 2009. Somm. 1819, obs. J. Daleau ; *Propri. intell.* 2009, n^o 33, p. 366, obs. J.-M. Bruguière ; *RTD com.* 2009. 710, obs. F. Pollaud-Dulian. V., sur cet arrêt, le dossier spécial « Jeu vidéo et multimédia », *RLDI* 2009/52, p. 88 à 103.

1566. Paris, 26 sept. 2011, *RLDI* 2011/76, n^o 2507, obs. L. Costes ; TGI Paris, 30 sept. 2011, *RLDI* 2011/77, n^o 2548, obs. L. Costes ; *Propr. intell.* 2012, n^o 42, p. 21, obs. J.-M. Bruguière.

1567. CJUE, 23 janv. 2014, *Nintendo*, aff. C-555/12, *RLDI* 2014/101, n° 3342, obs. L. Costes ; *RLDI* 2014/102, n° 3402, obs. B. Galopin, et n° 3403, obs. A. Lefèvre ; *CCE* 2014, comm. 26, C. Caron.

1568. I. Meyer, « Les propositions de la mission parlementaire « Martin-Lalande » : les prémices d'une solution », *RLDI* 2012/80, n^o 2698.

1569. Paris, 12 oct. 2005, *CCE* 2006, comm. 124, C. Caron.

157. *JO* 19 avr. 2002, p. 6944 ; *CCE* 2002, comm. n^o 101, L. Grynbaum ; A. Penneau, « La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques », *D.* 2002. Chron. 2065.

1570. Cf. J. Larrieu, *Droit de l'Internet*, Ellipses, 2^e éd., 2010, p. 95.

1571. Paris, 12 janv. 2005, *RLDI* 2005/2, n^o 52, obs. L. Costes.

1572. V. également TGI Paris, 25 avr. 2007, *RLDI* 2008/35, n^o 1170, obs. J.-B. Auroux ; T. com. Paris, réf., 6 juill. 2011, *Propri. ind.* 2011, comm. 76, J. Larrieu.

1573. Paris, 24 sept. 2008, *CCE* 2009, comm. 25, A. Debet ; *Expertises* 2009, n^o 337, p. 235 ; T. com. Paris, 22 juin 2012, *RLDI* 2012/85, n^o 2852, obs. M. Trézéguet.

1574. T. com. Paris, 9 févr. 1998, *Expertises* 1998, n^o 17, p. 236, note J. Bertrand.

1575. TGI Paris, 29 mai 2001, *Gaz. Pal.* 24 janv. 2002, n^o 24, p. 43, note D. Walon.

1576. Par ex. T. com. Paris, 30 oct. 2009, *RLDI* 2010/57, n^o 1885, note M. Trézéguet ; Paris, 6 avr. 2012, *inédit*, RG n^o 11/06514.

1577. Paris, 29 mars 2013, *PIBD* 2013, n^o 984, III, 1202.

1578. Paris, 20 déc. 2013, *RLDI* 2014/101, n° 3348, obs. L. Costes.

1579. Aix-en-Provence, 3 sept. 2009, *Propriété ind.* 2009, comm. 69, J. Larrieu (infirmant T. com. Nice, 21 avr. 2008, *Propriété ind.* 2008, comm. 50, J. Larrieu). V. également Crim. 19 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2164, obs. M. Trézéguet.

158. Arr. 31 mai 2002 : *JO* 8 juin 2002, p. 10223 ; *CCE* 2002, comm. 117, obs. L. Grynbaum. F. Coupez, C. Gailliègue, « Vers une signature électronique juridiquement maîtrisée, À propos de l'arrêté du 31 mai 2002 », *CCE* 2002, Chron. n^o 25.

1580. Paris, 30 nov. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2595, obs. L. Costes ; *PIBD* 2012, n^o 955, III, 106.

1581. Paris, 12 oct. 2005, *CCE* 2006, comm. 123, C. Caron.

1582. Paris, 7 avr. 2004, *CCE* 2004, comm. 90, C. Caron ; TGI Paris, 28 mai 2009, *RLDI* 2009/52, n^o 1706, comm. P. Vivant ; *Expertises* 2010, n^o 343, p. 22, obs. A. Mendoza-Caminade ; Paris, 25 sept. 2013, *RLDI* 2013/98, n^o 3246, obs. L. Costes.

1583. Civ. 1^{re}, 12 mai 2011, *CCE* 2011, comm. 84, C. Caron ; *RLDI* 2011/74, n^o 2448, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2011, n^o 40, p. 286, note J.-M. Bruguière.

1584. V., pour un raisonnement similaire, TGI Paris, 28 mai 2009, *RLDI* 2009/52, n^o 1706, note P. Vivant.

1585. Pour la caractérisation de l'originalité du site par la cour d'appel de renvoi : Versailles, 2 juill. 2013, RG n^o 11/04954, *JurisData* n^o 2013-015948.

1586. J.-M. Bruguière, *Propri. intell.* 2011, n^o 40, p. 286. Pour une application dans le domaine des arts appliqués : Civ. 1^{re}, 14 févr. 2008, *RLDI* 2008/38, n^o 1160, obs. L. Costes.

1587. Pour un exemple de protection de la charte graphique ou « identité visuelle » : Aix-en-Provence, 6 nov. 2012, *RLDI* 2012/88, n^o 2944, obs. L. Costes.

1588. Crim. 4 nov. 2008, *CCE* 2009, comm. 11, C. Caron.

1589. Civ. 1^{re}, 6 mai 2003, *CCE* 2003, comm. 56, C. Caron ; *RTD com.* 2004. 267, obs. F. Pollaud-Dulian.

159. H. Bitan, « Un décret fixe les conditions de fiabilité de la signature électronique », *CCE* 2001, comm. n^o 19.

1590. Sur la notion, v. M.-A. Ferry-Fall, « La tentation de la dépossession : les œuvres orphelines », *RLDI* 2009/49 supp., n^o 1631.

1591. V. ss 440.

1592. Pour une application à l'auteur d'un logiciel : Paris, 27 févr. 2013, *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 188, obs. A. Lucas ; *cf.* également, pour des co-auteurs, Paris, 27 févr. 2013, *Propri. ind.* 2013, n^o 47, p. 189, obs. A. Lucas.

1593. V. not. Paris, 16 janv. et 20 févr. 2008, *Propri. intell.* 2008, n^o 28, p. 323, note A. Lucas.

1594. Trib. UE, 16 déc. 2010, *Systran*, aff. T-19/07, *Propri. intell.* 2011, n^o 39, p. 178, note A. Lucas ; *Gaz. Pal.* 2011, n^o 21-22, p. 26, obs. B. Thoré ; *D.* 2011. 455, note J.-L. Clergerie ; *Propri. ind.* 2011, comm. 52, N. Bouche (application de la « présomption légale » à une personne morale).

1595. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2007, *RIDA* 2007, n^o 214, p. 317 ; *CCE* 2007, comm. 117, C. Caron ; *Propr. intell.* 2008, n^o 26, p. 99, note A. Lucas.

1596. Civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, *Propr. intell.* 2004, n^o 11, p. 638, note P. Sirinelli.

1597. Paris, 4 mars 2009, *Propri. intell.* 2009, n^o 33, p. 368, note J.-M. Bruguière.

1598. TGI Paris, 20 déc. 2012, *RLDI* 2013/90, n^o 2993, obs. L. Costes ; *RLDI* 2013/90, n^o 3010, comm. A. Bories.

1599. Par ex., TGI Paris, 19 nov. 2008, *RIDA* 2009, n^o 220, p. 472.

16. Ph. Théry, « Les finalités du droit de la preuve en droit français », *Droits* n^o 23, 1996, p. 41 s., spéc. p. 46 à 48.

160. *Ibid.*

1600. Paris, 26 sept. 2007, *Propri. intell.* 2008, n^o 26, p. 96, note A. Lucas.

1601. Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, *RIDA* 2006, n° 207, p. 359.

1602. Civ. 1^{re}, 24 mars 1993, *JCP* 1993, II, 22085, note F. Greffe, *RTD com.* 1995. 418, obs. Françon ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, n^o 10, comm. M. Clément-Fontaine et A. Robin ; Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, *CCE* 2002, comm. 80, C. Caron, et comm. 89, P. Stoffel-Munck ; *D.* 2002. 1860, notes J.-P. Gridel et J.-P. Chazal ; Com. 2 nov. 2011, *RLDI* 2011/77, n^o 2542, obs. L. Costes ; plus récemment, Civ. 1^{re}, 4 mai 2012, *CCE* 2012, comm. 73, C. Caron ; *Propri. intell.* 2012, n^o 44, p. 326, obs. J.-M. Bruguière ; Com. 28 nov. 2012, *RLDI* 2013/89, n^o 2960, obs. L. Costes.

1603. Sur la distinction des deux présomptions, v. notamm. Paris, 2 oct. 2009, *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 632, obs. A. Lucas ; et C. de Haas, « L'imprévisible droit d'auteur », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 216.

1604. *Cf.* A. Bensamoun, « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D.* 2013. 376.

1605. Paris, 16 janv. 2009, *Propriété intellectuelle*, 2009, n° 11, p. 272, obs. A. Lucas (pourvoi rejeté par Civ. 1^{re}, 6 janv. 2011, *Propriété intellectuelle*, 2011, n° 39, p. 194, obs. A. Lucas) ; Paris, 24 juin 2009, *Propriété intellectuelle*, 2009, n° 33, p. 375, obs. A. Lucas.

1606. Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, *D.* 2012. 993, *CCE* 2013, comm. 86, C. Caron ; *Propri. intell.* 2013, n^o 48, p. 304, obs. J.-M. Bruguière (solution rendue au visa de l'art. L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle)

1607. Com. 24 oct. 2000, *CCE* 2000, comm. 123, C. Caron.

1608. Civ. 1^{re}, 16 déc. 1992, *RIDA* 1993, n^o 156, p. 193, obs. P. Sirinelli ; *JCP E* 1993, I, 246, obs. M. Vivant et A. Lucas ; Paris, 21 mars 2007, *RIDA* 2007, n^o 213, p. 376 ; Civ. 1^{re}, 12 avr. 2005, *CCE* 2005, comm. 112, C. Caron.

1609. Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, *CCE* 2002, comm. 80, C. Caron, et comm. 89, P. Stoffel-Munck ; *D.* 2002. 1860, notes J.-P. Gridel et J.-P. Chazal.

161. X. Linant de Bellefonds et A. Hollande, *Pratique du droit de l'informatique*, Delmas, 5^e éd., 2002, n^o 1730.

1610. Limoges, 15 juin 2005, *RIDA* 2006, n^o 208, p. 281.

1611. Cf. A. Mendoza, « Création de sites Internet et droit d'auteur des salariés », *Expertises*, avr. 2002, p. 144.

1612. TGI Paris, réf., 18 juill. 2000, *Gaz. Pal.* 23 janv. 2001, n^o 23, p. 42, obs. I. Matthysens.

1613. V. ss 404-405, sur les œuvres de collaboration.

1614. Crim. 19 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2164, obs. M. Trézéguet.

1615. TGI Paris, 10 nov. 2011, *Légipresse* 2012, n^o 291, p. 274 ; *RLDI* 2012/78, n^o 2953, obs. M. Trézéguet.

1616. Soc. 18 janv. 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 40, p. 289, obs. J.-M. Bruguière.

1617. V. ss 406-407.

1618. V. *infra*, Chapitre 3.

1619. Civ. 1^{re}, 12 juin 2001, *CCE* 2001, comm. 74, C. Caron ; Civ. 1^{re}, 12 avr. 2005, *CCE* 2005, comm. 112, C. Caron ; Paris, 21 mars 2007, *RIDA* 2007, n^o 213, p. 376 ; V., pour une application critiquable en raison de la qualification retenue d'œuvre collective : TGI Paris, 14 nov. 2007, *RLDI* 2008/36, n^o 1193, comm. A. Mauffre-Baugé.

162. H. Bitan, art. préc.

1620. Par ex., pour le mode d'exploitation numérique non prévu expressément : Paris, 9 juin 2009, *RLDI* 2009/51, n^o 1671, obs. M. Trézéguet ; *JCP E* 2010, 1691, obs. M.-E. Laporte-Legeais et H. Le Thi Thien ; Versailles, 7 juin 2012, *RLDI* 2012/84, n^o 2819, obs. M. Trézéguet ; Civ. 1^{re}, 3 juill. 2013, *Propri. intell.* 2013, n^o 49, p. 386, obs. A. Lucas.

1621. *Cf.* not. L. Drai, « La réforme du droit d'auteur des journalistes par la loi n^o 2009-669 du 12 juin 2009 », *CCE* 2009, étude 18 ; E. Derieux, « Loi du 12 juin 2009 – Restriction des droits d'auteur des journalistes », *RLDI* 2009/51, n^o 1698.

1622. Sur la distinction entre « titre de presse » et « famille cohérente de presse » : Paris, 18 oct. 2013, *CCE* 2014, comm. 3, C. Caron ; *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 57, obs. J.-M. Bruguière.

1623. L. Drai, « La réforme du droit d'auteur des journalistes par la loi n^o 2009-669 du 12 juin 2009 », *CCE* 2009, étude 18.

1624. Paris, 11 mai 2012, *RLDI* 2012/83, n° 2777, obs. M. Trézéguet.

1625. Civ. 2^e, 30 janv. 2014, n° 12-24145, *RLDI* 2014/102, n° 3376, obs. L. Costes :
« attendu que la cour d'appel, ayant relevé à bon droit que les dispositions nouvelles de l'article L. 132-36 précité, introduites par la loi du 12 juin 2009, qui instaurent une présomption de cession des droits des journalistes au profit de l'employeur, n'avaient pas vocation à s'appliquer aux conventions conclues antérieurement à cette date, a constaté que les articles de presse litigieux, rédigés entre janvier 2005 et avril 2009, n'avaient pas fait pas l'objet d'une convention de cession expresse autorisant leur reproduction sur de nouveaux supports, en a exactement déduit que la société Sophia publications n'était pas investie du droit de les diffuser sur le réseau Internet ».

1626. Paris, 18 oct. 2013, *CCE* 2014, comm. 3, C. Caron ; *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 57, obs. J.-M. Bruguière.

1627. Civ. 1^{re}, 18 juill. 2000, *CCE* 2000, comm. 124, C. Caron.

1628. Pour une illustration : TGI Paris, 14 nov. 2007, *RLDI* 2008/34, n^o 1133, obs. L. Costes ; *RLDI* 2008/36, n^o 1193, comm. A. Maffre-Baugé.

1629. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 699.

163. *Ibid.*

1630. *Ibid.*

1631. Montpellier, 18 sept. 2001, *JCP E* 2003, n^o 21-22, p. 898, obs. M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière (collaboration entre un informaticien et un médecin) ; Paris, 27 févr. 2013, *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 189, obs. A. Lucas (collaboration entre un informaticien et un linguiste).

1632. Civ. 1^{re}, 23 févr. 2012, *RLDI* 2012/81, n^o 2703, obs. M. Trézéguet ; Paris, 27 févr. 2013, *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 188, obs. A. Lucas ; Civ. 1^{re}, 19 févr. 2014, n^o 12-17935 et 12-19714.

1633. TGI Paris, 30 janv. 2002, *Propri. intell.* 2002, n^o 5, p. 117, comm. E. Logeais.

1634. Paris, 2 avr. 2004, *Propri. intell.* 2004, n^o 12, p. 766, obs. A. Lucas. V. également Paris, 20 sept. 2007, *RLDI* 2008/34, n^o 1130, obs. Z. Azzabi ; Paris, 26 sept. 2011, *RLDI* 2011/76, n^o 2507, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/79, n^o 2624, comm. A.-S. Lampe.

1635. TGI Paris, 30 sept. 2011, *RLDI* 2011/77, n^o 2548, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 21, obs. J.-M. Bruguière.

1636. Paris, 20 sept. 2007, *RLDI* 2008/34, n° 1130, obs. Z. Azzabi ; TGI Paris, 30 sept. 2011, *RLDI* 2011/77, n° 2548, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2012, n° 42, p. 21, obs. J.-M. Bruguière.

1637. Civ. 1^{re}, 10 mai 1995, *D.* 1995. 115, note B. Edelman ; Paris, 14 févr. 2001, *CCE* 2001, comm. 25, C. Caron ; Civ. 1^{re}, 12 mai 2011, *RTD com.* 2011. 543, note F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2011, n° 40, p. 290, obs. A. Lucas.

1638. Civ. 1^{re}, 11 déc. 2013, *D.* 2014. 8 ; *RLDI* 2014/100, n° 3311, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 63, obs. A. Lucas ; *CCE* 2014, comm. 24, C. Caron.

1639. Civ. 1^{re}, 19 déc. 2013, n° 12-26.409, *JCP* 2014, p. 561, obs. C. Caron.

164. *Ibid.*

1640. Paris, 13 déc. 2013, *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 63, obs. A. Lucas.

1641. Paris, 27 juin 2012, *RLDI* 2012/85, n^o 2850, obs. L. Costes.

1642. Paris, 18 mai 2011, *RLDI* 2011/72, n^o 2378, obs. M. Trézéguet.

1643. TGI Paris, 14 nov. 2007, *RLDI* 2008/36, n^o 1193, comm. A. Mauffre-Baugé.

1644. Versailles, 18 nov. 1999, *CCE* 2000, comm. 16, note C. Caron ; TGI Paris, 28 janv. 2003, *CCE* 2003, comm. 35, note C. Caron ; Paris, 16 sept. 2011, *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 23, obs. A. Lucas.

1645. Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, *D.* 2003. 1688, obs. F. Sardain ; *CCE* 2003, comm. 35, C. Caron ; *JCP E* 2004, 1099, n^o 7, obs. M. Vivant, J.-M. Bruguière et N. Mallet-Poujol ; *Propriété intell.* 2003, n^o 7, p. 159, note P. Sirinelli.

1646. Versailles, 24 mars 2002, *CCE* 2004, comm. 104, obs. C. Caron ; Versailles, 25 mars 2004, *RTD com.* 2004. 722, obs. F. Pollaud-Dulian.

1647. Paris 28 avr. 2000, *RIDA* 2000, n^o 187, p. 314 ; *CCE* 2000, comm. 86, C. Caron ; Paris, 20 sept. 2007, *RLDI* 2008/34, n^o 1130, obs. Z. Azzabi ; TGI Paris, 30 sept. 2011, *RLDI* 2011/77, n^o 2548, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 21, obs. J.-M. Bruguière.

1648. Civ. 1^{re}, 8 déc. 1993, *RIDA* 1994, n^o 161, p. 303 ; réitéré par Civ. 1^{re}, 22 mars 2012, *D.* 2012. 1246, note A. Latil ; *CCE* 2012, comm. 61, C. Caron ; *RLDI* 2012/83, n^o 2769, comm. T. Lancrenon ; *Propr. intell.* 2012, n^o 44, p. 326, obs. J.-M. Bruguière ; *D.* 2012. 2842, obs. P. Sirinelli.

1649. Civ. 1^{re}, 20 déc. 1982, *JCP* 1983, II, 20102, note. Françon. V. toutefois, en sens contraire, Versailles, 25 mars 2004, *RTD com.* 2004. 722, obs. F. Pollaud-Dulian : « l'œuvre présentant la nature d'une œuvre collective, François Z. ne peut revendiquer aucun droit d'auteur sur sa contribution » ; *idem*, Paris, 8 janv. 2010, *Propri. intell.* 2010, n^o 35, p. 711, obs. A. Lucas.

165. *Ibid.*

1650. V. ss 402.

1651. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2012, *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 65, obs. A. Lucas.

1652. CJUE 9 févr. 2012, *Luksan*, aff. C-277/10, *CCE* 2012, comm. 37, C. Caron ; *RLDI* 2012/82, n^o 2755, comm. E. Derieux, et n^o 2756, comm. M. Le Roy ; *RLDI* 2012/80, comm. 2665, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 425, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2012. 318, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2841, obs. P. Sirinelli.

1653. Art. 1^{er}, § 5, de la directive n^o 93/83/CE du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble ; art. 2, § 2, de la directive n^o 2006/115/CE du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle.

1654. Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, *RIDA* 2009, n^o 222, p. 401 ; *Propr. intell.* 2010, n^o 34, p. 639, obs. J.-M. Bruguière.

1655. TGI Nanterre, 23 janv. 2002, *Expertises*, mars 2002, p. 89 (condamnation d'une société ayant diffusé sur son site web le texte de 23 chansons de Jean Ferrat sans avoir requis son autorisation préalable).

1656. TGI Paris, 17 févr. 1999, *RIDA* 1999, n^o 181, p. 331.

1657. Sur la question, v. not. F. Pollaud-Dulian, « Multiples facettes du droit de divulgation », *Propriété intellectuelle* 2010, n^o 37, p. 955.

1658. Civ. 1^{re}, 15 févr. 2005, *RTD com.* 2005. 495, obs. F. Pollaud-Dulian.

1659. Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, *RIDA* 2007, n^o 211, p. 345.

166. H. Bitan, art. préc.

1660. TGI Paris, 18 déc. 2009, *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 619, note A. Lucas ; *CCE* 2010, étude 11, F.-M. Piriou ; *RIDA* 2010, n^o 224, p. 449 ; *JCP* 2010, II, 247, note A. Lucas ; *CCE* 2010, Chron. n^o 1, note M.-E. Ancel.

1661. TGI Paris, 19 oct. 2007, *RIDA* 2008, n^o 215, p. 375 ; TGI Paris, 9 oct. 2009, *RIDA* 2010, n^o 224, p. 438. V. cependant, contre l'épuisement, Paris, 13 mars 2009, *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 263, obs. A. Lucas ; TGI Paris, 19 mai 2009, *Propri. intell.* 2009, n^o 33, p. 371, obs. A. Lucas.

1662. Civ. 1^{re}, 11 déc. 2013, n° 11-22.522 et 11-22.031, *D.* 2014. 8 ; *RLDI* 2014/100, n° 3309, obs. L. Costes ; *CCE* 2014, comm. 15, C. Caron ; *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 65 et p. 73, note A. Lucas ; *RLDI* 2014/101, n° 3338, obs. C. Castets-Renard ; *JCP* 2014, p. 562, obs. C. Caron.

1663. En ce sens, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 191 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2013, n^o 454 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schoettler, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n^o 518 ; L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, n^o 95.

1664. Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *JCP* 1991, II, 21760, note F. Pollaud-Dulian ; *RTD com.* 1991. 592, obs. A. Françon.

1665. Cf. M. Clément-Fontaine, « Les communautés épistémiques en ligne : un nouveau paradigme de la création », *RIDA* 2013/235, p. 112.

1666. Paris, 23 juin 2004, *RIDA* 2005, n^o 203, p. 290.

1667. TGI Paris, 19 oct. 2007, *RIDA* 2008, n^o 215, p. 375 ; *JCP E* 2008, 1540, obs. B. May.

1668. TGI Paris, 9 oct. 2009, *RIDA* 2010, n^o 224, p. 438 ; *CCE* 2010, Chron. n^o 1, note M.-E. Ancel.

1669. TGI Paris, 13 juill. 2007, *RIDA* 2007, n^o 214, p. 352 ; *JCP E* 2008, 1540, obs. B. May.

167. *Ibid.*

1670. Paris, 28 janv. 2004, *Propri. intell.* 2004, n^o 11, p. 643, obs. P. Sirinelli.

1671. TGI Paris, 6 juin 2008, *Propri. intell.* 2009, n^o 30, p. 53, obs. A. Lucas.

1672. Paris, 26 sept. 2007, *Propri. intell.* 2008, n^o 28, p. 326, note J.-M. Bruguière.

1673. TGI Paris, 28 oct. 2008, *RIDA* 2009, n^o 220, p. 453 ; *Légipresse* 2009, n^o 260, III, p. 77, note V.-L. Bénabou.

1674. Civ. 1^{re}, 5 déc. 2006, *CCE* 2007, comm. 18, C. Caron ; *Propri. intell.* 2007, n^o 23, p. 205, note J.-M. Bruguière ; *RTD com.* 2007. 95, note F. Pollaud-Dulian.

1675. TGI Paris, 18 déc. 2009, *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 619, note A. Lucas ; *CCE* 2010, étude 11, F.-M. Piriou ; *RIDA* 2010, n^o 224, p. 449 ; *JCP* 2010, II, 247, note A. Lucas ; *CCE* 2010, Chron. n^o 1, note M.-E. Ancel.

1676. TGI Paris, 9 oct. 2009, *RIDA* 2010, n^o 224, p. 438 ; *CCE* 2010, Chron. n^o 1, note M.-E. Ancel.

1677. Paris, 26 sept. 2007, *Propri. intell.* 2008, n^o 28, p. 326, note J.-M. Bruguière.

1678. Paris, 16 sept. 2005, *CCE* 2005, comm. 170, C. Caron.

1679. Paris, 29 juin 2001, *RIDA* 2002, n^o 191, p. 299.

168. Préc.

1680. Paris, 1^{er} juin 2011, *RLDI* 2011/73, n^o 2419, obs. L. Costes.

1681. Paris, 21 janv. 2011, *RLDI* 2011/69, n^o 2262, obs. M. Trézéguet.

1682. Paris, 13 févr. 2009, *RLDI* 2009/49, n^o 1595, comm. L. Raynaud.

1683. TGI Paris, 13 juill. 2007, *RIDA* 2007, n^o 214, p. 352 ; *JCP E* 2008, 1540, obs. B. May.

1684. TGI Paris, 19 oct. 2007, *RIDA* 2008, n^o 215, p. ; 375 ; *JCP E* 2008, 1540, obs. B. May.

1685. Paris, 7 mai 2001, *RIDA* 2001, n^o 190, p. 411 ; *Gaz. Pal.* 2002, n^o 23, p. 39, obs.
B. Amaudric Du Chaffaut ; Paris, 29 mai 2002, *RIDA* 2002, n^o 194, p. 325.

1686. Cf. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2013, n^o 489.

1687. Versailles, 11 janv. 2001, *RIDA* 2001, n^o 191, p. 280 ; *CCE* 2001, comm. 97, C. Caron.

1688. Paris, 14 mars 2007, *Propri. intell.* 2007, n^o 24, p. 312, obs. J.-M. Bruguière.

1689. Civ. 1^{re}, 15 févr. 2005, *RIDA* 2005, n^o 205, p. 415 ; *RTD com.* 2006. 90, note F. Pollaud-Dulian ; *CCE* 2005, comm. 61, C. Caron.

169. V. A. Penneau, « La forme et la preuve du contrat électronique », préc.

1690. Civ. 1^{re}, 7 nov. 2006, *CCE* 2006, comm. 152, C. Caron ; *Propri. intell.* 2007, n^o 22, p. 85, note A. Lucas ; *JCP* 2007. II. 10000, note T. Azzi ; *RTD com.* 2007. 97, note F. Pollaud-Dulian ; *JCP E* 2007, 1085, note C. Alleaume ; *D.* 2007. 417, note P. Allaey.

1691. Paris, 14 nov. 2007, *RIDA* 2008, n^o 216, p. 492 ; pourvoi rejeté par Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, *RIDA* 2010, n^o 216, p. 492 ; *D.* 2010. 1466, note T. Azzi ; *CCE* 2010, comm. 98, C. Caron ; *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 639, obs. J.-M. Bruguière.

1692. TGI Paris, 21 juin 2013, *RLDI* 2013/95, n^o 3155, obs. L. Costes ; *RLDI* 2014/101, n^o 3341, obs. Y. Omar Amine.

1693. Paris, 18 déc. 2008 (affaire de la suite des *Misérables*), *RIDA* 2009, n^o 220, p. 444 ; *CCE* 2009, comm. 22, C. Caron, et étude 14, obs. T. Lancrenon ; *Gaz. Pal.* 2009, n^o 56, p. 14, note F. Pollaud-Dulian.

1694. Civ. 1^{re}, 12 juin 2001, *RIDA* 2001, n^o 191, p. 267 ; *Gaz. Pal.* 2003, n^o 131, p. 70, note s. Berland ; *Propri. intell.* 2001, n^o 1, p. 62, note A. Lucas.

1695. Civ. 1^{re}, 8 déc. 1993, *RIDA* 1994, n^o 161, p. 303 ; réitéré par Civ. 1^{re}, 22 mars 2012, *D.* 2012. 1246, note A. Latil ; *CCE* 2012, comm. 61, C. Caron ; *RLDI* 2012/83, n^o 2769, comm. T. Lancrenon ; *Propr. intell.* 2012, n^o 44, p. 326, obs. J.-M. Bruguière ; *D.* 2012. 2842, obs. P. Sirinelli. V. ss 406-407.

1696. Paris, 18 nov. 2009, *RIDA* 2010, n^o 223, p. 476.

1697. Civ. 1^{re}, 6 mai 2003, *CCE* 2003, comm. 56, C. Caron ; *RTD com.* 2004. 267, obs. F. Pollaud-Dulian.

1698. Crim. 22 sept. 2009, *Propr. intell.* 2010, n^o 34, p. 618, obs. A. Lucas.

1699. Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, *D.* 2003. 1688, obs. F. Sardain ; *CCE* 2003, comm. 35, C. Caron ; *JCP E* 2004. 1099, n^o 7, obs. M. Vivant, J.-M. Bruguière et N. Mallet-Poujol ; *Propriété intell.* 2003, n^o 7, p. 159, note P. Sirinelli.

17. P. Foriers, *Introduction au droit de la preuve*, préc., p. 13.

170. Décr. 30 mars 2001, préc., art. 3, I, 1., a.

1700. Paris, 15 déc. 2004, *RIDA* 2005, n^o 204, p. 291 ; *CCE* 2005, comm. 28, C. Caron ; *D.* 2005. 2886, obs. B. Edelman ; *RTD com.* 2006. 90, note F. Pollaud-Dulian.

1701. Civ. 1^{re}, 5 déc. 2006, *CCE* 2007, comm. 18, C. Caron ; *Propri. intell.* 2007, n^o 23, p. 205, note J.-M. Bruguière ; *RTD com.* 2007. 95, note F. Pollaud-Dulian ; et, rejetant un dernier pourvoi, Civ. 1^{re}, 2 avr. 2009, *CCE* 2009, comm. 52, C. Caron ; *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 264, note A. Lucas.

1702. TGI Paris, 28 oct. 2008, *RIDA* 2009, n^o 220, p. 453 ; *Légipresse* 2009, n^o 260, III, p. 77, note V.-L. Bénabou.

1703. V. ss 464.

1704. Civ. 1^{re}, 5 juin 1984, *D.* 1985. Somm. 132, obs. C. Colombet ; repris not. par TGI Paris, 26 août 2008, *RIDA* 2009, n^o 222, p. 431.

1705. Cf. C. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998.

1706. Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *JCP* 1991, II, 21760, note F. Pollaud-Dulian ; *RTD com.* 1991. 592, obs. A. Françon ; TGI Paris, 29 janv. 2008, *CCE* 2008, comm. 37, C. Caron ; Civ. 1^{re}, 9 juin 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 41, p. 394, obs. J.-M. Bruguière.

1707. Pour une critique des « excès » du droit d'auteur, *cf.* J. Huet, « Un bien qui répand la terreur : le droit d'auteur – et ses avatars (ou : quand il faut interdire d'interdire) », *RLDI* 2011/73, n^o 2436.

1708. Sur le droit de suite, v. CJUE 15 avr. 2010, *Dali*, aff. C-518/08, *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 865, comm. V.-L. Bénabou ; et quant à sa dévolution, Cons. const. 28 sept. 2012, n^o 2012-276 QPC, *CCE* 2013, comm. 2, C. Caron ; *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 56, obs. J.-M. Bruguière.

1709. V. les précisions apportées sur la rémunération par CJUE 30 juin 2011, *Vereniging van Educatieve en Wetenschappelijke Auteurs (VEWA) contre Belgische Staat*, aff. C-271/10, CCE 2011, comm. 100, C. Caron ; *Propriété intellectuelle* 2011, n^o 41, p. 408, note V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2011. 549, note F. Pollaud-Dulian.

171. V. ss 55 s.

1710. Civ. 1^{re}, 27 avr. 2004, *CCE* 2004, comm. 84, C. Caron ; *Propr. intell.* 2004, n^o 12, p. 770, note P. Sirinelli ; *Propr. ind.* 2004, comm. 74, P. Kamina.

1711. TGI Montpellier, 24 sept. 1999, *CCE* 2000, comm. 19, C. Caron (téléchargement sur Internet puis gravure sur CD-Rom de fichiers mp3 afin de vendre ces CD-Rom) ; Paris, 12 déc. 2012, *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 198, obs. A. Lucas (numérisation d'œuvres graphiques).

1712. Cf. C. Bernault, « Archives ouvertes et droit d'auteur : un nouveau mode de diffusion des travaux scientifiques », *Propriété intellectuelle* 2011, n^o 41, p. 374.

1713. TGI Paris, réf., 14 août 1996, *D.* 1996. 490, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1997. 97, obs. A. Françon.

1714. TGI Paris, réf., 5 mai 1997, *JCP* 1997, II, 22906, note F. Olivier ; *RTD com.* 1997. 457, obs. A. Françon.

1715. TGI Paris, 31 août 2004, *Alain C. /Modèles de lettres, Catherine B.*, legalis.net.

1716. TGI Paris, 29 juin 2004, RG n° 03/183/15, legalis.net.

1717. TGI Paris, réf., 11 juin 2004, *Propri. intell.* 2005, n^o 14, p. 55, obs. A. Lucas.

1718. TGI Paris, 17 déc. 2002, *Gaz. Pal.* 23 juill. 2003, n^o 204, p. 40, obs. B. Misse et C. Avignon ; *D.* 2003. 2089, note B. Edelman.

1719. Crim. 5 févr. 2008, *RIDA* 2008, n^o 216, p. 451 ; *CCE* 2008, comm. 33, C. Caron ; *Propr. intell.* 2008, n^o 28, p. 299, comm. G. Corman, C. Flourens et V. Ulmann.

172. Décr. 30 mars 2001, préc., art. 3, I, 1, b et c.

1720. TGI Paris, réf., 23 janv. 2007, *CCE* 2007, comm. 46, A. Lepage.

1721. TGI Paris, réf., 22 févr. 1999, *Expertises* 1999, n^o 230, p. 319, obs. A. Aslanian.

1722. CJUE 16 juill. 2009, *Infopaq*, aff. C-5/08, *Propri. intell.* 2009, n^o 33, p. 378, obs. V.-L. Benabou ; *JCP* 2009, II, 272, note L. Marino ; *CCE* 2009, comm. 97, C. Caron.

1723. CJCE 9 avr. 1987, *RTD com.* 1987. 391, obs. A. Françon.

1724. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988, *JCP* 1988. II. 21120, note A. Françon.

1725. CJUE 13 oct. 2011, *BVBA*, aff. jtes C-431/09 et C-432/09, *CCE* 2011, comm. 111, C. Caron ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 43, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2011. 750, note F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2843, obs. P. Sirinelli.

1726. T. com. Paris, 3 mars 1997, *JCP* 1997, II, 22840, comm. E. Barbry et F. Olivier.

1727. *Cf.* note précédente.

1728. Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, *D.* 1994. 179, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1994. 272, obs. A. Françon ; *JCP* 1994. II. 22273, note J.-C. Galloux.

1729. CJCE 7 déc. 2006, *SGAE*, aff. C-306/05, *JCP* 2007, I, 101, n^o 5, obs. C. Caron ; *Propri. intell.* 2007, n^o 22, p. 87, note A. Lucas ; *D.* 2007. 1236, note B. Edelman ; *RTD com.* 2007. 85, obs. F. Pollaud-Dulian ; CJUE, 27 févr. 2014, *OSA*, aff. C-351/12 ; *RLDI* 2014/103, n^o 3416, obs. L. Costes.

173. Dir. 1999/93/CE, 13 déc. 1999, préc.

1730. TGI Paris, 11 oct. 2007, *RIDA* 2008, n^o 214, p. 368 ; TGI Paris, 8 déc. 2009, *RIDA* 2010, n^o 223, p. 480.

1731. Civ. 1^{re}, 14 janv. 2010, *RIDA* 2010, n^o 223, p. 467 ; TGI Paris, 14 janv. 2010, *RIDA* 2010, n^o 223, p. 484.

1732. CJUE 18 mars 2010, ord. aff. C-136/09, *Propr. intell.* 2010, n^o 36, p. 867, obs. V.-L. Bénabou.

1733. CJUE, 27 févr. 2014, *OSA*, aff. C-351/12 ; *RLDI* 2014/103, n° 3416, obs. L. Costes.

1734. CJCE 7 déc. 2006, *SGAE*, aff. C-306/05, *JCP* 2007. I. 101, n^o 5, obs. C. Caron ; *Propr. intell.* 2007, n^o 22, p. 87, note A. Lucas ; *D.* 2007. 1236, note B. Edelman ; *RTD com.* 2007. 85, obs. F. Pollaud-Dulian ; CJUE, 27 févr. 2014, *OSA*, aff. C-351/12 ; *RLDI* 2014/103, n^o 3416, obs. L. Costes.

1735. CJUE 4 oct. 2011, *Premier League*, aff. C-403/08 et C-429/08, *CCE* 2011, comm. 110, C. Caron ; *JCP* 2011, II, 1296, note F. Buy et J.-C. Roda ; *Europe* 2011, comm. 468, L. Idot, *RTD eur.* 2012. 229, obs. A.-L. Sibony ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 51, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2011. 744, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2011. 855, note E. Treppoz ; *D.* 2012. 2840, obs. P. Sirinelli.

1736. CJUE 13 oct. 2011, *BVBA*, aff. jtes C-431/09 et C-432/09, *CCE* 2011, comm. 111, C. Caron ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 43, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2011. 750, note F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2843, obs. P. Sirinelli.

1737. Paris, 16 déc. 2009, *Propriété intellectuelle* 2010, n^o 35, p. 714, obs. J.-M. Bruguière.

1738. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 317.

1739. Paris, 18 janv. 2013, *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 197, obs. A. Lucas.

174. Projet de règlement du 4 juin 2012 sur « l'identification électronique [...] », préc.

1740. CJUE 7 mars 2013, *ITV Broadcasting Ltd.*, aff. C-607/11, *RLDI* 2013/92, n^o 3053, obs. L. Costes ; *CCE* 2013, comm. 49, C. Caron ; *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 215, obs. V.-L. Bénabou ; *RLDI* 2013/93, n^o 3078, comm. C. Castets-Renard ; *RTD com.* 2013. 267, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2013. 2488, obs. J. Larrieu.

1741. CJUE 24 nov. 2011, *Circul Globus Bucuresti c/ UCMR-ADA*, aff. C-283/10, *CCE* 2012, comm. 27, C. Caron ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 428, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2012. 114, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2843, obs. P. Sirinelli.

1742. CJUE 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) c/ Marco Del Corso*, aff. C-135/10, *RLDI* 2012/81, n^o 2704, obs. M. Trézéguet ; *CCE* 2012, comm. 48, C. Caron ; *RTD com.* 2012. 325, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. intell.* 2012, n^o 45, p. 429, obs. V.-L. Bénabou ; P. Tafforeau, « Un an de droits voisins », *CCE* 2012, chron. 9, n^o 8.

1743. TGI Paris, réf., 14 août 1996, *D.* 1996. 490, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1997. 97, obs. A. Françon. Pour une application au service « Google Images », *cf.* Paris, 26 janv. 2011, *RLDI* 2011/68, n^o 2243, obs. L. Costes ; pour une application à la numérisation d'œuvres graphiques : Paris, 12 déc. 2012, *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 198, obs. A. Lucas.

1744. TGI Paris, réf., 5 mai 1997, *JCP* 1997. II. 22906, note F. Olivier ; *RTD com.* 1997. 457, obs. A. Françon.

1745. Sur le projet « Google Books », v. E. Pierrat et P. Allaey, « Google Print ou le leurre de la bibliothèque universelle au mépris du droit d'auteur », *Propriété intellectuelle*. 2005, n^o 17, p. 386 ; J. Mehaud, « Google Livres ou du bon usage de la contrefaçon », *Propriété intellectuelle*. 2006, n^o 20, p. 290.

1746. TGI Paris, 18 déc. 2009, *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 619, note A. Lucas ; *CCE* 2010, étude 11, F.-M. Piriou ; *RIDA* 2010, n^o 224, p. 449 ; *JCP* 2010, II, 247, note A. Lucas ; *CCE* 2010, Chron. n^o 1, note M.-E. Ancel.

1747. Cf. les commentaires de V.-L. Bénabou, *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 284, et P. Gilliéron, *RLDI* 2009/50, n^o 1629.

1748. *Cf.* L. Costes, « Fronde européenne contre *Google Books* », *RLDI* 2009/52, p. 3.

1749. V. les commentaires de P.-Y. Gautier, *D.* 2011. 1272 ; V.-L. Bénéabou, *Propri. intell.* 2011, n^o 40, p. 320, et J. Larrieu, *D.* 2011. 2363.

175. Projet de règlement, art. 3, 8, déf. de la signature électronique « qualifiée » : « une signature électronique avancée qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifié et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique ; ».

1750. United States District Court Central District of New York, 14 nov. 2013, *The Authors Guild v. Google*, *RLDI* 2014/100, n° 3306, comm. T. Beaugrand et J.-B. Belin ; *CCE* 2014, chron. 2, n° 2, obs. P. Kamina; *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 81, obs. A. Lucas ; *Gaz. Pal.* 6 mars 2014, n° 65, p. 24, obs. L. Marino.

1751. L. Costes, « Accord sur les droits d'auteur entre Google et des éditeurs américains », *RLDI* 2012/86, p. 3.

1752. Cf. F.-M. Piriou, « Œuvres orphelines : approche d'un nouveau statut juridique européen et français », *CCE* 2012, étude 14.

1753. Pour une comparaison entre Google Books et Europeana, *cf.* A. Zollinger, « Les bibliothèques numériques, ou comment concilier droit à la culture et droit d'auteur », *JCP E* 2007, n^o 1784.

1754. Sur la question, v. L. Castex, « Encadrer une bibliothèque numérique : de sa constitution à son exploitation », *RLDI* 2010/66, n^o 2186.

1755. Sur la gestion collective des droits d'auteur, v. ss 468-472.

1756. V. M.-A. Ferry-Fall, « La tentation de la dépossession : les œuvres orphelines », *RLDI* 2009/49 sup., n^o 1631.

1757. Loi n° 2012-287, *JO* n° 53, 2 mars 2012, p. 3986. *Cf.* le commentaire de F. Macrez, *D.* 2012. 749 ; F.-M. Piriou, « Œuvres orphelines : approche d'un nouveau statut juridique européen et français », *CCE* 2012, étude 14 ; s. Respingue-Perrin, « De l'encre à la tablette : un droit innovant pour un nouveau livre ? », *RLDI* 2012/84, n° 2834 ; F.-M. Piriou, « Nouvelle querelle des anciens et des modernes : la loi du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle », *CCE* 2012, étude 17 ; J.-M. Bruguière, *Propri. intell.* 2012, n° 44, p. 346, et n° 45, p. 411 ; C. Caron, *CCE* 2012, comm. 120 ; E. Derieux, « Le régime juridique de l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle », *RLDI* 2012/87, n° 2929.

1758. Décr. n^o 2013-182 du 27 févr. 2013 portant application des art. L. 134-1 à L. 134-9 du Code de la propriété intellectuelle et relatif à l'exploitation numériques des œuvres indisponibles au XX^e siècle, *JORF* 1^{er} mars 2013, n^o 0051.

1759. CE, 19 déc. 2013, n° 368208.

176. *Cf.* I. de Lamberterie, J.-F. Blanchette, « Le décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique : lecture critique, technique et juridique », *préc.*, *spéc.* p. 1273.

1760. Cons. const., 28 févr. 2014, n° 2013-370 QPC, *RLDI* 2014/102, n° 3373, obs. L. Costes ; *CCE* 2014, étude 6, obs. J.-M. Bruguière ; *RLDI* 2014/103, n° 3424, comm. E. Derieux.

1761. *Légipresse* 2013, n° 307, p. 435 ; *cf.* les obs. de J.-M. Bruguière, *Propri. intell.* 2013, n° 47, p. 202.

1762. Cf. J.-M. Bruguière et P. Deprez, « Les sept nouveaux chapitres du livre numérique », *Légipresse* 2013, n° 312, p. 19.

1763. Directive n^o 2012/28 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, *JOUE* L 299, 27 oct. 2012, p. 5 ; *D.* 2012. 2594, obs. C. Fleuriot ; *cf.* L. Costes, « Une proposition de directive sur les œuvres orphelines », *RLDI* 2011/72, n^o 2386 ; J. Groffe, « L'œuvre orpheline saisie par le droit, entre impératif de protection et objectif de diffusion », *RLDI* 2012/78, n^o 2620 ; F.-M. Piriou, « Œuvres orphelines : approche d'un nouveau statut juridique européen et français », *CCE* 2012, étude 14 ; E. Derieux, « Œuvres orphelines ou état de déshérence ? », *RLDI* 2013/90, n^o 2987 ; F. Pollaud-Dulian, « Utilisations autorisées des œuvres orphelines », *RTD com.* 2012. 783.

1764. Cf. E. Derieux, « Le livre à l'ère numérique – Questions juridiques sans réponses », *RLDI* 2010/60, n^o 1997.

1765. Loi n^o 2011-590, *JO* n^o 124, 28 mai 2011, p. 9234. V. les obs. de J.-M. Bruguière, *Propri. intell.* 2011, n^o 40, p. 302 ; et F. Pollaud-Dulian, *RTD com.* 2011. 9234.

1766. Pour un panorama de ces questions, v. J.-M. Bruguière et V. Fauchoux, « Le livre numérique – Quel statut juridique ? », *RLDI* 2011/73, n^o 2439 ; s. Respingue-Perrin, « De l'encre à la tablette : un droit innovant pour un nouveau livre ? », *RLDI* 2012/84, n^o 2384 ; B. Barraud, « De l'imprimé au numérique – Le régime juridique des médias écrits à l'épreuve de leur dématérialisation », *RLDI* 2012/85, n^o 2874.

1767. Décr. n^o 2011-1499 du 10 nov. 2011, *JORF* n^o 262, 11 nov. 2011, p. 18999.

1768. Cf. L. Costes, « Une mission pour départager Google et la presse française », *RLDI* 2012/88, p. 3, et les obs. de J.-M. Bruguière, *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 70.

1769. Cf. J.-M. Bruguière, « Quand les éditeurs de presse revendiquent un *Canada Dry* des droits voisins », *D.* 2013. 26.

177. Décr. 30 mars 2001, préc., art. 3, II.

1770. *Cf.* L. Costes, « Accord à l'arraché entre Google et les éditeurs de presse français », *RLDI* 2013/90, n^o 3011.

1771. Sur ce phénomène, *cf.* J. Huet, « Le beurre et l'argent du beurre », *D.* 2009. 2939.

1772. Par ex., sur le système « Grokster », *cf.* J. Ginsburg, « Peer-to-peer : les conséquences de l'affaire Grokster », *Propri. intell.* 2007, n^o 25, p. 408.

1773. M.-A. Ledieu, *CCE* 2004, alerte 250.

1774. TGI Paris, réf., 14 août 1996, *D.* 1996. 490, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1997. 97, obs. A. Françon.

1775. TGI Pontoise, 2 févr. 2005, *D.* 2005. Somm. 513, note C. Caron ; *RLDI* 2005/3, n^o 80, comm. F. Macrez ; confirmé par Versailles, 16 mars 2007, *CCE* 2007, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2007. 1991, obs. C. Le Stanc ; *RTD com.* 2007. 548, obs. F. Pollaud-Dulian.

1776. Pau, 18 oct. 2012, RG n^o 11/01117.

1777. TGI Meaux, 21 avr. 2005, *RLDI* 2005/7, n^o 183, obs. L. Thoumyre ; TGI Le Havre, réf., 20 sept. 2005, *RLDI* 2005/11, n^o 305, obs. F. Macrez.

1778. *Ibid.*

1779. V. ss 486.

178. V. ss 55.

1780. TGI Rodez, 13 oct. 2004, *D.* 2004. 3132, note J. Larrieu ; décision confirmée par Montpellier, 10 mars 2005, *RLDI* 2005/5, n^o 133, comm. P. Sirinelli et M. Vivant ; TGI Bordeaux, 10 mai 2005, *RLDI* 2006/3, n^o 397, obs. F. Faullier ; TGI Bayonne, 15 nov. 2005, *RLDI* 2006/1, n^o 338, obs. T. Maillard.

1781. Aix-en-Provence, 5 sept. 2007, *RIDA* 2007, n^o 214, p. 346 ; *CCE* 2007, comm. 130, C. Caron ; *D.* 2007. 1993, obs. C. Le Stanc ; *Propr. intell.* 2007, n^o 24, p. 320, note A. Lucas ; *RTD com.* 2008. 301, obs. F. Pollaud-Dulian ; Versailles, 16 mars 2007, *CCE* 2007, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2007. 1991, obs. C. Le Stanc ; *RTD com.* 2007. 548, obs. F. Pollaud-Dulian.

1782. Crim. 30 mai 2006, *D.* 2006. AJ 1684, obs. J. Daleau ; Jur. p. 2676, note E. Dreyer, et Pan. p. 2991, obs. P. Sirinelli.

1783. V. ss 482 s.

1784. Aix-en-Provence, 10 janv. 2012, *RIDA* 2012, n^o 231, p. 356.

1785. *Cf. CCE 2014, alerte 1, obs. F. Meuris.*

1786. Décr. n^o 2010-1257 du 25 oct. 2010, *JO* 26 oct. 2010.

1787. Notam. TGI Paris, ord. JME, 10 sept. 2008, RG n° 07/09508 (*Vuze*), 15 oct. 2008, RG n° 07/13229 (*Shareaza*).

1788. TGI Paris, ord. JME, 11 mai 2012, RG n° 11/14182 (*Vuze*).

1789. Paris, 3 juill. 2009, RG n° 09/06483 (*Limewire*).

179. Préc.

1790. TGI Paris, 3 sept. 2009, *RLDI* 2009/54, n^o 1790, comm. A. Bonnier ; *Propri. intell.* 2009, n^o 33, p. 377, obs. J.-M. Bruguière.

1791. Paris, 22 mars 2011, *RLDI* 2011/71, n^o 2344, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/73, n^o 2407, comm. O. Pignatari ; *RTD com.* 2011. 345, obs. F. Pollaud-Dulian.

1792. Crim. 25 sept. 2012, *RLDI* 2012/88, n^o 2935, obs. L. Costes ; *RLDI* 2013/89, n^o 2959, obs. O. Pignatari ; *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 80, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2012. 771, obs. F. Pollaud-Dulian ; *CCE* 2013, chron. 9, n^o 16-17, obs. P. Tafforeau.

1793. Cf. A. Singh, « Le *streaming* et la loi Création et Internet », *RLDI* 2009/50, n^o 1660.

1794. *Cf.* A. Jaber, « La propriété intellectuelle à l'heure du *streaming* : quelle répression ? », *RLDI* 2011/sup. 77, n^o 2579.

1795. Cf. toutefois en sens contraire, C. Alleaume, « *Streaming* : la situation de l'internaute final est moins claire aujourd'hui qu'avant la loi du 12 décembre 2011 », *Légipresse* 2012, n^o 291, p. 67 (l'auteur note cependant que, même à considérer que l'utilisateur effectue une représentation de l'œuvre, il pourra s'abriter derrière l'exception du cercle de famille, qui ne suppose pas que la source de l'œuvre soit licite).

1796. Paris, 24 mars 2005, *AJ pénal* 2006. 39, note J. Segura.

1797. Sur ce point, *cf.* C. Castets-Renard, *Droit de l'Internet : droit français et européen*, Montchrestien, 2^e éd., 2012, n^o 585-586.

1798. *Cf.* X. Daverat, « Un an de droit de la musique », *CCE* 2008, chron. 4, spéc. n^o 7.

1799. V. ss 586 s.

18. P. Esmein indiquait, à propos du juge et de la recherche de la vérité, que dans la grande majorité des cas ce qui apparaît probable au magistrat correspond à la réalité des faits, *in* Aubry et Rau, *Droit civil français*, 6^e éd. par P. Esmein, 1958, t. 12, § 749, notule 3.

180. I. de Lamberterie, J.-F. Blanchette, « Le décret du 30 mars 2001 [...] », préc., spéc., p. 1274.

1800. *Cf.* G. Jahan, « Le droit de diffusion des webradios », *Gaz. Pal.* 2007, n^o 200, p. 20.

1801. G. Kessler, « *Stationripper* : une nouvelle menace pour le droit d'auteur », *D.* 2005. 3016.

1802. TGI Paris, 25 nov. 2008, *RIDA* 2009, n^o 219, p. 388 ; *RLDI* 2009/45, n^o 1472, comm. A. Singh et D. Calmes ; v. également, en référé, TGI Paris, réf., 6 août 2008, *RIDA* 2009, n^o 219, p. 388 ; *RLDI* 2008/41, n^o 1348, note A. Gallego ; *RLDI* 2008/42, n^o 1373, comm. C. Bernault ; *Propri. intell.* 2008, n^o 29, p. 427, obs. J.-M. Bruguière.

1803. Paris, 14 déc. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2592, obs. L. Costes.

1804. TGI Paris, 28 janv. 1974, *JCP* 1975, II, 18163, obs. Françon ; *D.* 1974. 333, obs. Desbois ; Civ. 1^{re}, 7 mars 1984, *JCP* 1985, II, 21351, obs. R. Plaisant ; *RTD com.* 1984. 677, note Françon.

1805. Par ex., à propos de la diffusion du logiciel « TUBEMASTER ++ » qui permettait d'enregistrer la musique diffusée en *streaming* sur Deezer : T. corr. Nîmes, 28 juin 2013, n^o 13/1677, *CCE* 2014, comm. 11, É. Caprioli. V. ss 520.

1806. Cf. l'étude d'A. Mendoza-Camina, « Les risques numériques à l'épreuve du droit : l'exemple du lien hypertexte », *RLDI* 2008/39, n^o 1312.

1807. T. com. Nanterre, réf., 8 nov. 2000, *Expertises* 2001, n^o 250, p. 257, obs. J. Larrieu ; dans le même sens, T. com. Paris, réf., 26 déc. 2000, *D.* 2001. 1389, obs. C. Manara ; *CCE* 2001, comm. 21, C. Caron ; TGI Nanterre, réf., 11 déc. 2000, *PIBD* 2001, n^o 717, III, 197 ; TGI Paris, réf., 8 janv. 2001, *CCE* 2001, comm. 46, C. Le Stanc ; *Propr. intell.* 2001, n^o 1, p. 92, comm. J. Passa ; TGI Paris, 12 mai 2003, *Légipresse* 2003, n^o 205, II, p. 150 ; TGI Nancy, 6 déc. 2010, *Gaz. Pal.* 24 févr. 2011, p. 13, note L. Marino ; TGI Nanterre, 25 mars 2010, *RLDI* 2010/60, n^o 1975, obs. M. Trézéguet.

1808. *Cf.* Paris, 30 nov. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2595, obs. L. Costes ; *PIBD* 2012, n^o 955, III, 106 : redirection des internautes vers un site protégé, « par l'exploitation parasitaire d'adresses volontairement altérées », qualifiée de « communication du site au public par un moyen non autorisé » et ainsi d'« exploitation de ce site distincte de celle initialement souhaitée par son titulaire, caractérisant la représentation illicite ».

1809. TGI Paris, 5 sept. 2001, *Expertises* 2001, n^o 253, p. 391, obs. J. Larrieu ; Paris, 30 nov. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2595, obs. L. Costes ; *PIBD* 2012, n^o 955, III, 106.

181. Préc.

1810. TGI Nanterre, 25 mars 2010, *RLDI* 2010/60, n^o 1975, obs. M. Trézéguet.

1811. TGI Nancy, 6 déc. 2010, *RLDI* 2011/69, n^o 2263, obs. M. Trézéguet ; *Gaz. Pal.* 2011, n^o 54, p. 22, obs. L. Marino.

1812. TGI Paris, 18 juin 2010, *RLDI* 2010/63, n^o 1070, obs. L. Costes ; *cf.* A. Singh et C. Babelon, « Les liens profonds à l'épreuve du droit de représentation », *RLDI* 2010/65, n^o 2128 ; décision confirmée en appel par Paris, 27 avr. 2011, *RLDI* 2011/62, n^o 2384, obs. L. Costes ; *JCP E* 2011, 1586, n^o 8, obs. F. Cherigny ; pourvoi rejeté par Civ. 1^{re}, 31 oct. 2012, *RLDI* 2012/88, n^o 2936, obs. L. Costes ; *RLDI* 2013/89, n^o 2958, obs. A. Singh et B. Chareyre ; *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 55, obs. A. Lucas.

1813. *Cf.* F. Sardain, « La contrefaçon du fait des liens hypertextes », *CCE* 2005, étude 21.

1814. TGI Saint-Étienne, 6 déc. 1999, *CCE* 2000, comm. 76, C. Caron ; TGI Épinal, 24 oct. 2000, *CCE* 2000, comm. 125, C. Caron ; *cf.* également Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012 (3 arrêts), *CCE* 2012, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2012. 2075, obs. C. Castets-Renard ; *RLDI* 2012/85, n^o 2866, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/86, n^o 2889, comm. C. Gateau et C. Coslin ; *JCP* 2012. 1007, note J.-M. Bruguière ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 416, obs. A. Lucas ; *D.* 2012. 2844, obs. P. Sirinelli (condamnation de Google Vidéo pour avoir offert à l'internaute la possibilité, à partir des liens vers les autres sites, de visionner le film sur son propre site Google Vidéo France). À rapprocher de CEDH 19 févr. 2013, *Neij et Sunde Kolmisoppi c./Suède*, *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 223 ; *CCE* 2013, comm. 63, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 18 juill. 2013, n^o 199, p. 13, note L. Marino ; *D.* 2013. 2489, obs. P. Tréfigny (affaire « The Pirate Bay »).

1815. CJCE, 7 déc. 2006, *JCP* 2007. I. 101, n° 5, obs. C. Caron ; *Propri. intell.* 2007, n° 22, p. 87, note A. Lucas ; *D.* 2007. 1236, note B. Edelman ; *RTD com.* 2007. 85, obs. F. Pollaud-Dulian. Cf. également CJUE, 13 févr. 2014, *Svensson*, aff. C-466/12, *RLDI* 2014/102, n° 3371, comm. E. Derieux ; *CCE* 2014, comm. 34, C. Caron, spéc. pt. 43 : « le fait de fournir des liens cliquables vers des œuvres protégées doit être qualifié de “mise à disposition” et, par conséquent, d’“acte de communication” ».

1816. *Cf.*, en ce sens, à propos du service *Google Suggest*, offrant « les moyens de porter atteinte aux droits des auteurs », Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, *Gaz. Pal.* 25-26 juill. 2012, n^o 208, p. 9, comm. C. Le Goffic ; *RLDI* 2012/85, n^o 2851, obs. L. Costes ; *D.* 2012. 2345, obs. J. Larrieu ; *RLDI* 2012/87, n^o 2905, comm. G. Gomis ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 413, obs. J.-M. Bruguière ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 416, obs. A. Lucas ; *D.* 2012. 2852, obs. P. Sirinelli. Sur la contrefaçon par fourniture de moyens en droit comparé, *cf.* J. Ginsburg et Y. Gaubiac, « Contrefaçon, fourniture de moyens et faute : perspectives dans les systèmes de common law et civilistes à la suite des arrêts *Grokster* et *Kazaa* », *RIDA* 2006, n^o 207, p. 3.

1817. Aix-en-Provence, 10 mars 2004, *Gaz. Pal.* 2005, n^o 23, p. 41, note E. Barbry et A. Fiévée. Sur la nécessaire concomitance entre l'acte de complicité et l'infraction : *Crim.*, 18 juin 2013, n^o 12-84.571.

1818. Crim. 11 janv. 2011, *RLDI* 2011/69, n^o 2261, note L. Costes.

1819. TGI Évry, 19 janv. 2010, *D.* 2010. 823, note C. Manara ; *RLDI* 2010/59, n^o 1944, obs. L. Costes.

182. Décr. 30 mars 2001, préc. art. 5, b.

1820. CJUE, 13 févr. 2014, *Svensson*, aff. C-466/12, *RLDI* 2014/102, n° 3371, obs. E. Derieux ; *CCE* 2014, comm. 34, C. Caron.

1821. Pt. 24.

1822. Pt. 27.

1823. Pt. 37.

1824. Pt. 31.

1825. Paris, 3 mai 2011, *RLDI* 2011/72, n^o 2385, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2011, n^o 40, p. 304, comm. J.-M. Bruguière ; *D.* 2011. 1341, note C. Manara ; *LPA* 2011, n^o 254, p. 21, obs. X. Daverat ; *Gaz. Pal.* 15 oct. 2011, n^o 288, p. 35, note A. Van De Wiele ; *CCE* 2011, comm. 63, C. Caron.

1826. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, *Gaz. Pal.* 25-26 juill. 2012, n^o 208, p. 9, comm. C. Le Goffic ; *RLDI* 2012/85, n^o 2851, obs. L. Costes ; *D.* 2012. 2345, obs. J. Larrieu ; *RLDI* 2012/87, n^o 2905, comm. G. Gomis ; *Propr. intell.* 2012, n^o 45, p. 413, obs. J.-M. Bruguière ; *D.* 2012. 2852, obs. P. Sirinelli.

1827. TGI Paris, 25 juin 2009, *RLDI* 2009/53, n^o 1760, obs. M. Trézéguet.

1828. TGI Nancy, 6 déc. 2010, *RLDI* 2011/69, n^o 2263, obs. M. Trézéguet ; *Gaz. Pal.* 2011, n^o 54, p. 22, obs. L. Marino ; *RTD com.* 2011. 346, obs. F. Pollaud-Dulian.

1829. CJUE, 13 févr. 2014, *Svensson*, aff. C-466/12, *RLDI* 2014/102, n° 3371, obs. E. Derieux ; *CCE* 2014, comm. 34, C. Caron.

183. Décr. 30 mars 2001, préc. art. 5, c.

1830. Pt. 29.

1831. V. ss 451.

1832. TGI Nancy, 6 déc. 2010, préc.

1833. Sur cette pratique, *cf.* V. Fauchoux, P. Deprez et J.-M. Bruguière, *Le droit de l'Internet*, Litec, 2^e éd., 2013, n^o 484; M. Chawki et Y. El Shazli, « L'usurpation d'identité sur Internet », *RLDI* 2012/86, n^o 2903.

1834. TGI Paris, 21 sept. 2005, *RLDI* 2006/12, n^o 349, comm. P. Belloir et n^o 366, comm. F. Duflot.

1835. *JOUE* L 265, 11 oct. 2011, p. 1 ; *Propri. intell.* 2011, n^o 41, p. 411, obs. J.-M. Bruguière ; *D.* 2012. 1491, note J. Huet ; *Légipresse* 2011, n^o 289, p. 700 ; *RTD com.* 2012. 736, obs. F. Pollaud-Dulian. Cf. G. Querzola, « Retour sur la directive n^o 2011/77/UE étendant la durée de protection de certains droits voisins du droit d'auteur et les difficultés qu'elle suscite (ra) », *RLDI* 2013/89, n^o 2985 ; J.-F. Debarnot, « De l'impact de l'approche européenne en termes d'extension de la durée de certains droits voisins en matière phonographique : cohérence ou anomalie ? », *CCE* 2013, Pratique contractuelle 2.

1836. Cf. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 401 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 460 à 464.

1837. Civ. 1^{re}, 6 nov. 1979, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, comm. 14, A. Maffre-Baugé.

1838. *Cf.* Crim. 22 sept. 2009, *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 624, obs. A. Lucas (quoique la Cour ne réponde pas au pourvoi sur cette question).

1839. Cf. TGI Paris, 29 mai 2012, *RLDI* 2012/83, n^o 2795, obs. L. Costes ; *Propriété intell.* 2012, n^o 44, p. 340, obs. A. Lucas. (caractère « contestable » de la clause suivante, extraite des conditions générales d'utilisation du site YouTube : « Lorsque vous chargez ou affichez une Contribution sur YouTube, vous concédez à YouTube le droit non exclusif cessible compris le droit de sous licencier, sans contrepartie financière et pour le monde entier d'utiliser, de reproduire, de distribuer, de représenter et d'exécuter les Contributions dans le cadre de l'offre de Services ou en relation avec la mise à disposition du Site Internet et l'activité de YouTube et d'en créer des œuvres dérivées, y compris, sans limitation, pour la promotion et la redistribution de tout ou partie du Site Internet (et des œuvres dérivées qui en résultent), dans tout format et sur tout support »).

184. Décr. 30 mars 2001, art. 2.

1840. Paris, 8 oct. 2010, *Propri. intell.* 2011, n^o 38, p. 95, note J.-M. Bruguière ; *JCP E* 2012, 1126, obs. M.-E. Laporte-Legeais.

1841. Paris, 12 déc. 2001, *JCP E* 2002, 1806, note M.-E. Laporte-Legeais ; *Propri. intell.* 2002, n^o 5, p. 54, obs. A. Lucas.

1842. *Cf.* toutefois, pour une « acception large de la notion de reproduction », Paris, 23 oct. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1842, note B. Spitz (reproduction d'une musique incluant son incorporation à une bande-annonce publicitaire).

1843. Sur la distinction entre l'exploitation dans une revue et l'exploitation commerciale sur Internet, *cf.* Paris, 25 mai 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 41, p. 397, note A. Lucas.

1844. Paris, 9 juin 2009, *RLDI* 2009/51, n^o 1671, obs. M. Trézéguet ; *JCP E* 2010, 1691, obs. M.-E. Laporte-Legeais et H. Le Thi Thien.

1845. Civ. 1^{re}, 30 mai 2012, *JCP* 2012. 694, obs. F. Masure ; *D.* 2012. 1798, note C. Alleaume ; *RLDI* 2012/84, n^o 2814, obs. M. Trézéguet ; *CCE* 2012, comm. 89, C. Caron ; *RLDI* 2012/85, n^o 2841, comm. A. Maffre-Baugé ; *Propri. intell.* 2012, n^o 44, p. 342, obs. J.-M. Bruguière.

1846. En ce sens, Paris, 16 janv. 2004, *CCE* 2004, comm. 38, C. Caron : « l'intention des parties était non pas de céder des droits d'exploitation du film sur un support vidéodisque existant au moment de la signature des contrats [en l'espèce, les vidéocassettes], mais sur tout type de support entrant dans la définition du vidéodisque [y compris donc les DVD] » ; Paris, 28 févr. 2007, *RTD com.* 2007. 362, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2007, n^o 24, p. 327, obs. A. Lucas ; *JCP E* 2009, n^o 1108, obs. D. Lefranc : « la cession des droits de reproduction des photographies en couverture des magazines incluant nécessairement leur représentation pour la promotion de ceux-ci, la société du Figaro était en droit de les utiliser sur le site Internet critiqué, sans solliciter l'autorisation préalable de l'auteur ».

1847. *Cf.*, en matière de droits voisins, Civ. 1^{re}, 11 sept. 2013, *RLDI* 2013/97, n° 3214, obs. L. Costes ; *D.* 2013. 2388, obs. G. Querzola ; *CCE* 2013, comm. 100, C. Caron ; *RLDI* 2013/98, n° 3238, comm. A. Singh et L. Biyao ; *RLDI* 2014/100, n° 3304, comm. O. Pignatari ; *Légipresse* 2013, n° 310, p. 604, obs. P. Tafforeau ; *JCP* 2014, p. 1071, obs. N. Binctin (v. ss 571).

1848. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 416.

1849. Crim. 12 mars 2013, *CCE* 2013, comm. 74, C. Caron ; *Propri. intell.* 2013, n^o 48, p. 305, obs. A. Lucas.

185. V. X. Linant de Bellefonds, « La signature électronique et les tiers certificateurs dans les opérations du commerce extérieur », *Expertises*, févr. 2000, p. 18 s.

1850. En ce sens, C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 412.

1851. Cf. M. Vivant, « La pratique de la gratuité en droit d'auteur », *RLDI* 2010/60, n^o 1993 ; T. Azzi, « La cession à titre gratuit du droit d'auteur », *RIDA* 2013/237, p. 90 ; J. Huet et E. Dreyer, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, 2011, n^o 273 à 281.

1852. CJCE 6 avr. 1995, *Magill*, aff C-241/91 P et C-241/92 P, *RTD eur.* 1996. 747, obs. J.-B. Blaise et p. 835, obs. G. Bonet ; *RTD com.* 1995. 606, obs. Françon ; *D.* 1996. 119, Chron. M. Vivant ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, comm. 5, N. Mallet-Poujol.

1853. CJCE 3 avr. 2004, *IMS Health*, aff. C-418/01, *D.* 2004. 2366, note F. Sardain ; *CCE* 2004, comm. 69, C. Caron ; *Propri. ind.* 2004, comm. 56, P. Kamina ; *CCC* 2004, comm. 128, s. Poillot-Peruzzetto ; *RTD eur.* 2004. 691, obs. G. Bonet ; TPICE 17 sept. 2007, *Microsoft*, aff. T-201/04, *Propri. intell.* 2008, n^o 26, p. 122, obs. V.-L. Bénabou ; *CCE* 2008, étude 6, M. Behar-Touchais ; *Propri. ind.* 2008, comm. 25, J. Schmidt-Szalewski ; *JCP E* 2009, 1108, obs. F. Sardain.

1854. s. Lemarchand, O. Fréget et F. Sardain, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droits de la concurrence », *Propri. intell.* 2003, n^o 6, p. 11.

1855. V. ss 707-710.

1856. En matière de bases de données : Com. 4 déc. 2001, *Propri. intell.* 2002, n^o 3, p. 62, obs. A. Lucas ; *CCE* 2002, comm. 38, C. Caron ; *RTD com.* 2002. 296, note E. Claudel ; *CCC* 2002, comm. 190, M. Malaurie-Vignal ; Com. 23 mars 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron, et comm. 122, M. Chagny ; *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 856, obs. J.-M. Bruguière ; *RTD com.* 2010. 327, obs. F. Pollaud-Dulian ; En matière de logiciels : Civ. 1^{re}, 20 oct. 2011, *RTD com.* 2011. 760, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RLDI* 2011/76, n^o 2507, obs. L. Costes ; *CCE* 2012, comm. 2, C. Caron, et étude 6, N. Binctin ; *LPA* 19 mars 2012, n^o 56, p. 6, Chron. X. Daverat.

1857. TGI Paris, réf., 5 sept. 2011, *RLDI* 2011/75, n^o 2478, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/76, n^o 2499, comm. J.-B. Auroux ; *CCE* 2011, comm. 101, C. Caron ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 36, note J.-M. Bruguière.

1858. C. Caron, note préc., *CCE* 2011, comm. 101.

1859. V. ss 470.

186. V. ss 56.

1860. *Cf.* L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, n^o 38, p. 89.

1861. M. Clément-Fontaine, « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », *Propriété intell.* 2008, n^o 26, p. 69.

1862. Sur la naissance des *Creative commons*, cf. s. Dusollier, « Les licences *Creative commons* : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *Propri. intell.* 2006, n^o 18, p. 10 ; M. Dulong De Rosnay, « Le partage créatif, un système de gouvernance de la distribution d'œuvres en ligne – à propos de *Creative Commons* », *RLDI* 2005/2, n^o 59.

1863. La version 4.0 des licences *Creative commons* a été publiée le 25 nov 2013. Elle est disponible à l'adresse <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>.

1864. [http ://creativecommons.fr/licences/les-6-licences/](http://creativecommons.fr/licences/les-6-licences/).

1865. *Ibid.*

1866. <http://www.arteradio.com/static/4/cgu/> ; cf. A. Delvoie, « Les licences *Creative commons* de mise à disposition d'œuvres en ligne », *Gaz. Pal.* 2005, n^o 109, p. 24.

1867. <http://artlibre.org/licence/lal>.

1868. <http://fmpl.org/fmpl.html>.

1869. <http://iang.info/fr/license.html>.

187. *JO* 19 avr., p. 6944 ; *CCE* 2002, comm. n^o 101.

1870. Cf. E. Jürss, « Les licences *Creative commons* : un juste équilibre entre la protection du droit d'auteur et la libre diffusion des œuvres ? », *Revue de droit des affaires internationales*, 2012, n^o 1, p. 129.

1871. Sur la nécessité de traduire en français les licences libres, *cf.* M. Clément-Fontaine, « Les licences Creative Commons chez les Gaulois », *RLDI* 2005/1, n^o 20.

1872. Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, *D.* 2003. 1688, obs. F. Sardain ; *CCE* 2003, comm. 35, C. Caron ; *JCP E* 2004, 1099, n^o 7, obs. M. Vivant, J.-M. Bruguière et N. Mallet-Poujol ; *Propriété intell.* 2003, n^o 7, p. 159, note P. Sirinelli.

1873. Cf. C. Caron, « Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français », *D.* 2003. 1556 ; M. Clément-Fontaine, « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », *Propriétés intellectuelles* 2008, n^o 26, p. 69 ; C. Rojinsky et V. Grynbaum, « Les licences libres et le droit français », *Propriétés intellectuelles* 2002, n^o 4, p. 28.

1874. Com. 25 juin 1991, *Bull. civ.* IV, n^o 234.

1875. Cf. H. Bitan, *Droit des créations immatérielles*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2010, n^o 291.

1876. *Cf.* F. Sardain, « La création contributive sur Internet », *RLDI* 2008/43, n^o 1434.

1877. M.-A. Chardeaux, « Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité », *CCE* 2011, étude 10.

1878. M. Clément-Fontaine, « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », *Propriété intell.* 2008, n^o 26, p. 69.

1879. Sur cette question, *cf.* TGI Paris, 9 juill. 2010, *Propri. intell.* 2010, n° 37, p. 972, obs. J.-M. Bruguière ; *Gaz. Pal.* 27 oct. 2010, n° 300-301, p. 18, obs. L. Marino ; jugement confirmé par Paris, 27 mai 2011, *Propri. intell.* 2011, n° 41, p. 397, note A. Lucas ; pourvoi rejeté par Civ. 1^{re}, 11 déc. 2013, n° 11-22.522 et 11-22.031, *D.* 2014. 8 ; *RLDI* 2014/100, n° 3309, obs. L. Costes ; *CCE* 2014, comm. 15, C. Caron ; *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 65 et p. 73, note A. Lucas ; *RLDI* 2014/101, n° 3338, obs. C. Castets-Renard.

188. Décr. 18 avr. 2002, préc., art. 10 à 14.

1880. Pour un abus constitué par le refus de négocier les tarifs : TGI Paris, 5 nov. 2008, *Propriété intellectuelle* 2009, n^o 30, p. 64, obs. J.-M. Bruguière.

1881. CJCE 21 mars 1974, *RTB c/ SABAM*, aff. 127/73, *Rec.* p. 313.

1882. TGI Paris, réf., 5 sept. 2011, *RLDI* 2011/75, n^o 2478, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/76, n^o 2499, comm. J.-B. Auroux ; *CCE* 2011, comm. 101, C. Caron ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 36, note J.-M. Bruguière.

1883. Cf. F. Siiriainen, « Le prix de l'accès au droit d'auteur et aux droits voisins dans les relations entre sociétés de gestion collective et utilisateurs », in C. Geiger et C. Rodà (dir.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, coll. CEIPI, 2014, p. 307.

1884. CJCE 13 juill. 1989, *Ministère Public c. Jean-Louis Tournier*, aff. C-395/87, *JCP* 1990, II, 21427, note M.-C. Boutard-Labarde ; *RTD eur.* 1990. 736, obs. G. Bonet.

1885. CJCE 11 déc. 2008, aff. C-52/07, *RTD com.* 2009. 309, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 285, note V.-L. Bénabou ; *JCP* 2009, I, 30, obs. C. Caron ; *CCE* 2009, étude 5, M. Chagny et s. Choisy, et étude 7, F. Dumont et J. Marthan.

1886. Sur la licéité des clauses territoriales dans les accords de représentation réciproque relatifs à la communication analogique, *cf.* CJUE, 27 févr. 2014, *OSA*, aff. C-351/12 ; *RLDI* 2014/103, n° 3416, obs. L. Costes.

1887. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 741.

1888. Par ex., sur l'accord conclu par la SACEM avec la plate-forme Daily Motion, v. TGI Paris, 3 juin 2011, *CCE* 2012, chron. 6, B. Montels.

1889. Cf. J.-M. Guilloux, « La régulation de la gestion collective des droits des créateurs (droits d'auteur et droits voisins) par le droit de la concurrence », in *Propriété intellectuelle et concurrence – Pour une (ré)conciliation*, Litec, 2012, p. 85.

189. Décr. 18 avr. 2002, préc., art. 2 à 9.

1890. Comm. UE, 8 oct. 2002, *JOCE* L 107, 30 avr. 2003, p. 58 ; *CCE* 2003, chron. 3, P. Boiron et B. Honorat ; *CCC* 2003, comm. 131, s. Poillot-Peruzzetto.

1891. En ce sens, v. également la communication de la Commission du 3 mai 2004 à propos des « accords de Santiago », *D.* 2004. 1370. Sur ces accords, *cf.* C. Castets-Renard, *Droit de l'Internet : droit français et européen*, Montchrestien, 2^e éd., 2012, n^o 589 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 741.

1892. Comm. UE, 16 juill. 2008, *JOUE* C 323, 18 déc. 2008, p. 12 ; *Propr. intell.* 2009, n^o 30, p. 81, obs. V.-L. Bénabou ; *CCE* 2009, étude 6, C. Maréchal.

1893. Trib. UE, 12 avr. 2013, aff. T-392/08, T-398/08, T-401/08, T-410/08, T-411/08, T-413/08, T-414/08, T-415/08, T-416/08, T-417/08, T-418/08, T-419/08, T-420/08, T-421/08, T-422/08, T-425/08, T-428/08, T-432/08, T-433/08, T-434/08, T-442/08, et T-451/08, *RLDI* 2013/93, n^o 3079, obs. L. Costes ; *RLDI* 2013/94, n^o 3110, comm. J.-M. Guilloux et J. Bautmans ; *CCE* 2013, étude 20, comm. C. Maréchal.

1894. CJUE 4 oct. 2011, *Premier League*, aff. C-403/08 et C-429/08, *CCE* 2011, comm. 110, C. Caron ; *JCP* 2011, II, 1296, note F. Buy et J.-C. Roda ; *Europe* 2011, comm. 468, L. Idot, *RTD eur.* 2012. 229, obs. A.-L. Sibony ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 51, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2011. 744, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2011. 855, note E. Treppoz ; *D.* 2012. 2840, obs. P. Sirinelli.

1895. COM(2012) 372 final, *CCE* 2012, alerte 73, obs. F. Meuris.

1896. Directive n^o 2014/26 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur les œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur, *JOUE* L 84, 20 févr. 2012, p. 72.

1897. Sur l'absence d'épuisement international en droit de l'UE : CJCE 12 sept. 2006, *Laserdisken*, aff. C-479/04, *JCP* 2007, I, 101, note C. Caron ; *Propri. intell.* 2007, n^o 23, p. 211, note A. Lucas ; *RTD com.* 2007. 80, obs. F. Pollaud-Dulian ; sur l'épuisement international en droit américain : Cour Suprême des États-Unis, *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.* (133 s. Ct. 1351 (U.S. 2013)), *CCE* 2013, étude 13, obs. P. Kamina.

1898. CJCE 18 mars 1980, *Coditel*, aff. C-62/79, *Rec. p.* 881.

1899. CJUE 21 juin 2012, *Donner*, aff. C-5/11, *RLDI* 2012/84, n^o 2809, obs. L. Costes ; *JCP* 2012, n^o 28, 837, obs. F. Picod ; *RTD com.* 2012. 540, obs. F. Pollaud-Dulian.

19. V. ss 17 s.

190. *JO* 8 juin 2002, p. 10223 ; *CCE* 2002, comm. n^o 117.

1900. CJUE 3 juill. 2012, *UsedSoft*, aff. C-128/11, *D.* 2012. 2101, obs. J. Huet, et p. 2142, obs. A. Mendoza-Caminade ; *RLDI* 2012/85, n^o 2844, comm. A. Lefèvre, n^o 2849, obs. L. Costes, et n^o 2876, obs. M. Coulaud ; *CCE* 2012, comm. 106, C. Caron ; *D.* 2012. 2352, obs. C. Le Stanc ; *RLDI* 2012/86, n^o 2887, obs. s. Leriche et J. Ruelle ; *Propri. intell.* 2012, n^o 44, p. 333, obs. A. Lucas ; *RLDI* 2012/87, n^o 2904, comm. C. Castets-Renard ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 384, obs. V. Varet ; *RTD com.* 2012. 542, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2848, obs. P. Sirinelli ; *RLDI* 2013/90, n^o 3007, comm. Y. Bah ; *RLDI* 2013/97, n^o 3211, comm. M. Razavia et s. André.

1901. [https ://www.redigi.com/](https://www.redigi.com/) : « ReDigi est à la musique numérique ce qu'eBay est aux marchandises » (“ReDigi is to digital music as eBay is to goods”). Sur la procédure engagée aux États-Unis à propos de ce site, *cf.* L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, n^o 59.

1902. Cf. L. Checola et G. Pépin, « La revente de mp3 est-elle légale ? », *Le Monde*, 8 oct. 2012.

1903. US District Court, Southern District of New York, 30 mars 2013, *Capitol Records, LLC v./ ReDigi, Inc, n^o 12 Civ. 95 (RJS), Propr. intell.* 2013, n^o 48, p. 308, obs. A. Lucas.

1904. *Oberlandesgericht Stuttgart*, 3 nov. 2011 ; *Landgericht Bielefeld*, 5 mars 2013, 4 O 191/11 ; sur ces deux décisions, *cf.* les obs. d'A. Lucas, *Propr. intell.* 2013, n^o 48, p. 309.

1905. *Cf.* s. Cherqui et E. Émile-Zola-Place, « Retour sur la licéité du marché secondaire des biens culturels numériques », *Légipresse* 2013, n° 305, p. 343.

1906. V.-L. Bénabou, « Marchés d'occasion, propriété intellectuelle et innovation technologique », in C. Geiger et C. Rodà (dir.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, coll. CEIPI, 2014, p. 27.

1907. CJUE 3 juill. 2012, *UsedSoft*, aff. C-128/11, pt. 79. *Cf.* les brevets déposés en ce sens par Amazon et Apple : V.-L. Bénabou, préc., p. 47.

1908. Cf. C. Geiger, « La transposition du test des trois étapes en droit français », *D.* 2006. 2164 ; C. Geiger, J. Griffiths et R. M. Hilty, « Déclaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur », *Propri. intell.* 2008, n^o 29, p. 399.

1909. Cons. const. 27 juill. 2006, n^o 2006-540 DC, *JO* 3 août 2006, p. 11541 ; *D.* 2006. 2157, obs. C. Castets-Renard ; *RTD civ.* 2006. 791, obs. T. Revet ; *Légipresse* 2006, p. 129, note L. Thoumyre.

191. E. A. Caprioli, « Sécurité et confiance dans le commerce électronique, Signature numérique et autorité de certification », *JCP* 1998, I, 123.

1910. CJUE 16 juill. 2009, *Infopaq*, aff. C-5/08, *Propri. intell.* 2009, n^o 33, p. 378, obs. V.-L. Bénabou ; *JCP* 2009, II, 272, note L. Marino ; *CCE* 2009, comm. 97, C. Caron.

1911. V.-L. Bénabou, note sous CJUE 16 juill. 2009, *Propri. intell.* 2009, n^o 33, p. 378.

1912. TGI Paris, 25 nov. 2008, *RIDA* 2009, n^o 219, p. 388 ; *RLDI* 2009/45, n^o 1472, comm. A. Singh et D. Calmes ; Paris, 14 déc. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2592, obs. L. Costes.

1913. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 350.

1914. *Cf.* A. Lucas, « Les dits et les non-dits de la copie privée », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 232.

1915. A. Latreille, « Variations autour de la définition de l'acte de copie privée », *CCE* 2010, étude 21.

1916. Cf. Y. Gaubiac, « Dimension de la copie privée dans le monde numérique de la communication », *CCE* 2008, étude 14.

1917. TGI Paris, 30 avr. 2004, *CCE* 2004, comm. 85, C. Caron ; *JCP* 2004, II, 10135, note C. Geiger ; *RTD com.* 2004. 486, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2004, n^o 12, p. 834, comm. M. Vivant.

1918. Paris, 22 avr. 2005, *Propri. intell.* 2005, n^o 16, p. 340, note A. Lucas et P. Sirinelli ; *CCE* 2005, comm. 98, C. Caron ; *JCP* 2005, II, 10126, note C. Geiger.

1919. Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, *D.* 2006. AJ 784, note J. Daleau ; *CCE* 2006, comm. 56, C. Caron ; *JCP* 2006, II, 10084, note A. Lucas ; *RTD com.* 2006. 370, obs. F. Pollaud-Dulian.

192. Arr. 31 mai 2002, préc., art. 1 à 5.

1920. Paris, 4 avr. 2007, *RIDA* 2007, n^o 213, p. 379 ; *CCE* 2007, comm. 68, C. Caron ; *D.* 2007. 1993, obs. C. Le Stanc ; *Propri. intell.* 2007, n^o 24, p. 320, obs. A. Lucas ; *RLDI* 2007/27, n^o 880, note O. Pignatari ; pourvoi rejeté par Civ. 1^{re}, 19 juin 2008, *RIDA* 2008, n^o 217, p. 299 ; *D.* 2008. 1824, note J. Daleau ; *CCE* 2008, comm. 102, C. Caron ; *RTD com.* 2008. 551, obs. F. Pollaud-Dulian.

1921. V. ss 520.

1922. CJUE, 23 janv. 2014, *Nintendo*, aff. C-555/12, *RLDI* 2014/101, n° 3342, obs. L. Costes ; *RLDI* 2014/102, n° 3402, obs. B. Galopin, et n° 3403, obs. A. Lefèvre ; *CCE* 2014, comm. 26, C. Caron.

1923. *Cf.* Cons. const. 27 juill. 2006, n^o 2006-540 DC, *JO* 3 août 2006, p. 11541 ; *D.* 2006. 2157, obs. C. Castets-Renard ; *RTD civ.* 2006. 791, obs. T. Revet ; *Légipresse* 2006, p. 129, note L. Thoumyre.

1924. CJUE, 23 janv. 2014, *Nintendo*, aff. C-555/12, préc.

1925. V. ss 446.

1926. TGI Rodez, 13 oct. 2004, *D.* 2004. 3132, note J. Larrieu ; décision confirmée par Montpellier, 10 mars 2005, *RLDI* 2005/5, n^o 133, comm. P. Sirinelli et M. Vivant ; TGI Bordeaux, 10 mai 2005, *RLDI* 2006/3, n^o 397, obs. F. Faullier ; TGI Bayonne, 15 nov. 2005, *RLDI* 2006/1, n^o 338, obs. T. Maillard.

1927. Aix-en-Provence, 5 sept. 2007, *RIDA* 2007, n^o 214, p. 346 ; *CCE* 2007, comm. 130, C. Caron ; *D.* 2007. 1993, obs. C. Le Stanc ; *Propr. intell.* 2007, n^o 24, p. 320, note A. Lucas ; *RTD com.* 2008. 301, obs. F. Pollaud-Dulian ; Versailles, 16 mars 2007, *CCE* 2007, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2007. 1991, obs. C. Le Stanc ; *RTD com.* 2007. 548, obs. F. Pollaud-Dulian.

1928. Crim. 30 mai 2006, *D.* 2006. AJ 1684, obs. J. Daleau ; Jur. p. 2676, note E. Dreyer, et Pan. p. 2991, obs. P. Sirinelli.

1929. Paris, 17 févr. 2010, *RLDI* 2010/60, n^o 1970, comm. O. Pignatari.

193. *Ibid.*

1930. CE 11 juill. 2008, *CCE* 2008, comm. 112, C. Caron ; *Propri. intell.* 2008, n^o 29, p. 428, note A. Lucas ; *RTD com.* 2008. 747, note F. Pollaud-Dulian ; CE 2 févr. 2011, *RLDI* 2011/73, n^o 2406, comm. A. Troianello. Pour la fixation par le juge d'une indemnité compensant l'annulation du barème de la Commission « copie privée » : TGI Paris, 15 mai 2012, *RLDI* 2012/85, n^o 2846, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2012, n^o 44, p. 338, obs. A. Lucas.

1931. CJUE, 10 avr. 2014, *ACI Adam B.V.*, aff. C-435/12.

1932. Paris, 22 avr. 2005, *Propri. intell.* 2005, n^o 16, p. 340, note A. Lucas et P. Sirinelli ; *CCE* 2005, comm. 98, C. Caron ; *JCP* 2005. II. 10126, note C. Geiger.

1933. Paris, 4 avr. 2007, *CCE* 2007, comm. 68, C. Caron.

1934. Aix-en-Provence, 5 sept. 2007, *RIDA* 2007, n^o 214, p. 346 ; *CCE* 2007, comm. 130, C. Caron ; *D.* 2007. 1993, obs. C. Le Stanc ; *Propr. intell.* 2007, n^o 24, p. 320, note A. Lucas ; *RTD com.* 2008. 301, obs. F. Pollaud-Dulian ; Versailles, 16 mars 2007, *CCE* 2007, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2007. 1991, obs. C. Le Stanc ; *RTD com.* 2007. 548, obs. F. Pollaud-Dulian.

1935. Nîmes, 30 nov. 2004, *CCE* 2005, comm. 187, C. Caron.

1936. TGI Paris, 28 janv. 1974, *JCP* 1975, II, 18163, obs. Françon ; *D.* 1974. 333, obs. Desbois ; Civ. 1^{re}, 7 mars 1984, *JCP* 1985, II, 21351, obs. R. Plaisant ; *RTD com.* 1984. 677, note Françon ; Grenoble, 18 janv. 2001, *CCE* 2001, comm. 59, C. Caron.

1937. TGI Paris, réf., 6 août 2008, *RIDA* 2009, n^o 219, p. 388 ; *RLDI* 2008/41, n^o 1348, note A. Gallego ; *RLDI* 2008/42, n^o 1373, comm. C. Bernault ; *Propr. intell.* 2008, n^o 29, p. 427, obs. J.-M. Bruguière ; au fond, TGI Paris, 25 nov. 2008, *RIDA* 2009, n^o 219, p. 388 ; *RLDI* 2009/45, n^o 1472, comm. A. Singh et D. Calmes ; décision confirmée par Paris, 14 déc. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2592, obs. L. Costes.

1938. *Cf.* la question préjudicielle posée à la CJUE le 16 oct. 2012 (aff. C-463/12), portant notamment sur le point de savoir si une législation nationale peut prévoir une compensation pour la copie sur des cartes mémoire de téléphones mobiles.

1939. *Cf.*, à propos de la rémunération due par Apple pour les tablettes tactiles iPad, TGI Paris, 30 mai 2013, *RLDI* 2013/94, p. 27 ; *RLDI* 2013/95, n^o 3154, obs. L. Costes.

194. Arr. 31 mai 2002, préc. art. 3.

1940. *JO* 26 oct. 2010, p. 19206 ; *cf. RLDI* 2010/65, n^o 2132, obs. L. Costes.

1941. *Cf.*, à propos de la « Freebox Révolution », le commentaire de A. Troianello sous CE 2 févr. 2011, *RLDI* 2011/73, n^O 2406. Le 23 mai 2013, par un accord conclu avec la société Copie France, la société Free a accepté de s'acquitter de la rémunération relative à ce dispositif : *RLDI* 2013/94, p. 27.

1942. CSPLA, avis, 23 oct. 2012, sur le rapport de la commission spécialisée portant sur les enjeux juridiques et économiques du développement des technologies dites d'« informatique dans les nuages » (cloud computing) : www.cspla.culture.gouv.fr ; *CCE* 2012, alerte 89 ; *RLDI* 2012/88, p. 5, obs. L. Costes. *Cf.* P. Allaëys, « Rémunération pour copie privée : le passé, le présent et le futur toujours contestés », *D.* 2013. 10.

1943. Rapport « Castex » sur les redevances pour copie privée : doc. 2013/2114(INI) ; *CCE* 2014, alerte 28 ; *RLDI* 2014/103, n° 3420, obs. L. Costes.

1944. CJUE 27 juin 2013, *VG Wort*, aff. jtes C-457/11 à 460/11, *RLDI* 2013/96, n^o 3179, obs. L. Costes ; *D.* 2013. 1680 ; *CCE* 2013, comm. 99, C. Caron ; *Propri. intell.* 2014, n^o 50, p. 78, obs. A. Lucas.

1945. Loi n^o 2011-1898 du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée, *JO* n^o 295, 21 déc. 2011, p. 21546 ; *cf.* C. Caron, « Un nouveau cadre légal pour la rémunération pour copie privée », *CCE* 2012, comm. 13 ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 31, comm. A. Lucas ; *RTD com.* 2012. 124, comm. F. Pollaud-Dulian ; P. Tafforeau, « Un an de droits voisins », *CCE* 2012, chron. 9, n^o 21.

1946. CJUE 21 oct. 2010, *Padawan*, aff. C-467/08, *JCP* 2010. 1256, note L. Marino ; *Europe* 2010, comm. 434, L. Idot ; *Propri. intell.* 2011, p. 93, obs. A. Lucas et p. 108, obs. V.-L. Bénabou ; *RLDI* 2010/66, n^o 2158, comm. É. Bouchet-Le Mappian ; *RLDI* 2010/65, n^o 2131, obs. L. Costes ; *CCE* 2011, comm. 2, C. Caron ; *RTD com.* 2010. 710, obs. F. Pollaud-Dulian.

1947. CJUE 27 juin 2013, *VG Wort*, aff. jtes C-457/11 à 460/11, préc.

1948. CJUE 11 juill. 2013, *Amazon*, aff. C-521/11, *RLDI* 2013/96, n^o 3180, obs. L. Costes ; *CCE* 2013, comm. 99, C. Caron ; *D.* 2013. 2209, note C. Castets-Renard ; *Propri. intell.* 2014, n^o 50, p. 74, obs. J.-M. Bruguière.

1949. CJUE, 10 avr. 2014, *ACI Adam B.V.*, aff. C-435/12.

195. Arr. 31 mai 2002, préc., art. 6 à 10.

1950. CE 17 juin 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 41, p. 401, obs. A. Lucas ; *RLDI* 2011/74, n^o 2442, comm. É. Bouchet-Le Mappian ; *RLDI* 2011/73, n^o 2410, obs. L. Costes ; *JCP E* 2012, 1126, obs. A. Zollinger ; *RTD eur.* 2011. 888, obs. D. Rittleng ; *D.* 2012. 2847, obs. P. Sirinelli. V. également CE 2 févr. 2011, *RLDI* 2011/73, n^o 2406, comm. A. Troianello ; P. Tafforeau, « Un an de droits voisins », *CCE* 2012, chron. 9, n^o 20.

1951. Cons. const. 20 juill. 2012, n^o 2012-263 QPC, *D.* 2012. 1883 ; *RLDI* 2012/85, n^o 2845, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/86, n^o 2878, comm. J.-M. Léger.

1952. *Cf.* P. Allaey, « Rémunération pour copie privée : le passé, le présent et le futur toujours contestés », *D.* 2013. 10.

1953. Cf. TGI Paris, 15 mai 2012, *RLDI* 2012/85, n° 2846, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2012, n° 44, p. 338, obs. A. Lucas., et TGI Paris, réf., 15 juin 2012, RG n° 12/50338, *RLDI* 2012/85, n° 2847, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2012, n° 44, p. 338, obs. A. Lucas ; jugement confirmé par Paris, 19 nov. 2013, *RLDI* 2014/100, n° 3316, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 77, obs. J.-M. Bruguière. Cf. A. Lucas-Schoettler, « La rémunération pour copie privée dans la tourmente », *Légipresse* 2013, n° 310, p. 597 (1^{re} partie) et n° 311, p. 661 (2^e partie).

1954. Cons. const. 15 janv. 2013, n^o 2012-287 DC, *RLDI* 2013/90, n^o 2989, obs. L. Costes ;
RLDI 2013/91, n^o 3012, obs. J.-M. Léger; *RTD com.* 2013. 278, obs. F. Pollaud-Dulian.

1955. Sur les conséquences de cette abrogation, *cf.* Civ. 1^{re}, 24 avr. 2013, n^o 11-17107 et 11-17108.

1956. Arrêté du 24 janv. 2014 relatif à la notice prévue à l'article L. 311-4-1 du Code de la propriété intellectuelle, *JO* du 31 janv. 2014, p. 1835.

1957. Décret n° 2013-1141 du 10 décembre 2013 relatif à l'information des acquéreurs de supports d'enregistrement soumis à la rémunération pour copie privée, *JO* n° 288 du 12 déc. 2013, p. 20227.

1958. CPI, art. R. 311-9.

1959. CPI, art. R. 311-10, III.

196. Arr. 31 mai 2002, préc., art. 6.

1960. CJUE 11 juill. 2013, *Amazon*, aff. C-521/11, *RLDI* 2013/96, n^o 3180, obs. L. Costes ; *CCE* 2013, comm. 99, C. Caron ; *D.* 2013. 2209, note C. Castets-Renard; *Propri. intell.* 2014, n^o 50, p. 74, obs. J.-M. Bruguière.

1961. CJUE 16 juin 2011, *Opus*, aff. C-462/09, *Propr. intell.* 2011, n^o 41, p. 405, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2011. 551, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RLDI* 2011/73, n^o 2409, obs. M. Trézéguet.

1962. *Cf.* les observations de V.-L. Bénabou, *Propr. intell.* 2011, n^o 41, p. 408.

1963. CJUE 11 juill. 2013, *Amazon*, préc.

1964. Pt. 63.

1965. Pt. 65.

1966. É. Bouchet-Le Mappian, note sous CJUE 21 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2158.

1967. Civ. 1^{re}, 27 nov. 2008, *RLDI* 2008/44, n^o 1444, comm. M. Trézéguet ; *LPA* 2009, n^o 133, p. 12, obs. A. Borges ; *JCP E* 2009, 1238, note I. Beyneix ; *Propri. ind.* 2009, comm. 17, J. Larrieu ; *CCC* 2009, comm. 18, M. Malaurie-Vignal ; *RTD com.* 2009. 131, comm. F. Pollaud-Dulian.

1968. Paris, 17 nov. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2165, obs. L. Costes.

1969. TGI Nanterre, 2 déc. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2590, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/79, n^o 2623, note É. Bouchet-Le Mappian.

197. V. ss 59.

1970. CJUE 9 févr. 2012, *Luksan*, aff. C-277/10, *CCE* 2012, comm. 37, C. Caron ; *RLDI* 2012/82, n^o 2755, comm. E. Derieux, et n^o 2756, comm. M. Le Roy ; *RLDI* 2012/80, comm. 2665, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 425, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2012. 318, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2841, obs. P. Sirinelli.

1971. CJUE 11 juill. 2013, *Amazon*, préc.

1972. Paris, 4 avr. 2007, *CCE* 2007, comm. 68, C. Caron.

1973. *Cf.*, à propos du prêt à des amis de CD-Rom contenant des films téléchargés, Aix-en-Provence, 5 sept. 2007, *RIDA* 2007, n^o 214, p. 346 ; *CCE* 2007, comm. 130, C. Caron ; *D.* 2007. 1993, obs. C. Le Stanc ; *Propr. intell.* 2007, n^o 24, p. 320, note A. Lucas ; *RTD com.* 2008. 301, obs. F. Pollaud-Dulian.

1974. V. ss 433.

1975. TGI Paris, réf., 14 août 1996, *D.* 1996. 490, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1997. 97, obs. A. Françon.

1976. TGI Paris, réf., 5 mai 1997, *JCP* 1997, II, 22906, note F. Olivier ; *RTD com.* 1997. 457, obs. A. Françon.

1977. Civ. 1^{re}, 4 juill. 1995, *D.* 1996. Somm. 73, note T. Hassler ; *D.* 1996. 4, note B. Edelman ; *JCP* 1995. II. 22486, note J.-C. Galloux ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, comm. 12, s. Carré ; Civ. 1^{re}, 15 mars 2005, *RIDA* 2005, n^o 205, p. 459 ; *CCE* 2005, comm. 78, C. Caron ; *JCP* 2005, II, 10072, note T. Lancrenon ; *Propri. intell.* 2005, n^o 15, p. 165, note P. Sirinelli.

1978. Civ. 1^{re}, 12 juin 2001, *Propri. intell.* 2001, n^o 1, p. 62, note A. Lucas.

1979. En faveur de la disparition de l'exception : TGI Paris, 20 déc. 2006, *CCE* 2007, chron. 6, B. Montiels ; en sens contraire, Paris, 12 sept. 2008, *CCE* 2008, étude 23, P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2009. 137, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2009, I, 30, n^o 6, comm. C. Caron ; *Propri. intell.* 2009, n^o 30, p. 53, note A. Lucas et p. 56, note J.-M. Bruguière.

198. Proposition de règlement sur « l'identification électronique [...] », préc.

1980. Civ. 1^{re}, 12 mai 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 40, p. 298, note A. Lucas ; *Propri. ind.* 2011, comm. 74, O. Thrierr ; *CCE* 2011, comm. 62, C. Caron ; *RLDI* 2011/73, n^o 2408, obs. B. Galopin.

1981. En ce sens, A. Lucas, note sous Civ. 1^{re}, 12 mai 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 40, p. 298.

1982. Paris, 7 avr. 2010, *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 852, note A. Lucas.

1983. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, pourvois n^o 11-15.165 et 11-15.188, *CCE* 2012, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2012. 2075, obs. C. Castets-Renard ; *RLDI* 2012/85, n^o 2866, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/86, n^o 2889, comm. C. Gateau et C. Coslin ; *JCP* 2012. 1007, note J.-M. Bruguière ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 416, obs. A. Lucas ; *D.* 2012. 2844, obs. P. Sirinelli.

1984. *Cf.* C. Geiger, « L'avenir du droit d'auteur en Europe – Vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information », *JCP* 2009, n^o 48, 493.

1985. Cf. E. Dreyer, « La liberté d'expression comme « droit » concurrent », *RLDI* 2009/49 sup., n^o 1635. Pour une mise en balance par la CEDH : CEDH 19 févr. 2013, *Neij et Sunde Kolmisoppi c./Suède*, *Propr. intell.* 2013, n^o 47, p. 223 ; *CCE* 2013, comm. 63, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 18 juill. 2013, n^o 199, p. 13, note L. Marino ; *D.* 2013. 2489, obs. P. Tréfigny (affaire « The Pirate Bay »).

1986. TGI Paris, 20 juin 2013, *RLDI* 2013/99, n^o 3276, comm. C. Le Goffic. V. ss 510.

1987. Cf. Y. Gaubiac, « Droit d'auteur et intérêt général », *Propriété intellectuelle*, 2010, n° 36, p. 814.

1988. *Cf.* J. Lesueur, « Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles », *CCE* 2008, étude 15.

1989. TGI Paris, réf., 27 sept. 2004, *RIDA* 2005, n^o 203, p. 300.

199. V. ss 64.

1990. Paris, 22 mai 2002, *RIDA* 2002, n^o 194, p. 320.

1991. TGI Paris, 15 mai 2002, *RIDA* 2002, n^o 194, p. 338.

1992. Grenoble, 3 janv. 2012, *RLDI* 2012/79, n^o 2628, obs. L. Costes.

1993. Cass., ass. plén., 5 nov. 1993, *RTD com.* 1994. 50, obs. Françon ; *D.* 1994. 481, note T. Foyard.

1994. Civ. 1^{re}, 26 mai 2011, *RLDI* 2011/73, n^o 2411, comm. M. Trézéguet ; *RTD com.* 2012. 120, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2844, obs. P. Sirinelli.

1995. Civ. 1^{re}, 7 nov. 2006, *RIDA* 2007, n^o 211, p. 313 ; *CCE* 2007, comm. 7, C. Caron ; *RTD com.* 2007. 91, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2007, n^o 22, p. 91, obs. J.-M. Bruguière ; *JCP* 2007, II, 10026, note C. Manara.

1996. TGI Paris, 18 déc. 2009, TGI Paris, 18 déc. 2009, *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 619, note A. Lucas ; *CCE* 2010, étude 11, F.-M. Piriou ; *RIDA* 2010, n^o 224, p. 449 ; *JCP* 2010, II, 247, note A. Lucas ; *CCE* 2010, Chron. n^o 1, note M.-E. Ancel.

1997. *Ibid.*

1998. TGI Paris, 15 mai 2002, *RIDA* 2002, n^o 194, p. 338.

1999. Dans le même sens, *cf.* Paris, 22 mai 2002, *RIDA* 2002, n^o 194, p. 320 ; *Propriété intellectuelle* 2003, n^o 6, p. 44, obs. A. Lucas.

2. Art. 54 de cette ord. ; *Œuvres de Pothier par Bugnet*, T. II, Paris, 1848, n^o 784 s.

20. Décr. n^o 2004-836, 20 août 2004, art. 56 et 59, *JO* 22 août 2004 ; dispositions entrées en vigueur le 1^{er} janv. 2005.

200. Com. 2 déc. 1997, préc.

2000. CJUE 1^{er} déc. 2011, *Painer c./A. Springer et al.*, aff. C-145/10, *D.* 2012. 471, note N. Martial-Braz ; *CCE* 2012, comm. 26, C. Caron ; *RLDI* 2012/78, n^o 2589, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 30, note A. Lucas ; *RTD com.* 2012. 109, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2837, obs. P. Sirinelli.

2001. Civ. 1^{re}, 9 nov. 1983, *JCP* 1984, II, 20189, note Françon ; *D.* 1984, jurispr. p. 297, note J. Huet ; et Cass., ass. plén., 30 oct. 1987, *RTD com.* 1988. 57, obs. Françon ; *JCP* 1988, II, 20932, note J. Huet.

2002. Paris 20 févr. 2008, *RIDA* 2008, n^o 218, p. 504.

2003. TGI Paris, 14 mars 2012, *RLDI* 2012/83, n^o 2770, comm. P. Mouron ; *RLDI* 2012/87, n^o 2931, obs. J.-B. Auroux.

2004. Crim. 30 janv. 1978, *D.* 1979. 583, note J. Le Calvez ; *RTD com.* 1979. 456, obs. Françon.

2005. Paris, 17 févr. 2006, RG n° 04/18715, legalis.net.

2006. TGI Nancy, 6 déc. 2010, *RLDI* 2011/69, n^o 2263, obs. M. Trézéguet ; *Gaz. Pal.* 2011, n^o 54, p. 22, obs. L. Marino.

2007. *JO* n° 57 du 9 juill. 2013, p. 11379. Cf. B. Galopin, « Retour sur l'exception pédagogique après la loi d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République », *Légipresse* 2013, n° 309, p. 563.

2008. Cf. C. Alleaume, « Les exceptions de pédagogie et de recherche », *CCE* 2006, étude 27.

2009. Sur la comparaison de l'exception pédagogique et de l'exception de courte citation, *cf.* M. Dupuis, « Le droit de citation des œuvres et le régime de l'exception pédagogique », *RLDI* 2009/40, n° 1345.

201. *Ibid.*

2010. Sur la question de savoir si cette exception peut s'étendre à la mise en ligne d'œuvres dans le cadre de l'enseignement à distance, *cf.* A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schoettler, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n° 438.

2011. B. Galopin, « Retour sur l'exception pédagogique après la loi d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République », *Légipresse* 2013, n° 309, p. 563.

2012. Pour un refus d'application à un débat politique, *cf.* CE 2 déc. 2009, *Propriété intellectuelle* 2010, n° 35, note A. Lucas.

2013. Crim. 5 févr. 2008, *RIDA* 2008, n^o 216, p. 451 ; *CCE* 2008, comm. 33, C. Caron ; *Propri. intell.* 2008, n^o 28, p. 299, comm. G. Corman, C. Flourens et V. Ulmann.

2014. CEDH 10 janv. 2013, *Ashby Donald c./ France*, req. n^o 36739/08, *D.* 2013. 172, obs. C. Manara ; *CCE* 2013, comm. 39, C. Caron ; *RLDI* 2013/92, n^o 3052, obs. L. Costes ; *CCE* 2013, étude 8, A. Zollinger ; *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 223, obs. J.-M. Bruguière ; *RTD com.* 2013. 274, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2013. 2489, obs. P. Tréfigny ; *Légipresse* 2013, n^o 304, p. 221, obs. F. Marchadier.

2015. Civ. 1^{re}, 2 oct. 2007, *RIDA* 2008, n^o 214, p. 339 ; *CCE* 2008, comm. 33, C. Caron ; *RLDI* 2008/35, n^o 1166, obs. L. Costes ; *RLDI* 2008/37, n^o 1130, obs. J. Aittouares ; *Propri. intell.* 2008, n^o 28, p. 299, comm. G. Corman, C. Flourens et V. Ulmann ; dans le même sens, Paris, 12 déc. 2012, *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 198, obs. A. Lucas.

2016. Cass., ass. plén., 30 oct. 1987, *RTD com.* 1988. 57, obs. Françon ; *JCP* 1988, II, 20932, note J. Huet.

2017. TGI Paris, 20 juin 2013, *RLDI* 2013/99, n^o 3276, comm. C. Le Goffic.

2018. Cf., dans le même sens, affirmant que ne constitue pas une faute justifiant un licenciement le fait, pour un ancien salarié, de diffuser, sur son site web, des œuvres collectives à la création desquelles il avait participé, dans le cadre d'une recherche d'emploi : Soc. 22 sept. 2011, n^o 10-13983, *Cahiers sociaux du barreau de Paris*, 2011, n^o 235, p. 294, note F.-J. Pansier.

2019. Cf. C. Alleaume, « Les exceptions de pédagogie et de recherche », *CCE* 2006, étude 27.

202. Civ. 1^{re}, 17 mai 1972, *Bull. civ. I*, n^o 132. Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, n^o pourvoi 02-13936, *Bull. civ. I*, n^o 314.

2020. En ce sens, M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2013, n^o 632 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schoettler, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n^o 452 ; *contra*, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 367.

2021. Paris, 13 oct. 2006, *Propriété intellectuelle* 2007, n° 22, p. 91, obs. J.-M. Bruguière ; Paris, 18 févr. 2011, *Propriété intellectuelle* 2011, n° 39, p. 187, note J.-M. Bruguière.

2022. TGI Paris, 29 nov. 2000, *RIDA* 2001, n^o 189, p. 377.

2023. TGI Paris, 5 mars 2008, *RIDA* 2008, n^o 217, p. 338.

2024. Paris 1^{er} févr. 2006, *RIDA* 2006, n^o 210, p. 376 ; Paris, 18 févr. 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 39, p. 187, note J.-M. Bruguière.

2025. TGI Paris, 29 nov. 2000, *RIDA* 2001, n^o 189, p. 377.

2026. Paris, 25 janv. 2012, *Légipresse* 2012, n^o 294, p. 304, obs. E. Pierrat. Dans le même sens, Paris, 11 sept. 2013, *RLDI* 2013/98, n^o 3266, comm. P. Mouron (« *Fientrevue* »).

2027. *Cf.* Aix-en-Provence, 13 mars 2006, *Gaz. Pal.* 14 nov. 2006, n^o 318, p. 18, obs. M. Cauvin (absence de preuve de l'originalité du site parodié).

2028. TGI Paris, 29 mai 2001, *Gaz. Pal.* 24 janv. 2002, n^o 24, p. 43, note D. Walon.

2029. s. Dusollier et A. Strowel, « La protection légale des systèmes techniques », *Propriété intellectuelle*, 2001, n^o 1, p. 10.

203. Civ. 1^{re}, 3 nov. 1999, *Bull. civ.* I, n^o 291 ; *D.* 2000. Somm. 429, obs. M. Nicod.

2030. V. ss 463-467.

2031. P. Tafforeau et C. Monnerie, *Droit de la propriété intellectuelle : propriété littéraire et artistique, propriété industrielle, droit international*, Gualino, 3^e éd., 2012, n^o 247. Cf. également C. Rojinsky, « Cyberspace et nouvelles régulations technologiques », *D.* 2001. 844.

2032. Sur les différentes techniques utilisées, *cf.* H. Bitan, *Droit des créations immatérielles*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2010, n^o 367 à 378.

2033. *Cf.* M. Leroy, « Mesures techniques de protection des documents contre la copie et l'utilisation illicite de fichiers numériques », *CCE* 2005, fiche pratique 1.

2034. Cf., à propos du *fingerprinting* par la société Audible Magic pour Dailymotion, G. De Martino, « Plateformes web 2.0 et ayants droit : quels accords ? », in *Contrefaçon sur Internet – les enjeux du web 2.0*, Litec, 2009, p. 47. Pour un exemple de technologie d'empreinte numérique : Paris, 21 juin 2013, *D.* 2013. 2493, obs. J. Larrieu ; *Gaz. Pal.* 31 oct. 2013, n^o 304, p. 18, note L. Marino ; *RLDI* 2013/95, n^o 3166, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2013, n^o 49, p. 83, obs. J.-M. Bruguière.

2035. s. Dusollier et A. Strowel, « La protection légale des systèmes techniques », *Propriété intellectuelle*, 2001, n^o 1, p. 10.

2036. V. ss 485.

2037. Paris, 15 juin 2005, *CCE* 2006, comm. 3, C. Caron (condamnation, rendue avant l'adoption de l'article L. 335-3-1 du Code de la propriété intellectuelle, d'un internaute ayant débloqué les algorithmes de protection de *l'Encyclopaedia Universalis*).

2038. Par ex., à propos de la diffusion du logiciel « TUBEMASTER ++ » qui permettait d'enregistrer la musique diffusée en *streaming* sur Deezer : T. corr. Nîmes, 28 juin 2013, n^o 13/1677, *CCE* 2014, comm. 11, É. Caprioli.

2039. Paris, 26 sept. 2011, *RLDI* 2011/76, n^o 2507, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/79, n^o 2624, note A.-S. Lampe.

204. C. pr. civ., art. 287.

2040. Sur l'histoire de la contrefaçon, *cf.* D. Lefranc, « La contrefaçon en droit d'auteur : naissance – extension – scission », *Propri. intell.* 2009, n^o 30, p. 19.

2041. TGI Paris, réf., 23 janv. 2007, *CCE* 2007, comm. 46, A. Lepage.

2042. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012 (3 arrêts), *CCE* 2012, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2012. 2075, obs. C. Castets-Renard ; *RLDI* 2012/85, n^o 2866, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/86, n^o 2889, comm. C. Gateau et C. Coslin ; *JCP* 2012. 1007, note J.-M. Bruguière ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 416, obs. A. Lucas ; *D.* 2012. 2844, obs. P. Sirinelli.

2043. TGI Paris, 18 déc. 2009, *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 619, note A. Lucas ; *CCE* 2010, étude 11, F.-M. Piriou ; *RIDA* 2010, n^o 224, p. 449 ; *JCP* 2010, II, 247, note A. Lucas ; *CCE* 2010, Chron. n^o 1, note M.-E. Ancel.

2044. TGI Pontoise, 2 févr. 2005, *D.* 2005. Somm. 513, note C. Caron ; *RLDI* 2005/3, n^o 80, comm. F. Macrez ; confirmé par Versailles, 16 mars 2007, *CCE* 2007, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2007. 1991, obs. C. Le Stanc ; *RTD com.* 2007. 548, obs. F. Pollaud-Dulian ; TGI Meaux, 21 avr. 2005, *RLDI* 2005/7, n^o 183, obs. L. Thoumyre ; TGI Le Havre, réf., 20 sept. 2005, *RLDI* 2005/11, n^o 305, obs. F. Macrez.

2045. Aix-en-Provence, 5 sept. 2007, *RIDA* 2007, n^o 214, p. 346 ; *CCE* 2007, comm. 130, C. Caron ; *D.* 2007. 1993, obs. C. Le Stanc ; *Propr. intell.* 2007, n^o 24, p. 320, note A. Lucas ; *RTD com.* 2008. 301, obs. F. Pollaud-Dulian ; Versailles, 16 mars 2007, *CCE* 2007, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2007. 1991, obs. C. Le Stanc ; *RTD com.* 2007. 548, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Crim.* 30 mai 2006, *D.* 2006. AJ 1684, obs. J. Daleau ; *Jur. p.* 2676, note E. Dreyer, et *Pan. p.* 2991, obs. P. Sirinelli.

2046. Civ. 1^{re}, 4 févr. 1992, *JCP* 1992, II, 21930, note X. Daverat ; *D.* 1992. 182, note P.-Y. Gautier ; T. com. Paris, 10 janv. 2008, *RLDI* 2008/38, n^o 1133, note J.-B. Auroux ; *RLDI* 2008/39, n^o 1288, note J.-M. Léger ; *Propri. intell.* 2008, n^o 28, p. 318, note J.-M. Bruguière (contrefaçon par imitation de baladeurs mp3 « Apple nano »).

2047. Paris, 17 nov. 2006, *CCE* 2006, comm. 37, É. Caprioli ; *Propri. intell.* 2007, n^o 22, p. 110, obs. X. Buffet-Delmas ; Paris, 23 mars 2012, *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 415, note A. Lucas ; Paris, 27 févr. 2013, *RLDI* 2013/92, n^o 3058, obs. L. Lalot ; Paris, 27 févr. 2013, *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 207, obs. A. Lucas. Cf. les obs. d'A. Lucas sous Douai, 30 nov. 2012, *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 78 ; G. Marchais et P. Martini-Berton, « La défense des créations esthétiques », *Propri. intell.* 2013, n^o 49, p. 463.

2048. Cf. P. Massot, « Focus sur la force probante des pages web archivées par Internet Archive », *Propri. intell.* 2013, n^o 48, p. 334.

2049. Cf. F. Bourguet, « Droit d'information – Le bilan de deux ans d'application », *Propriété intellectuelle* 2010, n^o 35, p. 682.

205. C. pr. civ., art. 287 à 295.

2050. Civ. 1^{re}, 29 mai 2001, *Propr. intell.* 2001, n° 1, p. 71, note P. Sirinelli ; *CCE* 2001, comm. 81, C. Caron.

2051. Civ. 1^{re}, 16 mai 2006, *CCE* 2006, comm. 104, C. Caron ; *RTD com.* 2006. 497, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RLDI* 2006/19, n° 557, obs. M. Léger ; *D.* 2006. 2999, obs. P. Sirinelli ; Civ. 1^{re}, 2 oct. 2013, *D.* 2013. 2499, obs. A. Latil ; *CCE* 2013, comm. 111, C. Caron ; *RLDI* 2014/101, n° 3339, obs. X. Près ; *Gaz. Pal.* 6 mars 2014, n° 65, p. 15, obs. L. Marino ; *Légipresse* 2014, n° 312, p. 32, obs. V. Varet.

2052. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 518.

2053. Déc. 9 octobre 2009, *JO* 11 oct. 2009, *Propri. intell.* 2010, n^o 34, obs. A. Lucas.

2054. *JO* 18 mai 2011, p. 8537 ; *Propri. intell.* 2011, n^o 40, p. 305, obs. J.-M. Bruguière.

2055. Cf. J. De Werra, « Arbitrage et propriété intellectuelle : (aussi) une question contractuelle », *Propr. intell.* 2013, n^o 46, p. 24.

2056. Loi n^o 2007-1544, *JO* 30 oct. 2007, p. 17775. Cf. les commentaires de C. Caron, *JCP E* 2007, n^o 47, p. 9 ; J. Castelain et N. Rebbot, *Légipresse*, déc. 2007, p. 167 ; F. Chaltiel, *CCC*, déc. 2007, p. 2, et janv. 2008, p. 7 ; C. Derambure, *RLDI* 2007, n^o 32, p. 67 ; M. Filiol de Raimond, *RLDA* 2007, n^o 21, p. 24 ; J.-C. Galloux, *D.* 2008. 302 ; J.-P. Gasnier, *Propri. ind.*, déc. 2007, p. 11 ; B. May, *Propri. ind.*, mars 2008, p. 9 ; J.-M. Bruguière, *Propri. intell.* 2008, n^o 27, p. 227, T. Azzi, *D.* 2008. 700 ; et G. Raymond, *CCC*, déc. 2007, p. 30.

2057. Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, *JO* n° 60 du 12 mars 2014, p. 5112 ; *JCP* 2014, n° 416, obs. N. Binctin ; *RLDI* 2014/103, n° 3415, obs. L. Costes.

2058. *Cf.* A. Lebois, « La fixation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *RLDI* 2012/86, n^o 2899.

2059. C. Le Goffic et M. Wagner, « La pénalisation de la contrefaçon », *Droit pénal* 2009, étude 26.

206. C. pr. civ., art. 296 à 298.

2060. Pour un exemple : Aix-en-Provence, 10 janv. 2012, *RIDA* 2012, n^o 231, p. 356 (1 euro par titre musical, et 7 euros par vidéogramme téléchargé illégalement). Cf. égal. Crim., 18 juin 2013, n^o 12-84.571 (allocation de 26 millions d'Euros de dommages et intérêts au titre du manque à gagner).

2061. En ce sens, se référant à la directive du 29 avril 2004, que transpose la loi du 29 octobre 2007 : Com. 10 févr. 2009, *D.* 2010. 851, obs. s. Durrande.

2062. H. Lécuyer, « Indemnisation du préjudice en matière de contrefaçon : comme la loi nouvelle est-elle reçue ? », *Gaz. Pal.* 2011, n^o 162, p. 15.

2063. Paris, 22 mars 2011, *RLDI* 2011/71, n^o 2344, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/73, n^o 2407, comm. O. Pignatari ; *RTD com.* 2011. 345, obs. F. Pollaud-Dulian.

2064. Crim. 25 sept. 2012, *RLDI* 2012/88, n^o 2935, obs. L. Costes ; *RLDI* 2013/89, n^o 2959, obs. O. Pignatari ; *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 80, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2012. 771, obs. F. Pollaud-Dulian ; *CCE*. 2013, chron. 9, n^o 16-17, obs. P. Tafforeau.

2065. TGI Paris, 3 sept. 2009, *RLDI* 2009/54, n^o 1790, comm. A. Bonnier ; *Propri. intell.* 2009, n^o 33, p. 377, obs. J.-M. Bruguière.

2066. TGI Paris, 25 nov. 2008, *RIDA* 2009, n^o 219, p. 388 ; *RLDI* 2009/45, n^o 1472, comm. A. Singh et D. Calmes ; v. également, en référé, TGI Paris, réf., 6 août 2008, *RIDA* 2009, n^o 219, p. 388 ; *RLDI* 2008/41, n^o 1348, note A. Gallego ; *RLDI* 2008/42, n^o 1373, comm. C. Bernault ; *Propri. intell.* 2008, n^o 29, p. 427, obs. J.-M. Bruguière ; jugement confirmé par Paris, 14 déc. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2592, obs. L. Costes.

2067. Versailles, 31 mars 2011, *RLDI* 2011/73, n^o 2432, obs. M. Trézéguet ; *CCE* 2011, repère 8, obs. C. Caron.

2068. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012 (3 arrêts), *CCE* 2012, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2012. 2075, obs. C. Castets-Renard ; *RLDI* 2012/85, n^o 2866, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/86, n^o 2889, comm. C. Gateau et C. Coslin ; *JCP* 2012. 1007, note J.-M. Bruguière ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 416, obs. A. Lucas ; *D.* 2012. 2844, obs. P. Sirinelli.

2069. *Ibid.*

207. C. pr. civ., art. 288.

2070. *Cf.* Paris, 3 mai 2011, *RLDI* 2011/72, n^o 2385, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2011, n^o 40, p. 304, comm. J.-M. Bruguière ; *D.* 2011. 1341, note C. Manara ; *LPA* 2011, n^o 254, p. 21, obs. X. Daverat ; *Gaz. Pal.* 15 oct. 2011, n^o 288, p. 35, note A. Van De Wiele ; *CCE* 2011, comm. 63, C. Caron.

2071. Cons. const. 10 juin 2009, n^o 2009-580 DC, *JCP* 2009, II, 101, note J.-P. Feldman ; *LPA* 2009, n^o 125, p. 7, note F. Chaltiel ; *D.* 2009. 1770, note J.-M. Bruguière ; *D.* 2010. 2045, obs. L. Marino ; *RTD civ.* 2009. 754, obs. T. Revet ; *RTD com.* 2009. 730, note F. Pollaud-Dulian ; *RSC* 2010. 415, obs. A. Cappello. Sur les mesures de filtrage des contenus, v. ss 544-545.

2072. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, *Gaz. Pal.* 25-26 juill. 2012, n^o 208, p. 9, comm. C. Le Goffic ; *RLDI* 2012/85, n^o 2851, obs. L. Costes ; *D.* 2012. 2345, obs. J. Larrieu ; *RLDI* 2012/87, n^o 2905, comm. G. Gomis ; *Propr. intell.* 2012, n^o 45, p. 413, obs. J.-M. Bruguière ; *D.* 2012. 2852, obs. P. Sirinelli.

2073. TGI Paris, 13 sept. 2012, *CCE* 2012, comm. 122, A. Debet ; *RLDI* 2012/88, n⁰ 2948, comm. B. Vandeveldé.

2074. TGI Paris, réf., 28 nov. 2013, *RLDI* 2013/99, n° 3294, obs. L. Costes ; *RLDI* 2014/101, n° 3307, comm. W. Duhén ; *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 91, obs. J.-M. Bruguière ; *RLDI* 2014/101, n° 3340, obs. O. Pignarari ; *Gaz. Pal.* 6 mars 2014, n° 65, p. 22, obs. L. Marino.

2075. CJUE, 27 mars 2014, *UPC*, aff. C-314/12, *D.* 2014. 823, obs. P. Allaeyls ; *RLDI* 2014/103, n° 3417, obs. L. Costes; v. ss 546.

2076. Conclusions rendues le 26 nov. 2013, dans l'aff. C-314/12.

2077. CJUE, 27 mars 2014, *UPC*, aff. C-314/12, *D.* 2014. 823, obs. P. Allaeyls ; *RLDI* 2014/103, n° 3417, obs. L. Costes, pts. 48 à 53.

2078. Par ex., T. com. Paris, 10 janv. 2008, *RLDI* 2008/38, n^o 1133, note J.-B. Auroux ; *RLDI* 2008/39, n^o 1288, note J.-M. Léger ; *Propri. intell.* 2008, n^o 28, p. 318, note J.-M. Bruguière (contrefaçon par importation de baladeurs imitant l'iPod « Nano » d'Apple).

2079. V. ss 447.

208. C. pr. civ., art. 292.

2080. V. ss 519-520.

2081. Versailles, 16 mars 2007, *CCE* 2007, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2007. 1991, obs. C. Le Stanc ; *RTD com.* 2007. 548, obs. F. Pollaud-Dulian ; TGI Nanterre, 12 févr. 2009, *RLDI* 2009/49, n^o 1603, obs. L. Costes ; Paris, 25 mars 2009, *RLDI* 2009/49, n^o 1604, obs. L. Costes.

2082. TGI Nanterre, 12 févr. 2009, *RLDI* 2009/49, n^o 1603, obs. L. Costes.

2083. Cons. const. 27 juill. 2006, n^o 2006-540 DC, *JO* 3 août 2006, p. 11541 ; *D.* 2006. 2157, obs. C. Castets-Renard ; *RTD civ.* 2006. 791, obs. T. Revet ; *Légipresse* 2006, p. 129, note L. Thoumyre.

2084. Crim. 13 déc. 1995, *RIDA* 1996, n^o 169, p. 279.

2085. Versailles, 16 mars 2007, *CCE* 2007, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2007. 1991, obs. C. Le Stanc ; *RTD com.* 2007. 548, obs. F. Pollaud-Dulian.

2086. Paris, 25 mars 2009, *RLDI* 2009/49, n^o 1604, obs. L. Costes.

2087. *Cf.* C. Bernault, « Les sanctions pénales de la contrefaçon », *RLDI* 2012/86, n^o 2898.

2088. Paris, 26 mai 2004, *CCE* 2005, comm. 6, C. Caron (condamnation à six mois de prison ferme pour un récidiviste agissant dans un but mercantile) ; TGI Nantes, 4 sept. 2008, *RLDI* 2008/43, n^o 1410, note M. Trézéguet (condamnation à trois mois de prison ferme pour un internaute ayant vendu des copies de films sur une plate-forme d'e-commerce).

2089. Versailles, 16 mars 2007, *CCE* 2007, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2007. 1991, obs. C. Le Stanc ; *RTD com.* 2007. 548, obs. F. Pollaud-Dulian (condamnation à trois mois de prison avec sursis pour un prévenu qualifié d'« honnête enseignant ») ; TGI Nanterre, 12 févr. 2009, *RLDI* 2009/49, n^o 1603, obs. L. Costes (condamnation à un mois de prison avec sursis pour des salariés ayant téléchargé un film).

209. Com. 9 mars 1981, *Bull. civ.* IV, n^o 126 ; *RTD civ.* 1981. 902, obs. R. Perrot.

2090. Aix-en-Provence, 5 sept. 2007, *RIDA* 2007, n^o 214, p. 346 ; *CCE* 2007, comm. 130, C. Caron ; *D.* 2007. 1993, obs. C. Le Stanc ; *Propri. intell.* 2007, n^o 24, p. 320, note A. Lucas ; *RTD com.* 2008. 301, obs. F. Pollaud-Dulian (condamnation à une amende de 15 000 euros avec sursis à hauteur de 12 000 euros).

2091. Pour un exemple, Versailles, 16 mars 2007, *CCE* 2007, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2007. 1991, obs. C. Le Stanc ; *RTD com.* 2007. 548, obs. F. Pollaud-Dulian ; Aix-en-Provence, 5 sept. 2007, *RIDA* 2007, n^o 214, p. 346 ; *CCE* 2007, comm. 130, C. Caron ; *D.* 2007. 1993, obs. C. Le Stanc ; *Propr. intell.* 2007, n^o 24, p. 320, note A. Lucas ; *RTD com.* 2008. 301, obs. F. Pollaud-Dulian.

2092. Pour un exemple, Aix-en-Provence, 5 sept. 2007, préc.

2093. Sur la question, *cf.* l'ouvrage d'E. Derieux et A. Granchet, *Lutte contre le téléchargement illégal*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2010 ; et G. Blanc-Jouvan, « Le droit d'auteur face au téléchargement », in B. Teyssié (dir.), *La communication numérique, un droit, des droits*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 223.

2094. Sur la genèse du dispositif *HADOPI*, v. C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit – Le droit à l'épreuve d'Internet*, Dalloz, coll. « Praxis », 2012, n^o 75-70 à 75-75.

2095. Cf. C. Alleaume, « Le projet de loi “Création et Internet” du 18 juin 2008 », *Propriété intell.* 2008, n^o 29, p. 388.

2096. Loi n^o 2009-669 du 12 juin 2009, *JO* n^o 135, 13 juin 2009, p. 9666. Cf. les commentaires d'E. Derieux, *JCP* 2009, n^o 26, 36 ; J.-M. Bruguière, *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 277 ; F. Pollaud-Dulian, *RTD com.* 2009. 730 ; L.-M. Duong, *D.* 2010. 783 ; V.-L. Bénabou, *RLDI* 2009/52, n^o 1732.

2097. Cons. const. 10 juin 2009, n^o 2009-580 DC, *JCP* 2009, II, 101, note J.-P. Feldman ; *LPA* 2009, n^o 125, p. 7, note F. Chaltiel ; *D.* 2009. 1770, note J.-M. Bruguière ; *D.* 2010. 2045, obs. L. Marino ; *RTD civ.* 2009. 754, obs. T. Revet ; *RTD com.* 2009. 730, note F. Pollaud-Dulian ; *RSC* 2010. 415, obs. A. Cappello.

2098. Pour une critique, *cf.* M. Bardin, « Le droit d'accès à Internet : entre “choix de société” et protection des droits existants », *RLDI* 2013/91, n^o 3047.

2099. Loi n^o 2009-1311, *JO* n^o 251, 29 oct. 2009, p. 18290. V. les commentaires de J. Lesueur, *CCE* 2009, étude 25 ; J.-M. Bruguière, *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 629 ; C. Caron, *CCE* 2010, comm. 1.

21. C. civ., art. 1347.

210. Devant le TGI, art. 771 C. pr. civ. ; le juge rapporteur pour le tribunal de commerce, C. pr. civ., art. 865 al. 1^{er}.

2100. Cons. const. 22 oct. 2009, n^o 2009-590 DC, *JO* 29 oct. 2009, p. 18292 ; *RLDI* 2009/54, n^o 1780, obs. E. Derieux.

2101. Cette disposition n'est toutefois pas applicable aux éditeurs de sites qui diffusent des contenus contrefaisants : Crim. 12 mars 2013, *CCE* 2013, comm. 74, C. Caron ; *Propriété intell.* 2013, n^o 48, p. 305, obs. A. Lucas.

2102. Cf. les obs. de J.-M. Bruguière, *Propri. intell.* 2010, n^o 37, p. 977 et M. Imbert-Quaretta, J.-Y. Monfort et J.-B. Carpentier, « La contravention de négligence caractérisée à la lumière de la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée », *JCP* 2012, n^o 19, 591.

2103. Décr. n^o 2013-596 du 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du Code de la propriété intellectuelle, *JORF* n^o 0157, 9 juill. 2013, p. 11428 ; *RLDI* 2013/96, p. 3, obs. L. Costes ; *D.* 2013. 1744, obs. J. Daleau.

2104. Décr. n° 2010-236 du 5 mars 2010, relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'art. L. 331-29 du Code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur Internet », *JO* 7 mars 2010, p. 56 (modifié par le Décret n° 2011-264 du 11 mars 2011, *JO* du 13 mars 2011, p. 4561) ; Décr. n° 2010-695 du 25 juin 2010 instituant une contravention de négligence caractérisée protégeant la propriété littéraire et artistique sur Internet, *JO* 26 juin 2010, p. 11536 ; Décr. n° 2010-862 du 26 juillet 2010 relatif à la procédure devant la Commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, *JO* 27 juill. 2010, p. 13874 ; *Propri. intell.* 2010, n° 37, p. 977, obs. J.-M. Bruguière ; Décr. n° 2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne, *JO* 1^{er} mars 2011, p. 3643 ; *RLDI* 2011/70, n° 2323, obs. C. Castets-Renard.

2105. Sur le traitement non automatisé (c'est-à-dire sans une surveillance préalable automatisée des réseaux), *cf.* Crim. 13 janv. 2009, *RLDI* 2009/46, n^o 1507, obs. L. Costes ; *D.* 2009. Somm. 497, note J. Daleau ; *RLDI* 2009/49, n^o 1625, comm. F. Chafiol-Chaumont et A. Bonnier ; et, sur renvoi, Paris, 1^{er} févr. 2010, *RLDI* 2010/60, n^o 1970, comm. O. Pignatari.

2106. Sur le traitement des données personnelles, v. ss 1143.

2107. Sur la validité du décret, *cf.* CE 20 nov. 2013, n^o 347349.

2108. C. Geiger, « *Legalize it ?* Quelques réflexions sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le contexte de l'utilisation non autorisée des œuvres sur Internet », in C. Geiger et C. Rodà (dir.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, coll. CEIPI, 2014, p. 167.

2109. Rapport 2012-2013 d'activité de la HADOPI :
http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/HADOPI_RapportAnnuel_2013.pdf.
Cf. L. Costes, « Le sort incertain de la HADOPI », *RLDI* 2013/98, p. 3.

211. TGI, art. 145 C. pr. civ. ; tribunal de commerce, C. pr. civ., art. 872.

2110. T. pol. Belfort, 13 sept. 2012, *Gaz. Pal.* 17 août 2012, n^o 291-292, p. 12, obs. L. Marino.

2111. T. pol. Montreuil, 3 juin 2013, *Légipresse* 2013, n° 307, p. 399.

2112. A. Strowel, « La lutte contre le téléchargement illicite : en attendant le succès de l'offre licite », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 261.

2113. Rapport disponible à l'adresse
www.culturecommunication.gouv.fr/var/culture/storage/culture_mag/rapport_lescure/index.htm#,
cf. les commentaires d'E. Derieux, *RLDI* 2013/94, n^o 3109 ; et V. Dahan et H. Tempier, *RLDI*
2013/94, n^o 3131.

2114. C. Caron, « Questions autour d'un serpent de mer », *CCE* 2009, repère 10 ;
P. Tafforeau, « La musique en ligne et les droits voisins : essai de bilan, une décennie après
l'entrée en vigueur de la directive DADVSI du 22 mai 2001 », *RIDA* 2013.237, p. 5, spéc. n° 36.

2115. D. Olivennes, *L'avenir de la propriété intellectuelle*, Carnets des dialogues du matin, Institut Diderot, 2013, p. 19.

2116. C. Caron, préc.

2117. P. Tafforeau, préc.

2118. C. Geiger, « *Legalize it ?* Quelques réflexions sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le contexte de l'utilisation non autorisée des œuvres sur Internet », préc.

2119. P. Tafforeau, préc.

212. C. pr. civ., art. 249 s.

2120. CJCE 29 janv. 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06, *CCE* 2008, comm. 32, C. Caron ; *Propri. intell.* 2008, n^o 27, p. 239, obs. V.-L. Bénabou ; *Gaz. Pal.* 2008, n^o 74, p. 21, note J.-C. Zarka ; *JCP* 2008, II, 10099, note E. Derieux ; *cf.* également CJCE, ord. 19 févr. 2009, aff. C-555/07, *RLDI* 2009/48, n^o 1567, obs. L. Costes.

2121. En ce sens, TGI Paris, 15 avr. 2008, *RIDA* 2008, n^o 216, p. 506 ; *Gaz. Pal.* 2008, n^o 205, p. 42, note E. Barry et C. Fagot ; *Propri. intell.* 2008, n^o 28, p. 335, note J.-M. Bruguière.

2122. CJUE 19 avr. 2012, *Bonnier*, aff. C-461/10, *Europe* 2012, comm. 255, L. Idot ; *Propriété intellectuelle* 2012, n^o 45, p. 438, obs. V.-L. Bénabou.

2123. CJUE 24 nov. 2011, *Scarlet c./SABAM*, aff. C-70/10, *CCE* 2012, comm. 63, A. Debet ; *CCE* 2012, étude 3, A. Neri ; *Gaz. Pal.* 2012, n^o 46, p. 20, obs. L. Marino ; *RLDI* 2012/79, n^o 2622, comm. C. Castets-Renard ; *Propr. intell.* 2012, n^o 42, p. 47, obs. V.-L. Bénabou ; *D.* 2012. 2347, obs. P. Tréfigny ; *Propr. intell.* 2012, n^o 45, p. 346, obs. V.-L. Bénabou ; *D.* 2012. 2851, obs. P. Sirinelli.

2124. CJUE 16 févr. 2012, *Netlog*, aff. C-360/10, *CCE* 2012, comm. 63, A. Debet ; *RLDI* 2009/81, n^o 2699, comm. E. Derieux ; *Europe* 2012, comm. 159, M. Meister ; *D.* 2012. 2347, obs. P. Tréfigny ; *Propr. intell.* 2012, n^o 45, p. 346, obs. V.-L. Bénabou ; *D.* 2012. 2851, obs. P. Sirinelli.

2125. Art. 6.I.7 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

2126. Paris, 21 juin 2013, *D.* 2013. 2493, obs. J. Larrieu ; *Gaz. Pal.* 31 oct. 2013, n^o 304, p. 18, note L. Marino ; *RLDI* 2013/95, n^o 3166, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2013, n^o 49, p. 83, obs. J.-M. Bruguière.

2127. CEDH 18 déc. 2012, *Yildirim c./Turquie*, *RLDI* 2013/92, n^o 3067, obs. L. Lalot ; *CCE* 2013, comm. 77, A. Debet ; *CCE* 2013, étude 14, J.-P. Marguénaud ; *Légipresse* 2013, n^o 305, p. 356, obs. B. Nicaud.

2128. CJUE, 27 mars 2014, *UPC*, aff. C-314/12, *D.* 2014. 823, obs. P. Allaeyts ; *RLDI* 2014/103, n° 3417, obs. L. Costes.

2129. Par ex., TGI Paris, 12 oct. 2012, *RLDI* 2012/87, n^o 2907, obs. L. Costes ; *CCE* 2013, comm. 4, A. Debet.

213. C. pr. civ., art. 256 s.

2130. C. Castets-Renard, « Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'Internet », *D.* 2012. 827.

2131. V. ss 1272 s.

2132. CJUE 23 mars 2010, aff. C-236/08, C-237/08 et C-238/08 (3 arrêts), *RLDI* 2010/61, n^o 1919, note C. Castets-Renard ; *D.* 2010. 885, obs. C. Manara ; *D.* 2010. 1971, obs. P. Tréfigny-Goy ; *D.* 2011. 911, obs. s. Durrande ; *RTD eur.* 2010. 939, Chron. É. Treppoz ; *CCE* 2010, comm. 88, P. Stoffel-Munck ; *CCE* 2010, comm. 70, C. Caron.

2133. Paris, 14 avr. 2010, *CCE* 2010, comm. 74, A. Debet ; *RLDI* 2010/62, n^o 2041, comm. R. Hardouin ; Civ. 1^{re}, 17 févr. 2011, *RLDI* 2011/69, n^o 2258, note C. Castets-Renard ; *D.* 2011. 1113, note L. Grynbaum ; *D.* 2011. 2176, obs. P. Sirinelli, et *D.* 2011. 2371, obs. P. Tréfigny-Goy ; *RTD com.* 2011. 351, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. intell.* 2011, n^o 39, p. 197, note A. Lucas ; TGI Paris, 13 janv. 2011, *RLDI* 2011/70, n^o 2309, comm. A. Saint-Martin.

2134. TGI Paris, 28 avr. 2011, *CCE* 2011, comm. 67, C. Caron.

2135. TGI Paris, réf., 22 juill. 2010, *RLDI* 2010/63, n^o 2072, obs. L. Costes.

2136. Paris, 26 janv. 2011, *RLDI* 2011/68, n^o 2243, obs. L. Costes.

2137. Paris, 14 janv. 2011, *RLDI* 2011/70, n^o 2306, comm. L. Grynbaum ; *Propri. intell.* 2011, n^o 39, p. 199, note A. Lucas ; Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, *CCE* 2012, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2012. 2075, obs. C. Castets-Renard ; *RLDI* 2012/85, n^o 2866, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/86, n^o 2889, comm. C. Gateau et C. Coslin ; *JCP* 2012. 1007, note J.-M. Bruguière ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 416, obs. A. Lucas ; *D.* 2012. 2844, obs. P. Sirinelli.

2138. Paris, 11 déc. 2013, *RLDI* 2014/101, n° 3362, obs. L. Costes ; Paris, 9 avr. 2014, RG n° 13/05205.

2139. Civ. 1^{re}, 17 févr. 2011, *RLDI* 2011/69, n^o 2258, note C. Castets-Renard ; *D.* 2011. 1113, note L. Grynbaum ; *D.* 2011. 2176, obs. P. Sirinelli, et *D.* 2011. 2371, obs. P. Tréfigny-Goy ; *RTD com.* 2011. 351, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. intell.* 2011, n^o 39, p. 197, note A. Lucas.

214. C. pr. civ., art. 263.

2140. TGI Paris 28 oct. 2008, *RIDA* 2009, n^o 220, p. 453 ; *Légipresse* 2009, n^o 260, III, p. 77, note V.-L. Bénabou.

2141. TGI Paris, 19 oct. 2007, *RTD com.* 2008. 308, obs. F. Pollaud-Dulian ; TGI Paris, 9 oct. 2009, *RIDA* 2010, n^o 224, p. 438 ; *CCE* 2010, Chron. n^o 1, note M.-E. Ancel. Pour une description détaillée des différentes obligations des prestataires techniques, *cf.* L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, n^o 65.

2142. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n^o 11-15.165, **n^o** 11-13.666 et n^o 11-13.669, *CCE* 2012, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2012. 2075, obs. C. Castets-Renard ; *RLDI* 2012/86, n^o 2889, comm. C. Gateau et C. Coslin ; *JCP* 2012. 1007, note J.-M. Bruguière ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 416, obs. A. Lucas. ; *RTD com.* 2012. 771, obs. F. Pollaud-Dulian.

2143. Paris, 21 juin 2013, *D.* 2013. 2493, obs. J. Larrieu ; *Gaz. Pal.* 31 oct. 2013, n^o 304, p. 18, note L. Marino ; *RLDI* 2013/95, n^o 3166, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2013, n^o 49, p. 83, obs. J.-M. Bruguière.

2144. V. ss 1324 s.

2145. *JOUE* L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

2146. V. ss 900.

2147. Com. 23 nov. 2010, *CCE* 2011, comm. 11, C. Caron ; Com. 7 déc. 2010, *CCC* 2011, comm. 60, M. Malaurie-Vignal ; Com. 29 mars 2011, *D.* 2012. 1228, Chron. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke.

2148. CJUE 7 déc. 2010, *Pammer*, aff. C-585/08, *D.* 2011. 990, note M.-E. Pancrazi ; *CCE* 2011, étude 1, note M.-É. Ancel ; *D.* 2011. 5, obs. C. Manara ; *D.* 2011. 990, note M.-E. Pancrazi ; *Rev. crit. DIP* 2011. 414, note O. Cachard ; *RTD eur.* 2011. 475, obs. s. Guinchard.

2149. CJUE 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *eBay*, *D.* 2011. 1965, obs. C. Manara ; *D.* 2011. 5024, obs. P.-Y. Gautier ; *RLDI* 2011/74, n^o 2459, comm. L. Grynbaum ; *RLDI* 2011/74, n^o 2460, comm. C. Castets-Renard ; *Propr. ind.* 2011, comm. 71, A. Folliard-Monguiral ; *RTD eur.* 2011. 847, obs. E. Treppoz ; *Gaz. Pal.* 27 oct. 2011, n^o 299, p. 19, obs. L. Marino^o ; *CCE* 2011, comm. 99, C. Caron.

215. C. pr. civ., art. 263, s.

2150. CJUE 18 oct. 2012, *Football Dataco Ltd.*, aff. C-173/11, *RLDI* 2012/87, n^o 2909, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/88, n^o 2933, comm. É. Varet ; *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 88, obs. V.-L. Bénabou ; *CCE* 2013, comm. 22, C. Caron ; *D.* 2013. 533, obs. N. Alaphilippe ; *RTD com.* 2013. 309, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2012. 947, obs. E. Treppoz ; *D.* 2013. 2489, obs. J. Larrieu. V. ss 700.

2151. CJUE 3 oct. 2013, *Pinckney*, aff. C-170/12, *RLDI* 2013/98, n^o 3239, obs. L. Costes; *RLDI* 2013/99, n^o 3277, comm. X. Près ; *CCE*. 2014, chron. 1, n^o 3 à 8, obs. M.-É. Ancel ; *D.* 2014. 311, obs. T. Azzi ; *Propri. intell.* 2014, n^o 50, p. 93, obs. A. Lucas ; *Gaz. Pal.* 6 mars 2014, n^o 65, p. 21, obs. L. Marino.

2152. Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, *D.* 2012. 1005 ; *RLDI* 2012/82, n^o 2735, obs. L. Costes ; *Propr. intell.* 2012, n^o 44, p. 351, obs. A. Lucas.

2153. CJUE 19 avr. 2012, *Wintersteiger*, aff. C-523/10, *D.* 2012. 1926, obs. T. Azzi ; *RJC* 2012, n^o 3, p. 30, obs. M.-É. Ancel ; *RTD com.* 2012. 554, obs. F. Pollaud-Dulian.

2154. Rappr. CJUE, 3 avr. 2014, *Hi Hotel*, aff. C-387/12.

2155. Civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, n° 10-15890 et 11-26822.

2156. Civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, n° 10-15890, *RLDI* 2014/102, n° 3375, obs. L. Costes. ; *CCE* 2014, comm. 33, C. Caron.

2157. *JOUE* L 199, 31 juill. 2007, p. 40.

2158. Cf. M. Vivant, « Propriété intellectuelle, *lex protectionis* et loi réelle », *D.* 2011. 2351.

2159. Civ. 1^{re}, 30 janv. 2007, *Propri. intell.* 2007, n^o 5, p. 56, note A. Lucas.

216. C. pr. civ., art. 246.

2160. TGI Paris, 20 mai 2008, *CCE* 2010, Chron. n^o 1, note M.-E. Ancel ; *JCP E* 2009, 1108, n^o 11, obs. H.-J. Lucas ; *RTD com.* 2008. 557, obs. F. Pollaud-Dulian.

2161. TGI Paris, 9 oct. 2009, *RIDA* 2010, n^o 224, p. 438 ; *CCE* 2010, Chron. n^o 1, note M.-E. Ancel.

2162. Paris, 26 janv. 2011 et Paris, 4 févr. 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 39, p. 201 et 204, note A. Lucas.

2163. TGI Paris, 18 déc. 2009, *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 619, note A. Lucas ; *CCE* 2010, étude 11, F.-M. Piriou ; *RIDA* 2010, n^o 224, p. 449 ; *JCP* 2010, II, 247, note A. Lucas ; *CCE* 2010, Chron. n^o 1, note M.-E. Ancel.

2164. TGI Paris, 15 nov. 2013, *PIBD* 2014, n° 1003, III, 300 (application de la loi singapourienne).

2165. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n^o 11-15.165 et n^o 11-15.188, *CCE* 2012, comm. 91, C. Caron ; *D.* 2012. 2075, obs. C. Castets-Renard ; *RLDI* 2012/86, n^o 2889, comm. C. Gateau et C. Coslin ; *JCP* 2012. 1007, note J.-M. Bruguière ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 416, obs. A. Lucas ; *D.* 2012. 2844, obs. P. Sirinelli.

2166. Cf. É. Martin-Hocquengheim, « Le principe de la territorialité de la loi pénale et les infractions commises sur Internet », in B. Teyssié (dir.), *La communication numérique, un droit, des droits*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 495 ; et J. Passa, « Internet et la compétence internationale du juge pénal. À propos de la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 521.

2167. Crim. 29 nov. 2011, *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 41, note A. Lucas ; *JCP* 2012. 422, note E. Dreyer.

2168. Cf. J.-M. Bruguière, « Les droits voisins de la propriété littéraire et artistique », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 161.

2169. Cf. la tentative d'instauration d'un « droit voisin » au bénéfice des organismes de presse : J.-M. Bruguière, « Quand les éditeurs de presse revendiquent un *Canada Dry* des droits voisins », *D.* 2013. 26, et v. ss 443.

217. J. Devèze, « Vive l'article 1322 ! Commentaire critique de l'article 1316-4 du Code civil », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 529 s.

2170. V. ss 367.

2171. Sur les doublures numériques, *cf.* G. Bigle et P. Bigle, « La doublure numérique, un nouvel objet à identifier », *RLDI* 2011/69, n^o 2292.

2172. Civ. 1^{re}, 24 avr. 2013, *RLDI* 2013/93, n^o 3084, obs. L. Costes ; *CCE* 2013, comm. 75, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 2013, n^o 195-199, p. 7, obs. L. Marino ; *CCE* 2013, chron. 9, n^o 2, obs. P. Tafforeau ; *Propri. intell.* 2013, n^o 48, p. 299, obs. J.-M. Bruguière.

2173. Paris, 18 févr. 1993 *D.* 1993. 397, note I. Wekstein-Steg ; Versailles, 9 oct. 2008, *RLDI* 2009/48, n^o 1566, comm. J.-M. Guilloux.

2174. Civ. 1^{re}, 6 juill. 1999, *RTD com.* 1999. 869, note A. Françon ; *CCE* 2000, comm. 42, C. Caron.

2175. Civ. 1^{re}, 24 avr. 2013, n^o 11-20900, préc. : une cour d'appel qui relève que des chroniqueuses « pouvaient aisément être remplacées » doit expliquer en quoi leur interprétation présente un caractère personnel.

2176. Paris, 4 juill. 2008, *RTD com.* 2008. 745, obs. F. Pollaud-Dulian ; Paris, 25 sept. 2009, *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 638, obs. A. Lucas.

2177. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, *RTD com.* 2009. 121, note F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2009, II, n^o 10204, note G. Loiseau ; *CCE* 2009, comm. 1, C. Caron ; *RLDI* 2009/45, n^o 1473, note G. Galan.

2178. Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, *JCP* 2001, II, 10014, note F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2001. 1868, note B. Edelman ; *CCE* 2001, comm. 44, C. Caron ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, n^o 16, comm. s. Pessina-Nissard.

2179. Cf. P. Tafforeau, « La notion d'interprétation en droit de la propriété intellectuelle », *Propr. intell.* 2006, n^o 18, p. 50.

218. V. ss 54.

2180. Paris, 17 mars 2011, *RLDI* 2011/70, n^o 2302, obs. L. Costes.

2181. Paris, 25 sept. 2009, *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 638, obs. A. Lucas.

2182. Paris, 3 mai 2006, *D.* 2007. 2634, note B. Edelman et M. Levinas ; Paris, 14 déc. 2011, cité par P. Tafforeau, « Un an de droits voisins », *CCE* 2012, chron. 9, n^o 1.

2183. Civ. 1^{re}, 27 nov. 2008, *RTD com.* 2009, note F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2009, n° 31, p. 174, note J.-M. Bruguière ; *CCE* 2009, comm. 13, C. Caron ; *JCP* 2009, I, 30, n° 15, obs. C. Caron.

2184. Versailles, 28 sept. 2000, *Légipresse* 2000, n^o 178, III, p. 1, note V. Valette ; Paris, 23 oct. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1842, obs. B. Spitz.

2185. V. ss 416.

2186. TGI Paris, 28 oct. 2008, *RIDA* 2009, n^o 220, p. 453 ; *Légipresse* 2009, n^o 260, III, p. 77, note V.-L. Bénabou.

2187. Soc. 8 févr. 2006, *RTD com.* 2006. 374, note F. Pollaud-Dulian ; *JCP E* 2006, 1654, note C. Alleaume ; *CCE* 2006, comm. 57, C. Caron ; *D.* 2006. 3000, P. Sirinelli ; *JCP* 2006. II. 10078, note T. Azzi.

2188. Paris, 1^{er} juin 2011, *RLDI* 2011/73, n^o 2419, obs. L. Costes.

2189. *Cf.*, en matière de droit au respect de l'œuvre, TGI Paris, 13 juill. 2007, *RIDA* 2007, n^o 214, p. 352 ; *JCP E* 2008. 1540, obs. B. May.

219. V. ss 62.

2190. Par ex. le duo virtuel créé entre Serge Gainsbourg et Jean-Louis Aubert : Paris, 16 janv. 2002, *Légipresse* 2002, n^o 91, p. 72, note M.-A. Roux.

2191. Cf. B. Spitz, « L'incorporation de l'enregistrement d'une œuvre musicale dans une bande-son télévisée », *RLDI* 2010/56, n^o 1842.

2192. Paris, 1^{er} juin 2011, *RLDI* 2011/73, n^o 2419, obs. L. Costes.

2193. *Cf.*, en ce sens, la condamnation obtenue le 10 mars 2010, devant la *High Court* de Londres, par le groupe Pink Floyd à l'encontre du producteur EMI, qui commercialisait des titres du groupe à l'unité, alors qu'il n'aurait dû les distribuer que « dans la configuration originelle des albums de Pink Floyd » : *RLDI* 2010/59, p. 45.

2194. Soc. 8 févr. 2006, *RTD com.* 2006. 374, note F. Pollaud-Dulian ; *JCP E* 2006. 1654, note C. Alleaume ; *CCE* 2006, comm. 57, C. Caron ; *D.* 2006. 3000, P. Sirinelli ; *JCP* 2006. II. 10078, note T. Azzi.

2195. Paris, 14 nov. 2007, *RIDA* 2008, n^o 216, p. 492 ; pourvoi rejeté par Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, *RIDA* 2010, n^o 216, p. 492 ; *D.* 2010. 1466, note T. Azzi ; *CCE* 2010, comm. 98, C. Caron ; *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 639, obs. J.-M. Bruguière.

2196. *JOUE* L 376, 27 déc. 2006, p. 28.

2197. V. ss 586 s.

2198. V. ss 433-434.

2199. V. ss 433-434.

22. V. ss 25 s.

220. V. ss 59.

2200. CJUE 15 mars 2012, *Phonographic Performance c./Irlande*, aff. C-162/10, *CCE* 2012, comm. 48, C. Caron ; *RLDI* 2012/81, n^o 2705, obs. M. Trézéguet ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 429, obs. V.-L. Bénabou.

2201. CJUE 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) c/ Marco Del Corso*, aff. C-135/10, *RLDI* 2012/81, n^o 2704, obs. M. Trézéguet ; *CCE* 2012, comm. 48, C. Caron ; *RTD com.* 2012. 325, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. intell.* 2012, n^o 45, p. 429, obs. V.-L. Bénabou ; P. Tafforeau, « Un an de droits voisins », *CCE* 2012, chron. 9, n^o 8.

2202. Civ. 1^{re}, 21 mars 2006, *CCE* 2006, comm. 95, C. Caron.

2203. Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, *JCP* 2004, II, 10133, note A. et H.-J. Lucas ; *Rev. crit. DIP* 2004. 595, note T. Azzi ; *Propri. intell.* 2004, n^o 12, p. 783, obs. A. Lucas ; Paris, 15 oct. 2010, *Propri. intell.* 2011, n^o 38, p. 106, obs. A. Lucas.

2204. V. ss 459.

2205. Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, *D.* 2001. 1868 ; *CCE* 2001, n^o 46, note C. Caron ; *JCP* 2002, II, 10014, note F. Pollaud-Dulian.

2206. Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, préc. ; Paris, 28 avr. 2003, *CCE* 2003, comm. 83, C. Caron ; Paris, 29 mai 2013, *CCE* 2013, chron. 9, n^o 11, obs. P. Tafforeau.

2207. Paris, 5 févr. 1999, *JurisData* n^o 1999-023246.

2208. TGI Paris, 15 janv. 2010, *JCP E* 2011, 1230, comm. O. Pignatari ; *RLDI* 2010/59, n^o 1941, note P.-F. Rousseau ; *Propri. intell.* 2010, n^o 35, p. 719, obs. J.-M. Bruguière.

2209. Paris, 7 mars 2012, *RLDI* 2012/81, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/82, n^o 2734, note J. Vincent.

221. V. I Dauriac, « La signature électronique », *op. cit.*

2210. Civ. 1^{re}, 11 sept. 2013, *RLDI* 2013/97, n^o 3214, obs. L. Costes ; *D.* 2013. 2388, obs. G. Querzola ; *CCE* 2013, comm. 100, C. Caron ; *RLDI* 2013/98, n^o 3238, comm. A. Singh et L. Biyao ; *RLDI* 2014/100, n^o 3304, comm. O. Pignatari ; *Légipresse* 2013, n^o 310, p. 604, obs. P. Tafforeau ; *JCP* 2014, p. 1071, obs. N. Binctin.

2211. *Cf.*, pour un raisonnement similaire à propos de « vidéogrammes », Paris, 16 janv. 2004, *CCE* 2004, comm. 38 ; *Propri. intell.* 2005, n^o 14, p. 63, obs. A. Lucas.

2212. J. Vincent, note sous Paris, 7 mars 2012, préc.

2213. Pour une interprétation restrictive de cette disposition : Civ. 1^{re}, 29 mai 2013, *D.* 2013. 1870, obs. G. Querzola.

2214. V. ss 409, 458.

2215. *Cf.* Jurilib, « Interrogations sur la validité juridique des actuels contrats de production phonographique, dits contrats “360°” (1^{re} partie) », *RLDI* 2012/85, n^o 2873, et « 2^e partie », *RLDI* 2012/86, n^o 2902.

2216. Pour une application : Riom, 7 mai 2012, *RLDI* 2012/83, n^o 2779, obs. L. Costes.

2217. Paris, 31 mars 2010, *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 857, obs. J.-M. Bruguière.

2218. V. ss 583.

2219. V. ss 586 s.

222. *Ibid.*

2220. V. ss 468-472.

2221. V. ss 522 s.

2222. Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, *RIDA* 2010, n^o 216, p. 492 ; *D.* 2010. 1466, note T. Azzi ; *CCE* 2010, comm. 98, C. Caron ; *Propri. intell.* 2010, n^o 34, p. 639, obs. J.-M. Bruguière.

2223. Cf. T. Azzi, « Le droit moral de l'artiste-interprète – Retour sur les silences troublants du législateur », *Propri. intell.* 2008, n^o 28, p. 278 ; Cf. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2013, n^o 1198 ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 591 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 146 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schoettler, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n^o 1232.

2224. *JOUE* L 265, 11 oct. 2011, p. 1 ; *Propri. intell.* 2011, n^o 41, p. 411, obs. J.-M. Bruguière ; *D.* 2012. 1491, note J. Huet ; *Légipresse* 2011, n^o 289, p. 700 ; *RTD com.* 2012. 736, obs. F. Pollaud-Dulian ; P. Tafforeau, « Un an de droits voisins », *CCE* 2012, chron. 9, n^o 14 à 19. Cf. G. Querzola, « Retour sur la directive n^o 2011/77/UE étendant la durée de protection de certains droits voisins du droit d'auteur et les difficultés qu'elle suscite (ra) », *RLDI* 2013/89, n^o 2985 ; J.-F. Debarnot, « De l'impact de l'approche européenne en termes d'extension de la durée de certains droits voisins en matière phonographique : cohérence ou anomalie ? », *CCE* 2013, Pratique contractuelle 2.

2225. Pour une critique, cf. J.-M. Bruguière, « Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique », *Propri. ind.* 2010, dossier 10 ; C. Geiger, J. Passa et M. Vivant, « La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public », *JCP* 2009, act. 46 ; C. Geiger, « Vers une propriété intellectuelle éternelle ? », *D.* 2008. 2880.

2226. V. ss 475.

2227. Par exemple, sur les conditions d'incorporation dans une œuvre citante et de mention de la source requises pour l'application de l'exception de courte citation à une interprétation, *cf.* Paris, 13 oct. 2000, *CCE* 2000, comm. 127, C. Caron ; Paris, 10 déc. 2003, *Propri. intell.* 2004, n^o 10, p. 554, obs. P. Sirinelli (à propos d'une prétendue citation sur Internet) et Paris, 10 avr. 2009, *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 274, obs. A. Lucas.

2228. V. ss 481 s.

2229. V. ss 489-495.

223. Comp. J. Devèze, art. préc., qui estime que la simple dénégation de signature par application de l'art. 1322 C. civ. suffit à écarter la présomption établie par l'art. 1316-4 du même code.

2230. Sur la distinction entre « exception » et « limitation » : CJUE 27 juin 2013, *VG Wort*, aff. jtes C-457/11 à 460/11, *RLDI* 2013/96, n^o 3179, obs. L. Costes ; *D.* 2013. 1680 ; *CCE* 2013, comm. 99, C. Caron.

2231. *JOUE* L 376, 27 déc. 2006, p. 28.

2232. CJUE 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) c/ Marco Del Corso*, aff. C-135/10, *RLDI* 2012/81, n^o 2704, obs. M. Trézéguet ; *CCE* 2012, comm. 48, C. Caron ; *RTD com.* 2012. 325, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 429, obs. V.-L. Bénabou ; P. Tafforeau, « Un an de droits voisins », *CCE* 2012, chron. 9, n^o 8.

2233. Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, *JCP* 2006, II, 10009, note T. Azzi ; *CCE* 2006, comm. 132, C. Caron ; *Propri. intell.* 2005, n° 17, p. 438, obs. A. Lucas.

2234. *Ibid.*

2235. *Ibid.*

2236. Pour une jurisprudence postérieure appliquant l'état antérieur du droit : Paris, 23 oct. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1842, obs. B. Spitz.

2237. Civ. 1^{re}, 29 janv. 2002, *JCP E* 2003, p. 278, n^o 8, note H.-J. Lucas ; *CCE* 2002, comm. 36, C. Caron ; *Légipresse* 2002, n^o 190, p. 45, note C. Alleaume ; Civ. 1^{re}, 19 nov. 2002, *D.* 2003. 2753, obs. P. Sirinelli ; Civ. 1^{re}, 16 nov. 2004, *D.* 2005. AJ 144, obs. P. Allaëys ; *CCE* 2005, comm. 8, C. Caron ; *RTD com.* 2005. 87, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2005, n^o 15, p. 176, note P. Sirinelli.

2238. Paris, 16 janv. 2002, *Légipresse* 2002, n^o 91, p. 72, note M.-A. Roux.

2239. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 163.

224. Nancy, ch. Civ. 2^e, 14 févr. 2013, n^o 12/01383, *Sté Carrefour Banque c/ X.*, *JurisData* n^o 2013-004062 ; *CCE* 2013, étude n^o 11, E. Caprioli.

2240. Cf. G. Jahan, « Le droit de diffusion des webradios », *Gaz. Pal.* 2007, n^o 200, p. 20 ; G. Kessler, « *Stationripper* : une nouvelle menace pour le droit d'auteur », *D.* 2005. 3016 ; T. Verbiest, « Webradios : vers un régime de rémunération équitable ? », *RLDI* 2005/1, n^o 17 ; D. Forest, « La webradio entre licence légale et droit exclusif », *Expertises* 2005, n^o 291, p. 135 ; V. Varet, « La qualification juridique de la musique en ligne », *Legicom*, n^o 32, 2004/3, p. 11 ; A. Singh, « La radio Internet et la licence légale en droit français », *RDPI* juill. 2001, p. 16 ; P. Tafforeau, « La musique en ligne et les droits voisins : essai de bilan, une décennie après l'entrée en vigueur de la directive DADVSI du 22 mai 2001 », *RIDA* 2013.237, p. 5, spéc. n^o 27.

2241. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schoettler, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n^o 1215.

2242. CJCE 6 févr. 2003, aff. C-245/00, *CCE* 2003, comm. 37, C. Caron ; *Propri. intell.* 2003, n^o 7, p. 175, obs. A. Lucas ; *JCP E* 2003, n^o 43, 1718, note F. Sardain.

2243. Civ. 1^{re}, 28 juin 2012, *CCE* 2013, chron. 4, n^o 11, obs. X. Daverat ; *Propri. intell.* 2012, n^o 44, p. 428, obs. A. Lucas.

2244. TGI Paris, 23 mai 2001, *RIDA* 2002, n^o 191, p. 219, Chron. A. Kéréver.

2245. Paris, 7 mars 2012, *RLDI* 2012/81, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/82, n^o 2734, note J. Vincent ; P. Tafforeau, « Un an de droits voisins », *CCE* 2012, chron. 9, n^o 4.

2246. Paris, 16 janv. 2004, *CCE* 2004, comm. 38 ; *Propri. intell.* 2005, n^o 14, p. 63, obs.
A. Lucas.

2247. V. ss 398.

2248. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2012, *D.* 2012. 2735, obs. E. Emile-Zola-Place ; *CCE* 2013, comm. 3, C. Caron ; *D.* 2013. 402, obs. T. Azzi ; *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 65, obs. J.-M. Bruguière.

2249. Pour une reproduction sur un disque dur d'ordinateur d'un phonogramme : Paris, 29 sept. 1999, *D. Affaires* 1999. AJ 37.

225. *Ibid.*

2250. Paris, 10 déc. 2003, *Propr. intell.* 2004, n^o 10, p. 554, obs. P. Sirinelli.

2251. V. ss 578.

2252. *Cf.* les obs. de J.-M. Bruguière sous la directive : *Propri. intell.* 2011, n^o 41, p. 412.

2253. V. ss 578.

2254. V. ss 581-583.

2255. V. ss 586-587.

2256. Paris, 9 mai 2001, *CCE* 2001, comm. 86, C. Caron.

2257. Sur la différence entre communication audiovisuelle et communication électronique, cf. T. Pez, « Communication numérique et domaine public hertzien », in B. Teyssié (dir.), *La communication numérique, un droit, des droits*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 395.

2258. Sur cette notion, *cf.* CJUE 18 juill. 2013, *FIFA et UEFA c/ Commission européenne*, 3 arrêts, aff. C-201/11 P, aff. C-204/11 P et aff. C-205/11 P, *CCE* 2013, chron. 10, n^o 8, obs. F. Rizzo ; *Légipresse* 2013, n^o 309, p. 549, obs. C. Haquet.

2259. Sur cette extension, *cf.* les obs. de J.-M. Bruguière, *Propr. intell.* 2009, n^o 32, p. 276.

226. E. Caprioli, note sous Nancy, préc.

2260. *Cf.* CJUE 22 janv. 2013, *Sky*, aff. C-283/11, *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 85, obs. V.-L. Bénabou ; *CCE* 2013, étude 9, F. Rizzo ; *CCE* 2013, chron. 9, n^o 8, obs. P. Tafforeau.

2261. Cf. C. Cohen, « Le monopole d'exploitation des organisateurs d'événements sportifs », in *Propriété intellectuelle et concurrence – Pour une (ré)conciliation*, Litec, 2012, p. 165.

2262. Sur la nature de ce droit, *cf.* notamment les analyses de J.-M. Bruguière, « Les droits voisins de la propriété littéraire et artistique », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 161.

2263. CJUE 4 oct. 2011, *Premier League*, aff. C-403/08 et C-429/08, *CCE* 2011, comm. 110, C. Caron ; *JCP* 2011, II, 1296, note F. Buy et J.-C. Roda ; *Europe* 2011, comm. 468, L. Idot, *RTD eur.* 2012. 229, obs. A.-L. Sibony ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 51, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2011. 744, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2011. 855, note E. Treppoz.

2264. *Cf.* les obs. de J.-M. Bruguière, *Propr. intell.* 2010, n^o 36, p. 860.

2265. Com. 17 mars 2004, *CCE* 2004, comm. 52, C. Caron.

2266. Paris, 14 oct. 2009, *RLDI* 2009/54, n^o 1788, obs. M. Trézéguet ; *RTD com.* 2010. 298, note J. Azéma ; *Gaz. Pal.* 23 avr. 2010, n^o 113-114, p. 30, obs. B. Thoré ; *Propri. intell.* 2010, n^o 35, p. 771, obs. J. Passa. Cf. également Paris, 12 déc. 2012, *D.* 2013. 81, obs. s. Cherqui ; *RLDI* 2013/91, n^o 3026, obs. P.-D. Cervetti ; *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 211, obs. J.-M. Bruguière ; *CCE* 2013, étude 15, F. Fajgenbaum et T. Lachacinski.

2267. Cf. l'ouvrage détaillé d'H. Bitan, *Droit des créations immatérielles*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2010.

2268. Directive n^o 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *JOCE* L 122, 17 mai 1991, p. 42.

2269. *JOUE* L 111, 5 mai 2009, p. 16.

227. *Cf.* I. de Lamberterie, J.-F. Blanchette, art. préc., p. 1274.

2270. Directive n^o 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE* n^o L 77, 27 mars 1996, p. 20.

2271. *Cf.* not. E. Logeais, « La révolution numérique bouscule le droit européen des bases de données », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 225.

2272. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 175.

2273. Sur cette question, cf. not. H. Bitan, *Droit des créations immatérielles*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2010, n^o 119 à 170 ; J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, t. 2, LGDJ, 2013, n^o 87 à 94 ; F. Macrez, « L'invention brevetable dans la pratique de l'Office européen des brevets », in C. Geiger (dir.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, coll. « CEIPI », 2013, p. 85, spéc. p. 99 à 102.

2274. B. May et M. Liens, « Le caractère technique et l'éléphant », *Propr. ind.* 2011, étude 5.

2275. *Cf.* not. F. Macrez, « Logiciel et brevetabilité : Recherche clarté désespérément », *RLDI* 2009/51, n^o 1663 ; A. Latreille, « Logiciels, objets de propriétés », *RLDI* 2009/49 sup., n^o 1637.

2276. Sur cette pratique, *cf.* not. M. Colombo et P. Bohland, « La brevetabilité des interfaces graphiques », *Propri. ind.* 2008, étude 27 ; L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, n^o 124, p. 264.

2277. A. Latreille, « Logiciels, objets de propriétés », *RLDI* 2009/49 sup., n^o 1637.

2278. *Cf.* la décision « IBM » de l'OEB : OEB, ch. recours techniques, 1^{er} juill. 1998, *JOOEB* oct. 1999, p. 609.

2279. OEB, ch. recours techniques, 15 juill. 1986, aff. T 208/84, *Vicom*.

228. Décr. n^o 55-22, 4 janv. 1955, art. 4.

2280. Cf. les références données par F. Macrez, « Les fonctionnalités du logiciel sont (toujours) de libre parcours » (note sous T. com. Nanterre, 9 févr. 2007), *RLDI* 2008/36, n^o 1195.

2281. TGI Paris, 10 juin 2005, *PIBD* 2005, n^o 815, III, 541.

2282. TGI Paris, 19 mars 2010, *RLDI* 2010/61, n^o 2000, comm. P. Breesé ; *D.* 2010. 1966, Chron. C. Le Stanc.

2283. Paris, 10 janv. 2003, *PIBD* 2003, n^o 760, III, 145 ; Rennes, 7 oct. 2003, *PIBD* 2004, n^o 777, III, 7.

2284. C. Le Stanc, « L'introuvable brevet de logiciel : recherche d'avis », *Propriété industrielle* 2009, repère 6 ; F. Macrez, « Logiciel et brevetabilité : Recherche clarifiée désespérément », *RLDI* 2009/51, n° 1663.

2285. OEB, gde ch., 12 mai 2010, aff. G-3/08, *D.* 2010. 1966, Chron. C. Le Stanc ; *Propriété ind.* 2011, étude 5, B. May et M. Liens ; *Gaz. Pal.* 2010, n^o 204, obs. V. Brunot.

2286. Point 7.2.7 de l'avis.

2287. Pour une présentation de cette directive, *cf.* H. Bitan, *Droit des créations immatérielles*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2010, n^o 145 à 148.

2288. Cass., ass. plén., 7 mars 1986, *D.* 1986. 405, note B. Edelman ; *JCP E* 1986, II, n^o 14713, obs. J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant ; *JCP E* 1986, I, n^o 297-298, note T. Bonneau ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, préc., n^o 9, comm. A. Maffre-Baugé.

2289. Civ. 1^{re}, 17 oct. 2012, *RLDI* 2012/88, n^o 2934, obs. P.-D. Cervetti ; *Propr. intell.* 2013, n^o 46, p. 45, obs. A. Lucas.

229. C. pr. civ., art. 457. Com. 16 juill. 1980, *Bull. civ.* IV, n^o 298.

2290. Civ. 1^{re}, 16 avr. 1991, *JCP* 1991, II, 21770, note H. Croze ; *JCP E* 1992, I, 141, n^o 2, obs. M. Vivant et A. Lucas ; Paris, 4 févr. 2004, *Expertises* 2004, p. 146, obs. C. Bernault.

2291. Crim. 27 mai 2008, *Propriété ind.* 2008, comm. 90, J. Larrieu ; *D.* 2009. 1992, Chron. C. Le Stanc ; *RLDI* 2008/42, n^o 1377, obs. M. Trézéguet ; *JCP E* 2009, 1918, obs. A. Lallement.

2292. X. Linant de Bellefonds, « Les outils logistiques du net et la propriété intellectuelle », *in Internet saisi par le droit*, éd. des Parques, 1997, p. 150.

2293. Cf. F. Macrez, « Le droit d'auteur, le programme d'ordinateur et la Cour de justice », *RIDA* 2012, n^o 234, p. 191.

2294. CJUE 22 déc. 2010, *Bezpel*, aff. C-393/09, *RTD com.* 2011. 333, obs. F. Pollaud-Dulian ; *CCE* 2011, comm. 42, C. Caron ; *D.* 2011. 2363, obs. C. Le Stanc ; *RLDI* 2011/68, n^o 2228, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/70, n^o 2294, comm. H. Bitan ; *Propr. ind.* 2011, comm. 37, J. Larrieu ; *JCP E* 2011, 1586 note F. Sardain.

2295. C. Caron, note sous CJUE 22 déc. 2010, *CCE* 2011, comm. 42.

2296. Crim. 9 sept. 2003, *Gaz. Pal.* 22 avr. 2004, n^o 113, p. 48, note A. Delvoie.

2297. Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, *CCE* 2006, comm. 18, C. Caron ; *Propri. ind.* 2006, comm. 27, J. Schmidt-Szalewski ; *RTD com.* 2006. 79, obs. F. Pollaud-Dulian.

2298. TGI Paris, 4 oct. 1995, *JCP* 1996, II, 22673, note H. Croze ; T. com. Nanterre, 9 févr. 2007, *Propri. ind.* 2008, comm. 8, J. Larrieu ; *RLDI* 2008/36, n^o 1195, comm. F. Macrez ; T. com. Évreux, 6 avr. 2011, *D.* 2011. 2363, Chron. C. Le Stanc ; *RLDI* 2011/72, n^o 2383, obs. M. Trézéguet ; Versailles, 9 oct. 2003, *CCE* 2003, comm. 25, C. Caron ; Civ. 1^{re}, 14 nov. 2013, *RLDI* 2013, 99, n^o 3281, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2014, n^o 50, p. 56, obs. A. Lucas.

2299. Paris, 23 janv. 1995, *LPA*, 19 avr. 1996, p. 4, obs. X. Daverat ; Civ. 1^{re}, 14 nov. 2013, *RLDI* 2013, 99, n° 3281, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 56, obs. A. Lucas.

23. CCH, art. L. 261-11.

230. Civ., 25 juill. 1932, s. 1933. 1. 8.

2300. CJUE 2 mai 2012, *SAS Institute*, aff. C-406/10, *D.* 2012. 1186 ; *RLDI* 2012/82, n^o 2741, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/83, n^o 2768, comm. C. Castets-Renard ; *Propri. ind.* 2012, comm. 61, N. Bouche ; *CCE* 2012, comm. 105, C. Caron ; *D.* 2012. 2344, obs. C. Le Stanc ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 423, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2012. 536, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2836, obs. P. Sirinelli.

2301. H. Bitan, comm. sous CJUE 22 déc. 2010, *RLDI* 2011/70, n^o 2294.

2302. Crim. 21 juin 2000, *RIDA* 2001, n^o 187, p. 273 ; *CCE* 2001, comm. 85, C. Caron ; *D.* 2001. Somm. 2552, obs. P. Sirinelli ; *LPA* 2001, n^o 127, p. 15, obs. E. Treppoz ; Civ. 1^{re}, 27 avr. 2004, *CCE* 2004, comm. 84, C. Caron ; *Propr. intell.* 2004, n^o 12, p. 770, note P. Sirinelli ; *Propr. ind.* 2004, comm. 74, P. Kamina.

2303. Civ. 1^{re}, 25 juin 2009, *RIDA* 2009, n^o 221, p. 509 ; *CCE* 2009, comm. 76, C. Caron ; *D.* 2009. Somm. 1819, obs. J. Daleau ; *Propri. intell.* 2009, n^o 33, p. 366, obs. J.-M. Bruguière.

2304. CJUE 22 déc. 2010, *Bezpel*, aff. C-393/09, *RTD com.* 2011. 333, obs. F. Pollaud-Dulian ; *CCE* 2011, comm. 42, C. Caron ; *D.* 2011. 2363, obs. C. Le Stanc ; *RLDI* 2011/68, n^o 2228, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/70, n^o 2294, comm. H. Bitan ; *Propr. ind.* 2011, comm. 37, J. Larrieu ; *JCP E* 2011, 1586 note F. Sardain.

2305. Conclusions de l'Avocat Général Bot dans l'affaire C-393/09, présentées le 14 oct. 2010.

2306. Par ex., Paris, 27 févr. 2013, *Propriété ind.* 2013, n^o 47, p. 189, obs. A. Lucas. Pour un panorama des différents cas de figure possible, cf. I. Arnaudeau, « Détermination du titulaire des droits sur un logiciel », *RLDI* 2008/38, n^o 1184.

2307. Sur l'intéressement du fonctionnaire auteur d'un logiciel, *cf.* CAA Nancy, 2 déc. 2010, *Propriété ind.* 2011, comm. 45, N. Bouche (arrêt annulé par CE 22 mai 2013, n° 345867, *Propriété ind.* 2013, comm. 76, N. Bouche ; *RLDI* 2013/95, n° 3156, obs. L. Costes ; *RLDI* 2013/97, n° 3212, comm. P.-D. Cervetti ; *Propriété intell.* 2013, n° 49, p. 388, obs. J.-M. Bruguière).

2308. Crim. 27 mai 2008, *Propriété ind.* 2008, comm. 90, J. Larrieu ; *D.* 2009. 1992, Chron. C. Le Stanc ; *RLDI* 2008/42, n^o 1377, obs. M. Trézéguet ; *JCP E* 2009, 1918, obs. A. Lallement.

2309. Paris, 20 déc. 2013, *RLDI* 2014/101, n° 3348, obs. L. Costes.

231. C. civ., art ; 1319 et C. pr. civ., art. 303 s.

2310. Pour une cession par le biais de la mention d'un pacte d'associés selon laquelle le logiciel avait vocation à « être à terme la propriété de la société » : Montpellier, 23 oct. 2012, *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 60, obs. A. Lucas.

2311. Paris, 13 déc. 2006, *Expertises* 2007, p. 152 ; Civ. 1^{re}, 24 oct. 2000, *CCE* 2000, comm. 123, C. Caron ; Civ. 1^{re}, 13 janv. 2001, *JCP E* 2001, p. 1050, note C. Caron ; Civ. 1^{re}, 12 juin 2001, *CCE* 2001, comm. 74, C. Caron. Cf. H. Bitan, « Le droit des contrats informatiques forgé par la jurisprudence », *RLDI* 2009/54, n° 1805.

2312. Paris, 10 nov. 2010, *Propriété intellectuelle* 2011, n° 39, p. 179, obs. A. Lucas.

2313. C. Rojinsky et V. Grynbaum, « Les licences libres et le droit français », *Propriété intellectuelle*, 2002, n^o 4, p. 28.

2314. Crim., 10 déc. 2013, *RLDI* 2014/101, n° 3349, obs. L. Costes ; *PIBD* 2014, n° 1000, III, 142 ; *RLDI* 2014/102, n° 3372, obs. J. Lacker.

2315. Sur le contrat de licence, cf. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2013, n^o 821 à 826 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schoettler, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n^o 630 et 863 ; É. Varet, « Le contentieux des licences de logiciels dans tous ses états », *JCP E* 2012. 1173 ; L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, n^o 38.

2316. Versailles, 26 févr. 2013, *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 200, obs. A. Lucas.

2317. Cf. H. Bitan, *Droit des créations immatérielles*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2010, n^o 332 à 361.

2318. Cf. B. De Roquefeuil et M. Bourgeois, « Logiciel libre et licence CeCILL : une transposition fidèle des principes de la licence GNU GPL dans un contrat de droit français », *Gaz. Pal.* 19 avr. 2005, n^o 109, p. 12.

2319. *Cf.* M. P. Markellou, « EUPL : vers un dialogue harmonieux entre “copyright” et “copyleft” ? », *RLDI* 2007/29, n^o 938.

232. Civ. 3^e, 19 mars 1974, *Bull. civ.* III, n^o 135.

2320. Critères proposés par la Free Software Foundation, créée en 1985 afin de promouvoir le logiciel libre.

2321. M. Clément-Fontaine, « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », *Propriété intell.* 2008, n^o 26, p. 69.

2322. *Cf.* la classification proposée par M. Clément-Fontaine, préc.

2323. M. Vivant (dir.), *Lamy droit du numérique*, 2013, n^o 2813.

2324. Cf. les chiffres cités par H. Alterman, F. Perbost et A. Walter *in* « Compréhension et reconnaissance du modèle Open Source par les tribunaux français », *Revue de jurisprudence commerciale* 2011, n^o 1, p. 31.

2325. Cf. C. Rojinsky et V. Grynbaum, « Les licences libres et le droit français », *Propriété intell.* 2002, n^o 4, p. 28 ; C. Caron, « Les licences de logiciels dits “libres” à l'épreuve du droit d'auteur français », *D.* 2003. 1556.

2326. *Cf.* M. Clément-Fontaine, « Les licences Creative Commons chez les Gaulois », *RLDI* 2005/1, n^o 20.

2327. *Cf.* C. Rojinsky et V. Grynbaum, *art. préc.* ; C. Caron, « Les licences de logiciels dits “libres” à l’épreuve du droit d’auteur français », *D.* 2003. 1556.

2328. *Ibid.* ; *cf.* également s. Rambaud, « Le juge français et le logiciel libre », *RLDI* 2009/54, n^o 1781.

2329. Traduction française non officielle de la licence GNU GPL (V2).

233. Civ. 3^e, 7 nov. 1990, *Bull. civ.* III, n^o 225.

2330. En ce sens, C. Rojinsky et V. Grynbaum, *art. préc.* ; C. Caron, « Les licences de logiciels dits “libres” à l'épreuve du droit d'auteur français », *D.* 2003. 1556 ; M. Clément-Fontaine, « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », *préc.* ; L. Schurr, « La licence GNU/GPL (V3) a presque deux ans : un bilan mitigé », *Gaz. Pal.* 2009, n^o 113, p. 9.

2331. *Cf.* B. Egret et Y. Kaplun, « La nécessaire interprétation des licences relatives aux logiciels libres », *RLDI* 2006/12, n^o 365.

2332. Civ. 1^{re}, 5 déc. 2006, *CCE* 2007, comm. 18, C. Caron ; *Propri. intell.* 2007, n^o 23, p. 205, note J.-M. Bruguière ; *RTD com.* 2007. 95, note F. Pollaud-Dulian.

2333. H. Alterman, F. Perbost et A. Walter *in* « Compréhension et reconnaissance du modèle Open Source par les tribunaux français », *Revue de jurisprudence commerciale* 2011, n^o 1, p. 31.

2334. TGI Paris, 28 mars 2007, *Gaz. Pal.* 2008, n^o 22, p. 35, note P. Saurel et B. Ohayon ;
décision confirmée par Paris, 14 oct. 2008, RG n^o 07/08043.

2335. Pour une application, *cf.* Paris, 16 sept. 2009, *RLDI* 2009/54, n^o 1781, note s. Rambaud ; *Gaz. Pal.* 2010, n^o 37, p. 35, obs. L. Tellier-Loniewski et F. Revel de Lambert.

2336. En ce sens, C. Rojinsky et V. Grynbaum, *art. préc.* ; C. Caron, « Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français », *D.* 2003. 1556.

2337. C. Le Goffic, « Licences libres et copyleft : la contractualisation du droit d'auteur », *RLDI* 2011/77 sup., p. 8.

2338. Cf. B. De Roquefeuil et M. Bourgeois, « Logiciel libre et licence CeCILL : une transposition fidèle des principes de la licence GNU GPL dans un contrat de droit français », *Gaz. Pal.* 19 avr. 2005, n^o 109, p. 12.

2339. Cf. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 458.

234. Poitiers 20 févr. 1991, *Defrénois* 1991. 1262, obs. J.-L. Aubert.

2340. *Cf.* M. P. Markellou, « EUPL : vers un dialogue harmonieux entre « copyright » et « copyleft » ? », *RLDI* 2007/29, n^o 938.

2341. *Ibid.*

2342. Pour une reconnaissance implicite de la validité de la licence GNU/GPL : Paris, 16 sept. 2009, *RLDI* 2009/54, n^o 1781, note s. Rambaud ; *Gaz. Pal.* 2010, n^o 37, p. 35, obs. L. Tellier-loniewski et F. Revel de Lambert.

2343. V. ss 522 s. ; et sur la présomption de titularité, v. ss 396.

2344. Limoges, 17 mars 2010, *D.* 2010. 1966, Chron. C. Le Stanc. Dans le même sens, Versailles, 10 avr. 2008, *RLDI* 2008/40, n^o 1323, obs. J.-B. Auroux (envoi par un professionnel de copies d'un logiciel à ses clients).

2345. Douai, 26 janv. 2009, *D.* 2009. 1992, Chron. C. Le Stanc ; *RLDI* 2009/47, n^o 1538, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/50, n^o 1635, obs. M. Trézéguet ; *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 268, obs. A. Lucas.

2346. Crim., 10 déc. 2013, *RLDI* 2014/101, n° 3349, obs. L. Costes ; *PIBD* 2014, n° 1000, III, 142 ; *RLDI* 2014/102, n° 3372, obs. J. Lacker.

2347. T. com. Paris, 8 oct. 1999, *JCP E* 2001, n^o 20, p. 843.

2348. Crim. 18 janv. 2011, *RLDI* 2011/71, n^o 2347, obs. L. Costes.

2349. Com. 9 nov. 1993, *RTD civ.* 1994. 373, obs. P.-Y. Gautier.

235. *Ibid.*

2350. Trib. UE, 16 déc. 2010, *Systran*, aff. T-19/07, *Propri. intell.* 2011, n^o 39, p. 178, note A. Lucas ; *Gaz. Pal.* 2011, n^o 21-22, p. 26, obs. B. Thoré ; *D.* 2011. 455, note J.-L. Clergerie ; *Propri. ind.* 2011, comm. 52, N. Bouche.

2351. Crim. 16 déc. 2003, *RTD com.* 2004. 383, obs. B. Bouloc ; *Prop. ind.* 2004, comm. 26, J. Schmidt-Szalewski ; *CCE* 2004, comm. 26, C. Caron ; Crim. 28 juin 2005, *RLDI* 2005/8, n^o 214, obs. L. Costes.

2352. T. com. Évry, 6 avr. 2011, *D.* 2011. 2363, Chron. C. Le Stanc ; *RLDI* 2011/72, n^o 2383, obs. M. Trézéguet. Pour un renversement erroné de la charge de la preuve de la contrefaçon : T. com. Paris, réf., 28 nov. 2007, *RLDI* 2008/34, n^o 1134, obs. J.-B. Auroux.

2353. V. ss 451.

2354. TGI Nanterre, 25 mars 2010, *RLDI* 2010/60, n^o 1975, obs. M. Trézéguet.

2355. Pour une application à la partie non logicielle de jeux vidéos : Paris, 26 sept. 2011, *RLDI* 2012/79, n^o 2624, note A.-S. Lampe.

2356. TGI Bastia, 17 janv. 2006, *PIBD* 2006, n^o 832, III, 453 ; V. également, sur le fondement de l'art. L. 335-3 : Paris, 17 juin 2005, *CCE* 2006, comm. 3, C. Caron.

2357. Trib. UE, 16 déc. 2010, *Systran*, aff. T-19/07, *Propri. intell.* 2011, n^o 39, p. 178, note A. Lucas ; *Gaz. Pal.* 2011, n^o 21-22, p. 26, obs. B. Thoré ; *D.* 2011. 455, note J.-L. Clergerie ; *Propri. ind.* 2011, comm. 52, N. Bouche.

2358. Com. 22 mai 1991, *JCP* 1992, II, 21792, note J. Huet.

2359. Paris, 20 sept. 2005, *CCE* 2006, comm. 23, C. Caron ; Versailles, 10 avr. 2008, *RLDI* 2008/40, n^o 1323, obs. J.-B. Auroux.

236. « Loi du 13 mars 2000 : la consécration de l'écrit et de la preuve électroniques au prix de la chute de l'acte authentique », *CCE* 2000, Chron. n^o 7.

2360. Crim. 4 janv. 1991, *Expertises* 1991, p. 150, note A. weber.

2361. Douai, 26 janv. 2009, *D.* 2009. 1992, Chron. C. Le Stanc ; *RLDI* 2009/47, n^o 1538, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/50, n^o 1635, obs. M. Trézéguet ; *Propr. intell.* 2009, n^o 32, p. 268, obs. A. Lucas.

2362. CJUE 2 mai 2012, *SAS Institute*, aff. C-406/10, *D.* 2012. 1186 ; *RLDI* 2012/82, n^o 2741, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/83, n^o 2768, comm. C. Castets-Renard ; *Propri. ind.* 2012, comm. 61, N. Bouche ; *CCE* 2012, comm. 105, C. Caron ; *D.* 2012. 2344, obs. C. Le Stanc ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 423, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2012. 536, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2836, obs. P. Sirinelli.

2363. *Ibid.*

2364. *Cf. s.* Lemarchand, O. Fréget et F. Sardain, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droits de la concurrence », *Propri. intell.* 2003, n^o 6, p. 11.

2365. Paris, 21 févr. 2006, *Propriété industrielle* 2007, comm. 8, J. Schmidt-Szalewski ; *RLDI* 2006/18, n° 528.

2366. TGI Paris, 3 déc. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1849, obs. L. Costes ; *RLDI* 2010/57, n^o 1880, comm. A.-S. Lampe et s. Leriche.

2367. Paris, 26 sept. 2011, *RLDI* 2011/76, n^o 2507, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/79, n^o 2624, note A.-S. Lampe.

2368. *Cf.* les observations précitées d'A.-S. Lampe, *RLDI* 2012/79, n^o 2624.

2369. CJUE, 23 janv. 2014, *Nintendo*, aff. C-555/12, *RLDI* 2014/101, n° 3342, obs. L. Costes ; *RLDI* 2014/102, n° 3402, obs. B. Galopin, et n° 3403, obs. A. Lefèvre ; *CCE* 2014, comm. 26, C. Caron.

237. V. également dans ce sens, M. Grimaldi, B. Reynis, « L'acte authentique électronique », *Defrénois* 2003, art. 37798.

2370. Cons. const. 27 juill. 2006, n^o 2006-540 DC, *JO* 3 août 2006, p. 11541 ; *D.* 2006. 2157, obs. C. Castets-Renard ; *RTD civ.* 2006. 791, obs. T. Revet ; *Légipresse* 2006, p. 129, note L. Thoumyre.

2371. Avis n^o 2013-2 du 8 avr. 2013 de la HADOPI, *RLDI* 2013/93, p. 5, obs. L. Costes.

2372. Civ. 1^{re}, 20 oct. 2011, *RLDI* 2011/76, n^o 2506, obs. L. Costes ; *CCE* 2012, comm. 2, C. Caron ; *CCE* 2012, étude 6, N. Binctin ; *LPA* 19 mars 2012, n^o 56, p. 6, Chron. X. Daverat.

2373. N. Binctin, note précitée, *CCE* 2012, étude 6.

2374. TPICE 17 sept. 2007, *Microsoft*, aff. T-201/04, *Propriété intellectuelle* 2008, n° 26, p. 122, obs. V.-L. Bénabou ; *CCE* 2008, étude 6, M. Behar-Touchais ; *Propriété intellectuelle* 2008, comm. 25, J. Schmidt-Szalewski ; *JCP E* 2009, 1108, obs. F. Sardain.

2375. V. ss 708.

2376. Décision du Conseil de la concurrence n^o 03-MC-04 du 22 décembre 2003, *BOCCRF* du 13 févr. 2004, n^o 1.

2377. Paris, 12 févr. 2004, *Propri. intell.* 2004, n^o 11, p. 626, obs. s. Lemarchand ; *JCP E* 2004, 1739, n^o 13, obs. C. Caron ; *CCC* 2004, comm. 111, M. Malaurie-Vignal.

2378. Com. 12 juill. 2005, *CCE* 2005, comm. 149, C. Caron ; *Propr. ind.* 2006, comm. 9, J. Schmidt-Szalewski.

2379. Com. 20 févr. 2007, *Gaz. Pal.* 2007, n^o 167, p. 37.

238. V. I. Dauriac, « La signature électronique », *in* actes du colloque *Officiers ministériels...*, préc.

2380. Sur l'absence d'épuisement extra-communautaire, *cf.* Paris, 19 janv. 2005, *D.* 2005. AJ 1221, obs. C. Manara ; *Prop. ind.* 2005, comm. 82, J. Schmidt-Szalewski ; Crim. 16 déc. 2003, *RTD com.* 2004. 383, obs. B. Bouloc ; *Prop. ind.* 2004, comm. 26, J. Schmidt-Szalewski ; *CCE* 2004, comm. 26, C. Caron ; Crim. 28 juin 2005, *RLDI* 2005/8, n^o 214, obs. L. Costes.

2381. T. com. Créteil, 12 nov. 1996, *JCP E* 1998, 202, obs. M. Vivant et C. Le Stanc ; *Propri. intell.* 2002, n^o 1, p. 51, obs. A. Lucas.

2382. Douai, 26 janv. 2009, *D.* 2009. 1992, Chron. C. Le Stanc ; *RLDI* 2009/47, n^o 1538, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/50, n^o 1635, obs. M. Trézéguet ; *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 268, obs. A. Lucas.

2383. TGI Paris, 25 juin 2009, *RLDI* 2009/53, n^o 1755, obs. M. Trézéguet.

2384. CJUE 3 juill. 2012, *UsedSoft*, aff. C-128/11, *D.* 2012. 2101, obs. J. Huet, et p. 2142, obs. A. Mendoza-Caminade ; *RLDI* 2012/85, n^o 2844, comm. A. Lefèvre, n^o 2849, obs. L. Costes, et n^o 2876, obs. M. Coulaud ; *CCE* 2012, comm. 106, C. Caron ; *D.* 2012. 2352, obs. C. Le Stanc ; *RLDI* 2012/86, n^o 2887, obs. s. Leriche et J. Ruelle ; *Propri. intell.* 2012, n^o 44, p. 333, obs. A. Lucas ; *RLDI* 2012/87, n^o 2904, comm. C. Castets-Renard ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 384, obs. V. Varet ; *RTD com.* 2012. 542, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2848, obs. P. Sirinelli ; *RLDI* 2013/90, n^o 3007, comm. Y. Bah ; *RLDI* 2013/97, n^o 3211, comm. M. Razavia et s. André.

2385. Pt. 79.

2386. Pts. 69 à 71.

2387. Cf. H. Bitan, « Le droit des bases de données – Entre droit d'auteur et droit *sui generis* », *Propriété intellectuelle* 2008, n^o 27, p. 164.

2388. CJCE 9 nov. 2004, aff. jtes C-203/02, C-444/02, C-46/02 et C-338/092, *CCE* 2005, comm. 2, C. Caron ; *RTD com.* 2005. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2005, n^o 1216, note F. Sardain ; *D.* 2005. Pan. 1495, obs. P. Sirinelli ; *Propr. ind.* 2005, comm. 7, P. Kamina ; *Propr. intell.* 2005, n^o 14, p. 99, obs. s. Lemarchand et s. Rambaud.

2389. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 137.

239. J. Flour, « Sur une notion nouvelle de l'authenticité », *Deffrénois* 1972, art. 30159, n^o 5, p. 981.

2390. J. Larrieu, obs. sous TGI Paris, 30 mars 2010, *Propriété ind.* 2010, comm. 75.

2391. TGI Paris, 8 juill. 2010, *Propriété ind.* 2010, comm. 75, J. Larrieu ; *D.* 2011. 2363, Chron. J. Larrieu.

2392. Paris, 12 sept. 2001, *CCE* 2001, comm. 121, C. Caron ; *JCP* 2002. II. 10000, obs. F. Pollaud-Dulian.

2393. CJCE 9 nov. 2004, aff. jtes C-203/02, C-444/02, C-46/02 et C-338/092, *CCE* 2005, comm. 2, C. Caron ; *RTD com.* 2005. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2005, n^o 1216, note F. Sardain ; *D.* 2005. Pan. 1495, obs. P. Sirinelli ; *Propr. ind.* 2005, comm. 7, P. Kamina ; *Propr. intell.* 2005, n^o 14, p. 99, obs. s. Lemarchand et s. Rambaud.

2394. Paris, 18 juin 2003, *D.* 2003. Somm. 2756, note P. Sirinelli.

2395. TGI Paris, 25 avr. 2003, *LPA* 2004, n^o 13, p. 6, Chron. X. Daverat.

2396. TGI Paris, 5 sept. 2001, *CCE* 2002, comm. 20, C. Caron.

2397. Paris, 27 juin 2012, *RLDI* 2012/85, n^o 2850, obs. L. Costes.

2398. TGI Paris, réf., 19 sept. 2005, *Edit Internet et translation c./ Olivier B.*, legalis.net.

2399. Cf. A. Robin, « Université numérique et créations immatérielles : l'enseignement en mode e-learning », *Propriété intellectuelle*, 2010, n° 36, p. 833 ; s. Durrande, « Internet et les professeurs d'université », *Propriété intellectuelle*, 2002, n° 4, p. 21.

24. C. com., art. L. 511-1.

240. V. ss 60.

2400. *JOCE* L 77, 27 mars 1996, p. 20.

2401. Cf. H. Bitan, « Le droit des bases de données – Entre droit d'auteur et droit *sui generis* », *Propri. intell.* 2008, n^o 27, p. 164.

2402. Cass., ass. plén., 30 oct. 1987, *RTD com.* 1988. 57, obs. Françon ; *JCP* 1988. II. 20932, note J. Huet.

2403. TGI Paris, 13 avr. 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron : « Le caractère public des informations collectées pour les insérer dans une base de données n'a pas pour effet d'exclure le résultat de cette collecte de la définition de la base de données ».

2404. Civ. 1^{re}, 20 janv. 2004, *RIDA* 2004, n^o 200, p. 311. *Cf.* également, à propos d'un site web, Civ. 1^{re}, 12 mai 2011, *CCE* 2011, comm. 84, C. Caron ; *RLDI* 2011/74, n^o 2448, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2011, n^o 40, p. 286, note J.-M. Bruguière.

2405. Civ. 1^{re}, 2 mai 1989, *Bull. civ.* I, n^o 180 ; *JCP* 1990. II. 21392, note A. Lucas ; *JCP E* 1990. II. 15751, obs. M. Vivant et A. Lucas ; *RTD com.* 1989. 675, note A. Françon ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, préc., n^o 9, comm. A. Maffre-Baugé ; Paris, 27 juin 2001, *RIDA* 2002, n^o 192, p. 426.

2406. Paris, 18 juin 2003, *CCE* 2003, comm. 106, C. Caron.

2407. Par ex., TGI Paris, 9 nov. 2010, *RLDI* 2011/70, n^o 2293, obs. N. Walravens-Mardarescu : dans la *Table dorée* d'Yves Klein, l'utilisation des couleurs « ressort d'un choix arbitraire de l'artiste ».

2408. Paris, 28 févr. 2007, *RIDA* 2007, n^o 212, p. 150.

2409. TGI Paris, 13 avr. 2010 (2 arrêts), *CCE*, sept. 2010, comm. 84, C. Caron ; *Propr. ind.* 2010, comm. 52, J. Larrieu.

241. *JO* n^o 186, 11 août 2005, texte n^o 34, p. 13096.

2410. Paris, 11 mai 2011, *RLDI* 2011/72, n^o 2382, obs. L. Costes ; Paris, 29 mars 2013, *PIBD* 2013, n^o 984, III, 1202.

2411. Civ. 1^{re}, 20 janv. 2004, *RIDA* 2004, n^o 200, p. 311 ; Paris, 26 juin 2013, *RLDI* 2013/96, n^o 3183, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2013, n^o 49, p. 385, obs. J.-M. Bruguière.

2412. Civ. 1^{re}, 22 sept. 2011, *RLDI* 2011/76, n^o 2505, obs. L. Costes ; *RTD com.* 2011. 741, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP E* 2012. 1461, obs. F. Sardain.

2413. CJUE 4 oct. 2011, *Premier League*, aff. C-403/08 et C-429/08, *CCE* 2011, comm. 110, C. Caron ; *JCP* 2011. II. 1296, note F. Buy et J.-C. Roda ; *Europe* 2011, comm. 468, L. Idot, *RTD eur.* 2012. 229, obs. A.-L. Sibony ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 51, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD com.* 2011. 744, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2011. 855, note E. Treppoz ; *D.* 2012. 2840, obs. P. Sirinelli.

2414. CJUE 1^{er} mars 2012, *Football Dataco e.a. c./Yahoo ! UK Ltd. e.a.*, aff. C-604/10, *CCE* 2012, comm. 47, C. Caron ; *RLDI* 2012/81, n^o 2710, obs. M. Trézéguet ; *RLDI* 2012/82, n^o 2733, comm. C. Castets-Renard ; *Propri. ind.* 2012, comm. 75, J. Larrieu ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 421, obs. V.-L. Bénabou ; *D.* 2012. 2838, obs. P. Sirinelli.

2415. E. Logeais, « La révolution numérique bouscule le droit européen des bases de données », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 225.

2416. Civ. 1^{re}, 20 janv. 2004, *RIDA* 2004, n^o 200, p. 311 ; *Propr. intell.* 2004, n^o 11, p. 646, obs. P. Sirinelli.

2417. Paris, 2 mars 2005, *CCE* 2005, comm. 154, C. Caron.

2418. Paris, 27 juin 2012, *RLDI* 2012/85, n^o 2850, obs. L. Costes.

2419. T. com. Paris, 5 févr. 2010, *RLDI* 2010/59, n^o 1946, obs. M. Trézéguet ; *Propriété intellectuelle* 2010, n^o 36, p. 846, obs. J.-M. Bruguière.

242. *JO* n^o 186, 11 août 2005, texte n^o 33, p. 13095.

2420. Paris, 29 oct. 2003, *CCE* 2003, comm. 37, C. Caron.

2421. Paris, 28 févr. 2007, *RIDA* 2007, n^o 212, p. 150 ; *Propri. intell.* 2007, n^o 24, p. 331, obs.
A. Lucas.

2422. Aix-en-Provence, 3 sept. 2009, *Propriété ind.* 2009, comm. 69, J. Larrieu

2423. TGI Paris, 13 avr. 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron.

2424. *Cf.*, dans le même sens, Paris, 29 mars 2013, *PIBD* 2013, n^o 984, III, 1202.

2425. Paris, 27 juin 2012, *RLDI* 2012/85, n^o 2850, obs. L. Costes.

2426. Art. 3 § 2 de la directive n^o 96/9.

2427. V. ss 455-457.

2428. V. ss 474 s.

2429. Considérant 5.

243. V. ss 80 s. pour les huissiers de justice.

2430. Considérant 6.

2431. Considérant 40.

2432. H. Bitan, « Le droit des bases de données – Entre droit d'auteur et droit *sui generis* », *Propr. intell.* 2008, n^o 27, p. 164.

2433. CJCE 9 oct. 2008, *Directmedia Publishing*, aff. C-304/07, *Propr. ind.* 2008, comm. 98, J. Larrieu ; *CCE* 2009, comm. 24, C. Caron ; *RLDI* 2008/44, n^o 1451, note s. Rambaud ; CJCE 5 mars 2009, *Apis*, aff. C-545/07, *RLDI* 2009/48, n^o 1571, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/49, n^o 1594, comm. s. Rambaud ; *CCE* 2009, comm. 44, C. Caron ; *RTD com.* 2010. 727, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. ind.* 2009, comm. 48, J. Larrieu ; *Propr. intell.* 2009, n^o 33, p. 33, obs. V.-L. Bénabou.

2434. Paris, 9 sept. 2005, *CCE* 2006, comm. 94, C. Caron.

2435. Paris, 20 févr. 2004, *Propriété ind.* 2004, comm. 57, J. Schmidt-Szalewski ; *CCE* 2004, comm. 67, C. Caron.

2436. *Cf.* B. Edelman, « Les bases de données ou le triomphe des droits voisins », *D.* 2000, chron. 89.

2437. V. ss 656.

2438. T. com. Paris, 18 juin 1999, *JCP E* 2000, p. 841, obs. M. Vivant et C. Le Stanc, et p. 1377, obs. F. Gablin ; *RTD com.* 1999. 866, obs. Françon.

2439. Com. 23 mars 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron ; *CCE* 2010, comm. 43, N. Bouche ; *RLDI* 2010/60, n^o 1976, obs. L. Costes ; *RLDI* 2010/62, n^o 2030, comm. C. Castets-Renard.

244. J. Huet, « L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi », *D.* 2005. Chron. 2903 s. ; L. Grynbaum, « Un acte authentique électronique pour les notaires », *CCE* 2005, comm. 156.

2440. CJCE 9 nov. 2004, aff. jtes C-203/02, C-444/02, C-46/02 et C-338/092, *CCE* 2005, comm. 2, C. Caron ; *RTD com.* 2005. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2005, n^o 1216, note F. Sardain ; *D.* 2005. Pan. 1495, obs. P. Sirinelli ; *Propri. ind.* 2005, comm. 7, P. Kamina ; *Propri. intell.* 2005, n^o 14, p. 99, obs. s. Lemarchand et s. Rambaud ; Paris, 23 mars 2012, *RLDI* 2012/82, n^o 2744, comm. É. Le Quellenec ; *CCE* 2012, comm. 76, A. Debet ; *D.* 2012. 1060, obs. C. Manara.

2441. Par ex., TA Poitiers, 31 janv. 2013, *RLDI* 2013/92, n^o 3059, obs. L. Lalot (département de la Vienne qualifié de producteur du site web des archives départementales).

2442. TGI Paris, 13 avr. 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron ; *Propr. ind.* 2010, comm. 52, J. Larrieu.

2443. TGI Paris, 22 juin 1999, *CCE* 1999, comm. 21, C. Caron.

2444. Paris, 12 sept. 2001, *CCE* 2001, comm. 121, C. Caron ; *JCP* 2002. II. 10000, note F. Pollaud-Dulian.

2445. Civ. 1^{re}, 5 mars 2009, *RTD com.* 2009. 724, obs. F. Pollaud-Dulian ; *CCE* 2009, comm. 43, C. Caron ; *Propri. ind.* 2009, comm. 36, J. Larrieu ; *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 275, obs. J.-M. Bruguière ; *RLDI* 2009/49, n^o 1594, comm. s. Rambaud ; *D.* 2010. 1966, Chron. J. Larrieu ; Paris, 23 mars 2012, *RLDI* 2012/82, n^o 2744, comm. É. Le Quellenec ; *CCE* 2012, comm. 76, A. Debet ; *D.* 2012. 1060, obs. C. Manara ; Paris, 21 nov. 2008, *Propri. ind.* 2008, comm. 30, J. Larrieu ; *RLDI* 2009/46, n^o 1509, obs. L. Costes.

2446. Com. 23 mars 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron ; *CCE* 2010, comm. 43, N. Bouche ; *RLDI* 2010/60, n^o 1976, obs. L. Costes ; *RLDI* 2010/62, n^o 2030, comm. C. Castets-Renard.

2447. TGI Paris, 13 avr. 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron.

2448. CJCE 5 mars 2009, *Apis*, aff. C-545/07, *RLDI* 2009/48, n^o 1571, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/49, n^o 1594, comm. s. Rambaud ; *CCE* 2009, comm. 44, C. Caron ; *RTD com.* 2010. 727, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. ind.* 2009, comm. 48, J. Larrieu ; *Propr. intell.* 2009, n^o 33, p. 33, obs. V.-L. Bénabou.

2449. Com. 23 mars 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron ; *CCE* 2010, comm. 43, N. Bouche ; *RLDI* 2010/60, n^o 1976, obs. L. Costes ; *RLDI* 2010/62, n^o 2030, comm. C. Castets-Renard.

245. V. ss 72 s.

2450. CJCE 9 nov. 2004, aff. jtes C-203/02, C-444/02, C-46/02 et C-338/092, *CCE* 2005, comm. 2, C. Caron ; *RTD com.* 2005. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2005, n^o 1216, note F. Sardain ; *D.* 2005. Pan. 1495, obs. P. Sirinelli ; *Propr. ind.* 2005, comm. 7, P. Kamina ; *Propr. intell.* 2005, n^o 14, p. 99, obs. s. Lemarchand et s. Rambaud.

2451. *Ibid.*

2452. J.-M. Bruguière, note sous Com. 5 mars 2009, *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 275.

2453. Civ. 1^{re}, 5 mars 2009, *RTD com.* 2009. 724, obs. F. Pollaud-Dulian ; *CCE* 2009, comm. 43, C. Caron ; *Propri. ind.* 2009, comm. 36, J. Larrieu ; *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 275, obs. J.-M. Bruguière ; *RLDI* 2009/49, n^o 1594, comm. s. Rambaud ; *D.* 2010. 1966, Chron. J. Larrieu.

2454. Aix-en-Provence, 28 mars 2012, *RLDI* 2012/82, n^o 2742, obs. L. Costes ; pourvoi rejeté par Civ. 1^{re}, 19 juin 2013, n^o 12-18.623, *Propri. intell.* 2013, n^o 49, p. 400, obs. A. Lucas ; Paris, 15 nov. 2013, *Propri. intell.* 2014, n^o 50, p. 87, obs. J.-M. Bruguière.

2455. CJCE 9 nov. 2004, aff. jtes C-203/02, C-444/02, C-46/02 et C-338/092, *CCE* 2005, comm. 2, C. Caron ; *RTD com.* 2005. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2005, n^o 1216, note F. Sardain ; *D.* 2005. Pan. 1495, obs. P. Sirinelli ; *Propr. ind.* 2005, comm. 7, P. Kamina ; *Propr. intell.* 2005, n^o 14, p. 99, obs. s. Lemarchand et s. Rambaud.

2456. TA Poitiers, 31 janv. 2013, *RLDI* 2013/92, n^o 3059, obs. L. Lalot.

2457. CJCE 9 nov. 2004, aff. jtes C-203/02, C-444/02, C-46/02 et C-338/092, *CCE* 2005, comm. 2, C. Caron ; *RTD com.* 2005. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2005, n^o 1216, note F. Sardain ; *D.* 2005. Pan. 1495, obs. P. Sirinelli ; *Propr. ind.* 2005, comm. 7, P. Kamina ; *Propr. intell.* 2005, n^o 14, p. 99, obs. s. Lemarchand et s. Rambaud.

2458. Civ. 1^{re}, 31 oct. 2012, *RLDI* 2012/88, n^o 2936, obs. L. Costes ; *RLDI* 2013/89, n^o 2958, obs. A. Singh et B. Chareyre ; *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 55, obs. A. Lucas.

2459. Cf. E. Logeais, « La révolution numérique bouscule le droit européen des bases de données », *Propriété intellectuelle* 2012, n^o 43, p. 225.

246. Ci-après « Décr. 10 août 2005 ».

2460. Paris, 23 mars 2012, *RLDI* 2012/82, n^o 2744, comm. É. Le Quellenec ; *CCE* 2012, comm. 76, A. Debet ; *D.* 2012. 1060, obs. C. Manara.

2461. TGI Paris, 13 avr. 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron ; *Propr. ind.* 2010, comm. 52, J. Larrieu.

2462. Versailles, 17 févr. 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron.

2463. Par ex. : T. com. Paris, 5 févr. 2010, *RLDI* 2010/59, n^o 1946, obs. M. Trézéguet ;
Propri. intell. 2010, n^o 36, p. 846, obs. J.-M. Bruguière.

2464. Com. 23 mars 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron ; *CCE* 2010, comm. 43, N. Bouche ; *RLDI* 2010/60, n^o 1976, obs. L. Costes ; *RLDI* 2010/62, n^o 2030, comm. C. Castets-Renard.

2465. TGI Paris, 13 avr. 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron ; *Propri. ind.* 2010, comm. 52, J. Larrieu ; Com. 23 mars 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron ; *CCE* 2010, comm. 43, N. Bouche ; *RLDI* 2010/60, n^o 1976, obs. L. Costes ; *RLDI* 2010/62, n^o 2030, comm. C. Castets-Renard.

2466. Versailles, 17 févr. 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron (achat d'un logiciel de calcul).

2467. TGI Paris, 13 avr. 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron ; *Propr. ind.* 2010, comm. 52, J. Larrieu.

2468. Paris, 27 juin 2012, *RLDI* 2012/85, n^o 2850, obs. L. Costes.

2469. TGI Paris, 13 avr. 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron.

247. Décr. 10 août 2005, art. 9.

2470. TGI Paris, 5 sept. 2001, *CCE* 2002, comm. 16, C. Caron.

2471. T. com. Paris, réf., 18 juin 2008, *Propriété ind.* 2008, comm. 82, J. Larrieu.

2472. Pour un exemple : TGI Paris, 5 sept. 2001, *CCE* 2002, comm. 16, C. Caron.

2473. Paris, 28 févr. 2007, *RTD com.* 2007. 351, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2007, n^o 24, p. 331, obs. A. Lucas.

2474. CJCE 9 oct. 2008, *Directmedia Publishing*, aff. C-304/07, *Propr. ind.* 2008, comm. 98, J. Larrieu ; *CCE* 2009, comm. 24, C. Caron ; *RLDI* 2008/44, n^o 1451, note s. Rambaud.

2475. CJCE 9 nov. 2004, aff. jtes C-203/02, C-444/02, C-46/02 et C-338/092, *CCE* 2005, comm. 2, C. Caron ; *RTD com.* 2005. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2005, n^o 1216, note F. Sardain ; *D.* 2005. Pan. 1495, obs. P. Sirinelli ; *Propr. ind.* 2005, comm. 7, P. Kamina ; *Propr. intell.* 2005, n^o 14, p. 99, obs. s. Lemarchand et s. Rambaud.

2476. CJCE 5 mars 2009, *Apis*, aff. C-545/07, *RLDI* 2009/48, n^o 1571, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/49, n^o 1594, comm. s. Rambaud ; *CCE* 2009, comm. 44, C. Caron ; *RTD com.* 2010. 727, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. ind.* 2009, comm. 48, J. Larrieu ; *Propr. intell.* 2009, n^o 33, p. 33, obs. V.-L. Bénabou.

2477. CJCE 9 oct. 2008, *Directmedia Publishing*, aff. C-304/07, *Propr. ind.* 2008, comm. 98, J. Larrieu ; *CCE* 2009, comm. 24, C. Caron ; *RLDI* 2008/44, n^o 1451, note s. Rambaud.

2478. CJCE 9 nov. 2004, aff. jtes C-203/02, C-444/02, C-46/02 et C-338/092, *CCE* 2005, comm. 2, C. Caron ; *RTD com.* 2005. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2005, n^o 1216, note F. Sardain ; *D.* 2005. Pan. 1495, obs. P. Sirinelli ; *Propr. ind.* 2005, comm. 7, P. Kamina ; *Propr. intell.* 2005, n^o 14, p. 99, obs. s. Lemarchand et s. Rambaud ; CJCE 5 mars 2009, *Apis*, aff. C-545/07, *RLDI* 2009/48, n^o 1571, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/49, n^o 1594, comm. s. Rambaud ; *CCE* 2009, comm. 44, C. Caron ; *RTD com.* 2010. 727, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. ind.* 2009, comm. 48, J. Larrieu ; *Propr. intell.* 2009, n^o 33, p. 33, obs. V.-L. Bénabou.

2479. *Ibid.*

248. Ci-après « Décr. 71 ».

2480. TGI Paris, 13 avr. 2010, *Propriété industrielle*, 2010, comm. 52, J. Larrieu.

2481. TGI Paris, 6 déc. 2013, *RLDI* 2014/103, n° 3421, obs. L. Costes.

2482. *Ibid.*

2483. CJCE 5 mars 2009, *Apis*, aff. C-545/07, *RLDI* 2009/48, n^o 1571, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/49, n^o 1594, comm. s. Rambaud ; *CCE* 2009, comm. 44, C. Caron ; *RTD com.* 2010. 727, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. ind.* 2009, comm. 48, J. Larrieu ; *Propr. intell.* 2009, n^o 33, p. 33, obs. V.-L. Bénabou.

2484. Paris, 18 juin 2003, *CCE* 2003, comm. 106, C. Caron.

2485. TGI Digne, 20 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2167, obs. M. Trézéguet.

2486. T. com. Rennes, 16 juin 2005, *Gaz. Pal.* 2005, n^o 106, p. 42, obs. A. Belmont et L. Tellier-Loniewski.

2487. TGI Paris, 5 sept. 2001, *CCE* 2002, comm. 16, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 2002, n^o 23, p. 9, obs. M. Depadt-Bels ; *LPA* 2002, n^o 29, p. 4, Chron. Y. Brulard et P. Fernandez.

2488. TGI Paris, 20 juin 2007, *RLDI* 2007/30, n^o 985, obs. s. Rambaud ; *Propr. ind.* 2007, comm. 104, J. Larrieu ; *RTD com.* 2008. 92, obs. F. Pollaud-Dulian.

2489. TGI Paris, 3 nov. 2009, *RLDI* 2009/55, n^o 1816, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/56, n^o 1841, comm. C. Castets-Renard ; *JCP E* 2010. 1691, obs. F. Sardain.

249. Titre III.

2490. TGI Paris, 5 sept. 2001, *CCE* 2002, comm. 16, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 2002, n^o 23, p. 9, obs. M. Depadt-Bels ; *LPA* 2002, n^o 29, p. 4, Chron. Y. Brulard et P. Fernandez.

2491. TGI Paris, 1^{er} févr. 2011, *Propr. ind.* 2011, comm. 44, J. Larrieu ; *RLDI* 2011/69, n^o 2267, obs. L. Costes.

2492. TGI Paris, 26 janv. 2012, *Lexbase Hebdo Affaires* 2012, n^o 292, obs. A. Casanova (jugement confirmé par Paris, 15 nov. 2013, *Propri. intell.* 2014, n^o 50, p. 87, obs. J.-M. Bruguière) ; Paris, 7 juin 2013, RG n^o 12/05061, *Propri. intell.* 2013, n^o 49, p. 400, obs. A. Lucas.

2493. V. ss 451.

2494. En ce sens, E. Logeais, « La révolution numérique bouscule le droit européen des bases de données », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 225.

2495. En ce sens, TGI Paris, 1^{er} févr. 2011, *Propriété ind.* 2011, comm. 44, J. Larrieu ; *RLDI* 2011/69, n^o 2267, obs. L. Costes ; *cf.* également Paris, 23 mars 2012, *RLDI* 2012/82, n^o 2744, comm. É. Le Quellenec ; *CCE* 2012, comm. 76, A. Debet ; *D.* 2012. 1060, obs. C. Manara.

2496. CJCE 9 nov. 2004, aff. jtes C-203/02, C-444/02, C-46/02 et C-338/092, *CCE* 2005, comm. 2, C. Caron ; *RTD com.* 2005. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2005, n^o 1216, note F. Sardain ; *D.* 2005. Pan. 1495, obs. P. Sirinelli ; *Propr. ind.* 2005, comm. 7, P. Kamina ; *Propr. intell.* 2005, n^o 14, p. 99, obs. s. Lemarchand et s. Rambaud ; CJCE 5 mars 2009, *Apis*, aff. C-545/07, *RLDI* 2009/48, n^o 1571, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/49, n^o 1594, comm. s. Rambaud ; *CCE* 2009, comm. 44, C. Caron ; *RTD com.* 2010. 727, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. ind.* 2009, comm. 48, J. Larrieu ; *Propr. intell.* 2009, n^o 33, p. 33, obs. V.-L. Bénabou.

2497. CJUE, 19 déc. 2013, *Innoweb BV*, aff. C-202/12, *Europe* 2014, comm. 97, obs. M. Meister.

2498. CJUE 18 oct. 2012, *Football Dataco Ltd.*, aff. C-173/11, *RLDI* 2012/87, n^o 2909, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/88, n^o 2933, comm. É. Varet ; *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 88, obs. V.-L. Bénabou ; *CCE* 2013, comm. 22, C. Caron ; *D.* 2013. 533, obs. N. Alaphilippe ; *RTD com.* 2013. 309, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2012. 947, obs. E. Treppoz ; *D.* 2013. 2489, obs. J. Larrieu.

2499. *Ibid.*

25. C. com., art. L. 512-1.

250. Titre IX.

2500. CJUE 7 déc. 2010, *Pammer*, aff. C-585/08, *D.* 2011. 990, note M.-E. Pancrazi ; *CCE* 2011, étude 1, note M.-É. Ancel ; *D.* 2011. 5, obs. C. Manara ; *D.* 2011. 990, note M.-E. Pancrazi ; *Rev. crit. DIP* 2011. 414, note O. Cachard ; *RTD eur.* 2011. 475, obs. s. Guinchard.

2501. CJUE 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09, *D.* 2011. 1965, obs. C. Manara ; *D.* 2011. 5024, obs. P.-Y. Gautier ; *RLDI* 2011/74, n^o 2459, comm. L. Grynbaum ; *RLDI* 2011/74, n^o 2460, comm. C. Castets-Renard ; *Propr. ind.* 2011, comm. 71, A. Folliard-Monguiral ; *RTD eur.* 2011. 847, obs. E. Treppoz ; *Gaz. Pal.* 27 oct. 2011, n^o 299, p. 19, obs. L. Marino ; *CCE* 2011, comm. 99, C. Caron.

2502. T. com. Paris, 5 févr. 2010, *RLDI* 2010/59, n^o 1946, obs. M. Trézéguet ; *Propriété intellectuelle* 2010, n^o 36, p. 846, obs. J.-M. Bruguière.

2503. Par ex., T. com. Paris, réf., 18 juin 2008, *RLDI* 2008/41, n^o 1357, obs. L. Costes (référé) ; Civ. 1^{re}, 6 mai 2010, *Propriété ind.* 2010, comm. 54, N. Bouche (saisie-contrefaçon).

2504. *Cf. C. Caron, Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^e éd., 2013, n^o 631 à 633.

2505. Paris, 10 sept. 2001, *CCE* 2002, comm. 98, C. Caron.

2506. *Cf.* l'art. L. 122-5, 2°, pour le droit d'auteur.

2507. Considérant 38 de la directive n^o 96/9.

2508. *Cf. s.* Lemarchand, O. Fréget et F. Sardain, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droits de la concurrence », *Propri. intell.* 2003, n^o 6, p. 11.

2509. CJCE 9 oct. 2008, *Directmedia Publishing*, aff. C-304/07, *Propr. ind.* 2008, comm. 98, J. Larrieu ; *CCE* 2009, comm. 24, C. Caron ; *RLDI* 2008/44, n^o 1451, note s. Rambaud.

251. Titre VI.

2510. Cf. J. Schmidt-Szalewski et C. Rodà, « L'évolution de la jurisprudence communautaire en matière d'abus de position dominante dans l'exercice des droits de propriété intellectuelle », in C. Geiger (dir.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, coll. « CEIPI », 2013. 181 ; s. Carré, « La théorie des “facilités essentielles” : *Much ado about nothing* ? », in C. Geiger et C. Rodà (dir.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, coll. CEIPI, 2014, p. 87.

2511. V. ss 461, 651.

2512. CJUE 12 juill. 2012, *Compass*, aff. C-138/11, *Propriété intellectuelle* 2013, n^o 46, p. 92, obs. V.-L. Bénabou.

2513. *US vs Terminal Railroad Association*, 224 US 383, 1912.

2514. Sur cette théorie, *cf.* notamment N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2^e éd., 2012, n^o 1162 s. ; L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, n^o 54, p. 124.

2515. Cf. G. Decocq, « Abus de droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », in *Études X. Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 148.

2516. CJCE 6 avr. 1995, *Magill*, aff C-241/91 P et C-241/92 P, *RTD eur.* 1996. 747, obs. J.-B. Blaise et p. 835, obs. G. Bonet ; *RTD com.* 1995. 606, obs. Françon ; *D.* 1996. 119, Chron. M. Vivant ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, comm. 5, N. Mallet-Poujol.

2517. CJCE 3 avr. 2004, *IMS Health*, aff. C-418/01, *D.* 2004. 2366, note F. Sardain ; *CCE* 2004, comm. 69, C. Caron ; *Propr. ind.* 2004, comm. 56, P. Kamina ; *CCC* 2004, comm. 128, s. Poillot-Peruzzetto ; *RTD eur.* 2004. 691, obs. G. Bonet.

2518. *Cf., a contrario*, TPICE 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke*, aff. T-504/94, *RTD. eur.* 1998, p. 609, obs. G. Bonet (refus de licence de droits d'auteurs sur les sons et images de courses hippiques non constitutif d'abus de position dominante, au motif que « la transmission télévisée des courses hippiques, bien qu'elle constitue un service complémentaire, voire convenable, offert aux parieurs, n'est pas en soi indispensable à l'exercice de l'activité principale des bookmakers, c'est-à-dire la prise de paris »).

2519. Com. 4 déc. 2001, *Propri. intell.* 2002, n^o 3, p. 62, obs. A. Lucas ; *CCE* 2002, comm. 38, C. Caron ; *RTD com.* 2002. 296, note E. Claudel ; *CCC* 2002, comm. 190, M. Malaurie-Vignal.

252. Titre VIII.

2520. Paris, 29 juin 1999, *CCE* 1999, comm. 48, G. Decocq.

2521. Paris, 30 sept. 2008, *Propri. intell.* 2008, n^o 30, p. 64, obs. J.-M. Bruguière.

2522. Com. 23 mars 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron, et comm. 122, M. Chagny ; *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 856, obs. J.-M. Bruguière ; *RTD com.* 2010. 327, obs. F. Pollaud-Dulian.

2523. CE 29 juill. 2002, *Propri. intell.* 2003, n^o 6, p. 57, obs. A. Lucas ; *JCP E* 2003, p. 149, note J.-M. Bruguière.

2524. TGI Paris, 20 juin 2007, *RLDI* 2007/30, n^o 985, obs. s. Rambaud ; *Propr. ind.* 2007, comm. 104, J. Larrieu ; *RTD com.* 2008. 92, obs. F. Pollaud-Dulian.

2525. Versailles, 17 févr. 2010, *CCE* 2010, comm. 84, C. Caron.

2526. TA Poitiers, 31 janv. 2013, *RLDI* 2013/92, n^o 3059, obs. L. Lalot.

2527. Cf. déjà Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 1, 1952, p. 1.

2528. Sur ceux-ci, *cf.* J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 468 à 569 ; F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, Économica, 2011, n^o 1204 à 1292 et 1883 à 1964.

2529. Cf. O. Seidowsky, *Le fonds de commerce électronique*, thèse, Paris II, 2006 ; P. Stoffel-Munck et G. Decocq, « L'avènement du fonds de commerce électronique », *Gaz. Pal.* 4 juin 2009, n^o 155, p. 52 ; T. Verbiest, « Le fonds de commerce électronique, vers une reconnaissance juridique ? », *CCE* 2008, étude 10 ; A. Mendoza-Caminade, « La notion de fonds de commerce à l'épreuve de l'Internet », in *Mélanges P. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 763.

253. Décr. 71, art. 6 et 8.

2530. Par ex., Poitiers, 2 juill. 2010, *JCP* 2011. 137.

2531. Com. 26 mai 2009, *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 300, obs. M. Sabatier ; *RLDI* 2009/50, n^o 1636, obs. M. Trézéguet.

2532. Classement *Brandz* 2013 de la société Millward Brown.

2533. *Cf.* É. Tardieu-Guigues, « Internet et territoire », *RLDI* 2013/99, n° 3301.

2534. Par ex., Com. 26 mai 2009, *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 300, obs. M. Sabatier ; *RLDI* 2009/50, n^o 1636, obs. M. Trézéguet (< Azurvilla.com >) ; Com. 14 mai 2013, *D.* 2013. 2492, obs. J. Larrieu ; *PIBD* 2013, n^o 987, III, 1295 (< DICT.com >).

2535. V. ss 919.

2536. Paris, 28 janv. 2009, *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 296, obs. M. Sabatier.

2537. Cons. const. 6 oct. 2010, n^o 2010-45 QPC, *D.* 2010. 2285, note C. Manara ; *RLDI* 2010/65, n^o 2130, obs. E. Gillet ; *Gaz. Pal.* 14 déc. 2010, n^o 348, p. 10, note J. Arlettaz ; *CCE* 2011, étude 2, F. Sardain ; *Gaz. Pal.* 17-18 déc. 2010, p. 35, note F. Gilbert.

2538. Cf. C. Geiger, « Marques et droits fondamentaux », in C. Geiger et J. Schmidt-Szalewski (dir.), *Les défis du droit des marques au XXI^e siècle*, Litec, coll. « CEIPI », 2010, p. 163.

2539. Directive n^o 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, *JOUE* L 040, 11 févr. 1989, p. 1.

254. Décr. 71, art. 7.

2540. Loi n^o 91-7 du 4 janvier 1991 relative aux marques de fabrique, de commerce ou de service, *JORF* n^o 5, 6 janv. 1991, p. 316.

2541. Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques, *JOUE* L 99, 8 août 2008, p. 25.

2542. Règlement n^o 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993, *JOUE* L 11, 14 janv. 1994, p. 1.
V. not. la chronique de G. Bonet, *RTD eur.* 1995. 59.

2543. Règlement n^o 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire,
JOUE L 78, 24 mars 2009, p. 1.

2544. Ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 portant adaptation au droit communautaire du Code de la propriété intellectuelle et du Code des postes et télécommunications, *JORF* n° 173, 28 juill. 2001, p. 12132.

2545. Cf. O. Thierri, « Vers une réforme du droit des marques dans l'Union européenne », *Propr. ind.* 2013, étude 13; B. Humblot, « Droits conférés par la marque et projet de directive européenne : faire et défaire... », *RLDI* 2014/100, n° 3332.

2546. Sur cette convention, *cf.* A. et O. Thierri, « Convention de Paris », *J.-Cl. Marques*, fasc. 7720 (2009).

2547. *Cf.* N. Dreyfus, « La Communauté Européenne adhère au système de la marque internationale », *D.* 2004. 2418.

2548. *Cf.* A. Bigaré, « L'adhésion des États-Unis au Protocole de Madrid », *Propriété ind.*, sept. 2003, chron. 17.

2549. Sur ces deux systèmes et leurs différences, *cf.* J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 582 à 592 ; F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, Économica, 2011, n^o 2143 à 2164 ; A. et O. Thrierr, « Arrangements internationaux », *J.-Cl. Marques*, fasc. 7730 (2014).

255. Décr. 71, art. 9.

2550. Cons. const. 8 janv. 1991, n^o 90-283 DC, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, comm. 1, M. Vivant et comm. 26, s. Alma-Delettre.

2551. CEDH 11 janv. 2007, *JCP E* 2007, 1409, note A. Zollinger ; *CCE* 2007, comm. 67, C. Caron ; *Propr. intell.*, janv. 2007, n^o 22, p. 103, note X. Buffet-Delmas.

2552. Cons. const. 8 janv. 1991, n^o 90-283 DC, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, comm. 1, M. Vivant et comm. 26, s. Alma-Delette. Cf. C. Geiger, « Marques et droits fondamentaux », in C. Geiger et J. Schmidt-Szalewski (dir.), *Les défis du droit des marques au XXI^e siècle*, Litec, coll. « CEIPI », 2010, p. 163.

2553. CJUE 12 déc. 2002, *Sieckmann*, aff. C-273/00, *Rec.* p. I-11737 ; *JCP E* 2003, p. 419, obs. C. Caron ; *Propri. intell.* 2003, n^o 7, p. 205, note E. Joly et n^o 9, p. 456, obs. J.-M. Bruguière.

2554. OHMI, ch. rec., 11 févr. 1999, *PIBD* 2000, n^o 689, III, 10.

2555. OHMI, ch. rec., 5 déc. 2001, *PIBD* 2002, n^o 754, III, 566.

2556. CJUE 12 déc. 2002, *Sieckmann*, aff. C-273/00, *Rec.* p. I-11737 ; *JCP E* 2003, p. 419, obs. C. Caron ; *Propri. intell.* 2003, n^o 7, p. 205, note E. Joly et n^o 9, p. 456, obs. J.-M. Bruguière.

2557. Cf. T. Lambert, « Une représentation de l'odeur en droit des propriétés intellectuelles », *D.* 2013. 2039. Pour une application en droit français : Paris, 3 oct. 2003, *PIBD* 2004, III, 10 (refus de l'enregistrement d'un arôme artificiel de fraise).

2558. Cf. M. Sabatier, « La marque en langues étrangères », *Propriété intellectuelle*, 2012, n^o 43, p. 245 ; C. Le Goffic, « Marques soumises à des règles spéciales – Vins et alcools. Tabac. Emploi de la langue française », *J.-Cl. Marques*, fasc. 7130 (2012).

2559. Versailles, 11 janv. 2001, *RIDA* 2001, n^o 191, p. 280.

256. Décr. 71, art. 10.

2560. Civ. 1^{re}, 30 oct. 2007, *RIDA* 2008, n^o 216, p. 441 ; Paris, 24 juin 2009, *RLDI* 2009/51, n^o 1674, obs. M. Trézéguet.

2561. Par ex., Com. 26 sept. 2012, *PIBD* 2012, n^o 972, III, 744 (« La vie parisienne Magazine »).

2562. TGI Toulouse, 23 mai 2006, *CCE* 2006, comm. 121, note C. Caron ; *JCP E* 2006. II. 2747, obs. C. Caron, confirmé par Toulouse, 3 juill. 2007, *inédit*, RG n^o 06/1066 ; pourvoi rejeté par Com. 23 juin 2009, *D.* 2009. 1967 ; *PIBD* 2009. 903, III, 1354 ; *Propri. ind.* 2009, comm. 58, J. Larrieu.

2563. V. ss 751 sur la distinctivité des formes, et v. ss 732 sur la représentation graphique des couleurs.

2564. T. Stenger, « Le nouveau sens des marques », *Revue des marques* 2010, n^o 69, p. 30.

2565. V. ss 733.

2566. Par ex., Paris, 28 janv. 2009, *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 296, obs. M. Sabatier.

2567. V. ss 749.

2568. Marque française n^o 3623085.

2569. Marques n^o 3318310 et 3263431.

257. Texte indélébile, Décr. 71 art. 11 ; numérotation des pages, Décr. 71, art. 12 ; interdiction des surcharges et ratures, Décr. 71, art. 13 ; paraphe de chaque feuille, Décr. 71, art. 14 ; apposition du sceau, Décr. 71, art. 15.

2570. Marques n^o 5413018 et 4079554.

2571. Marques « cdiscount.com » n^o 3216263 (française) et 1753342 (communautaire) ;
marque française < [http ://www.rueducommerce.fr](http://www.rueducommerce.fr) > n^o 728127.

2572. CJCE 6 mai 2003, *Libertel*, aff. C-104/01, *Rec.* p. I-3793 ; *Propr. intell.* 2003, n^o 9, p. 424, obs. I. de Medrano Caballero ; *D.* 2005. Pan. 501, obs. s. Durrande.

2573. CJCE 24 juin 2004, *Heidelberger Bauchemie*, aff. C-49/02, *Rec.* p. I-6129 ; *Propr. intell.* 2004, n^o 13, p. 948, obs. I. de Medrano Caballero.

2574. Paris, 26 nov. 2010, *Propriété intellectuelle* 2011, n^o 40, p. 220, obs. M. Sabatier.

2575. Paris, 22 sept. 2004, *PIBD* 2004, n^o 798, III, 680.

2576. *JORF* n^o 211, 10 sept. 2008.

2577. Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, *PIBD* 2006, n^o 834, III, 500.

2578. CJCE 27 nov. 2003, *Shield Mark*, aff. C-283/01, *Rec.* p. I-14313 ; *Propr. ind.* 2004, comm. 15, A. Folliard-Monguiral ; *Propr. intell.* 2004, n^o 11, p. 662, I. De Medrano Caballero.

2579. V. ss 849 s.

258. Décr. 71, art. 16.

2580. A. Bouvel, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, Litec, 2004.

2581. *Cf.* TGI Paris, 24 mars 2009, *RLDI* 2009/49, n^o 1606, obs. M. Trézéguet ; *RLDI* 2009/50, n^o 1631, comm. J. Lacker (annulation de la marque « emailing » désignant des services de marketing par e-mail).

2582. CJCE 15 sept. 2005, *BioID*, aff. C-37/03 P, *Rec.* p. I-7975 ; *Propr. intell.* 2006, n^o 19, p. 207, note I. de Medrano Caballero.

2583. CJCE 16 sept. 2004, *Sat.2*, aff. C-329/02 P, *Rec.* p. I-8317 ; *Propr. ind.* 2005, comm. 15, I. de Medrano Caballero.

2584. TGI Paris, 24 mars 2009, *RLDI* 2009/49, n^o 1606, obs. M. Trézéguet ; *RLDI* 2009/50, n^o 1631, comm. J. Lacker.

2585. TGI Nanterre, 19 nov. 2001, *Expertises* 2002, n^o 257, p. 109, obs. V. Aumage.

2586. Paris, 23 sept. 2009, *RLDI* 2009/53, n^o 1758, obs. M. Trézéguet ; *Gaz. Pal.* 5 févr. 2010, n^o 36-37, p. 41, obs. A.-S. Cantreau.

2587. Paris, 25 janv. 2008, *RLDI* 2008/42, n^o 1383, comm. R. Kiminou.

2588. Versailles, 21 sept. 2006 : *cf.* M. Sabatier, « La marque en langues étrangères », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 245.

2589. Paris, 26 sept. 2012, *Propr. intell.* 2013, n^o 46, p. 98, obs. M. Sabatier.

259. V. ss 53 s.

2590. TGI Paris, 28 nov. 2013, *RLDI* 2014/100, n° 3319, obs. J. De Romanet.

2591. Paris, 10 avr. 2009, *RLDI* 2009/52, n^o 1713, obs. L. Costes.

2592. Paris, 16 mars 2011, *RLDI* 2011/70, n^o 2303, obs. M. Trézéguet.

2593. Paris, 12 janv. 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 39, p. 226, obs. M. Sabatier ; *RLDI* 2011/68, n^o 2229, obs. L. Costes ; *Propri. ind.* 2011, comm. 32, P. Tréfigny-Goy ; *Gaz. Pal.* 22 avr. 2011, n^o 112-113, p. 30, note A.-S. Cantreau.

2594. Com. 22 juin 2009, *Propri. intell.* 2009, n^o 33, p. 420, obs. M. Sabatier.

2595. Paris, 6 nov. 2013, *PIBD* 2013, n° 996, III, 1634 ; *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 100, obs. M. Sabatier ; *Propri. ind.* 2014, comm. 20, P. Tréfigny.

2596. TGI Paris, 29 nov. 2013, *PIBD* 2014, n° 1000, III, 153.

2597. Sur la validité de ces marques, *cf.* C. Le Goffic, *La protection des indications géographiques*, Litec, 2010, n^o 499 à 511.

2598. Paris, 29 nov. 1994, *PIBD* 1995, n^o 582, III, 90.

2599. Paris, 24 mars 2000, *CCE* 2000, comm. 89, C. Caron.

26. C. civ, art. 1835.

260. C. civ., art. 1316-4 al. 2.

2600. Com. 8 avr. 2008, *PIBD* 2008, n^o 876, III, p. 374 ; *RLDI* 2008/5, n^o 1164, obs. L. Costes ; *RLDI* 2008/6, n^o 1290, obs. J. Lacker ; *Propr. intell.* 2008, n^o 7, p. 359, note J. Passa ; *Propr. ind.* 2009, comm. 27, C. Le Goffic.

2601. Paris, 23 sept. 2009, *RLDI* 2009/53, n^o 1758, obs. M. Trézéguet ; *Gaz. Pal.* 5 févr. 2010, n^o 36-37, p. 41, obs. A.-S. Cantreau.

2602. Lyon, 19 janv. 2012, *PIBD* 2012, n^o 958, III, 205 ; pourvoi rejeté par Com. 14 mai 2013, n^o 12-15.534, *D.* 2013. 2492, obs. J. Larrieu ; *PIBD* 2013, n^o 987, III, 1295.

2603. Trib. UE, 21 nov. 2012, *Getty Images c./OHMI*, aff. T-338/11.

2604. Paris, 2 févr. 2011, *D.* 2011. 741, obs. C. Manara ; *RLDI* 2011/71, n^o 2238, comm. É. Tardieu-Guigues ; *CCE* 2011, comm. 52, C. Caron.

2605. Com. 16 déc. 2008, *PIBD* 2008, n^o 890, III, 818 ; *Propr. ind.* 2009, comm. 27, C. Le Goffic.

2606. TGI Paris, 15 avr. 2010, *Propriété ind.* 2010, comm. 65, P. Tréfigny-Goy.

2607. Com. 31 mai 2005, n^o 03-16.406.

2608. TGI Paris, 18 oct. 2006, *RLDI* 2007/23, n^o 724, obs. J.-B. Auroux ; *RLDI* 2007/25, n^o 804, comm. A. Saint-Martin.

2609. Paris, 28 juin 2013, *PIBD* 2013, n^o 992, III, 1474.

261. Décr. n^o 2001-272, 30 mars 2001, art. 1^{er}, 2.

2610. TGI Paris, 19 sept. 2013, *PIBD* 2013, n° 996, III, 1652.

2611. CJCE 20 sept. 2001, *Baby-Dry*, aff. C-383/99, *Rec.* p. I-6251 ; *PIBD* 2002, n^o 734, III, 31 ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, comm. 28, B. Humblot.

2612. CJCE 16 sept. 2004, *Sat.2*, aff. C-329/02 P, *Rec.* p. I-8317 ; *Propr. ind.* 2005, comm. 15, I. de Medrano Caballero.

2613. TGI Paris, 24 mars 2009, *RLDI* 2009/49, n^o 1606, obs. M. Trézéguet ; *RLDI* 2009/50, n^o 1631, comm. J. Lacker.

2614. Paris, 16 mars 2011, *RLDI* 2011/70, n^o 2303, obs. M. Trézéguet.

2615. Versailles, 29 mars 2000, *D.* 2000. 909, obs. F. Hercot ; *Expertises* 2000, n^o 239, p. 232, note F. Beaujard ; *Gaz. Pal.* 19 juill. 2000, n^o 201, p. 38, obs. É. Barbry.

2616. Paris, 28 janv. 2003, *D.* 2003. 690, obs. C. Manara.

2617. En ce sens, TGI Paris, 16 oct. 2001, *Expertises*, 2002, n^o 258, p. 156, note N. Marchet : « absence de caractère distinctif de l'adjonction '.com' ».

2618. Paris, 25 janv. 2008, *RLDI* 2008/42, n^o 1383, comm. R. Kiminou ; dans le même sens, TGI Paris, 28 nov. 2013, *RLDI* 2014/100, n^o 3319, obs. J. De Romanet (« *vente-privee.com* »).

2619. Trib. UE, 21 nov. 2012, *Getty Images c./OHMI*, aff. T-338/11, pt. 26 : « il convient d'opérer une distinction entre les droits tirés de l'enregistrement d'un nom de domaine, d'une part, et les droits tirés de l'enregistrement d'un signe en tant que marque communautaire, d'autre part. Ainsi, le fait que la requérante possède le nom de domaine « photos.com » n'implique pas que ledit nom puisse, de ce fait, être enregistré en tant que marque communautaire ». Dans le même sens, Trib. UE, 14 mai 2013, *Unister Gmbh c./ OHMI*, aff. T-244/12 (<fluege.de>).

262. Décr. 30 mars 2001, art. 2, v. ss 55.

2620. *Ibid.* (nom de domaine < www.photos.com >).

2621. Com. 23 oct. 1990, *Bull. IV*, n^o 250 (« Alcotest »).

2622. Par ex., Lyon, 19 janv. 2012, *PIBD* 2012, n^o 958, III, 205 ; pourvoi rejeté par Com. 14 mai 2013, n^o 12-15.534, *D.* 2013. 2492, obs. J. Larrieu ; *PIBD* 2013, n^o 987, III, 1295 (marque « DICT.fr »).

2623. Cf. F. Pollaud-Dulian, « Les marques tridimensionnelles en droit communautaire », *RJDA* 2003/8-9, p. 707 ; A. Folliard-Monguiral, « La protection des formes par la marque communautaire », *Propri. ind.* 2003, chron. 3.

2624. CJCE 18 juin 2002, *Philips*, aff. C-299/99, *Rec.* p. I-5475 ; *Propr. intell.* 2002, n^o 5, p. 83, obs. E. Joly.

2625. CJCE 18 juin 2002, *Philips*, aff. C-299/99, *Rec.* p. I-5475 ; *Propr. intell.* 2002, n^o 5, p. 83, obs. E. Joly.

2626. Paris, 27 juin 2008, *Propriété industrielle*, 2008, comm. 95, P. Tréfigny.

2627. TPICE 11 déc. 2001, *Erpo Möbelwerk*, aff. T-138/00, *Rec.* p. I-10031 ; *Propriété intellectuelle*. 2005, n^o 15, p. 196, obs. I. de Medrano Caballero.

2628. TPICE 5 déc. 2002, aff. T-130/01, *Rec.* p. II-5179.

2629. CJUE 21 janv. 2010, *Vorsprung durch Technik*, aff. C-398/08 P, *Propriété intellectuelle*. 2010, n° 35, p. 19, obs. B. Geoffray ; *Propriété industrielle*. 2010, comm. 23, A. Folliard-Monguiral.

263. Décr. 30 mars 2001, art. 6, v. ss 59 s.

2630. CJUE 13 janv. 2011, *Media-Saturn-Holding GmbH c/ OHMI*, aff. C-92/10 P, *Propr. intell.* 2011, n^o 39, p. 228, obs. B. Geoffray.

2631. CJCE 6 mai 2003, *Libertel*, aff. C-104/01, *Rec.* p. I-3793 ; *Propr. intell.* 2003, n^o 9, p. 424, obs. I. de Medrano Caballero ; *D.* 2005. Pan. 501, obs. s. Durrande.

2632. CJCE 16 juill. 2009, *American Clothing Associates*, aff. C-202/08 P et C-208/08 P, *Propr. ind.* 2009, comm. 56, A. Folliard-Monguiral.

2633. TPICE 21 avr. 2004, aff. T-127/02, *Propr. ind.* 2004, comm. 54, A. Folliard-Monguiral.

2634. Trib. UE, 25 mai 2011, *Ernst August Prinz von Hannover Herzog zu Braunschweig und Lüneburg*, aff. T-397/09, *Propr. ind.* 2011, comm. 65, A. Folliard-Monguiral.

2635. Sur cette question, *cf.* C. Le Goffic, *La protection des indications géographiques*, Litec, 2010, n^o 575 à 577.

2636. Paris, 18 oct. 2000, *D.* 2001. Somm. 1131, obs. s. Durrande.

2637. Com. 29 mars 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 40, p. 323, obs. M. Sabatier.

2638. Trib. UE, 9 mars 2012, *Federico Cortés del Valle López c/ OHMI*, aff. T-417/10.

2639. Trib. UE, 5 oct. 2011, *Paki Logistics GmbH*, aff. T-526/09, *Propr. intell.* 2012, n^o 42, p. 97, obs. B. Geoffray.

264. Décr. 71, art. 38-III.

2640. Trib. UE, 20 sept. 2011, *Couture Tech Limited*, aff. T-232/10, *PIBD* 2011, n^o 949, III, 631 ; *Propr. intell.* 2012, n^o 42, p. 96, obs. B. Geoffray.

2641. TGI Paris, 27 sept. 2013, *PIBD* 2013, n° 996, III, 1649.

2642. Com. 16 avr. 2013, *D.* 2013. 1061 ; *D.* 2014. 327, obs. N. Martial-Braz.

2643. Paris, 19 oct. 2005, *D.* 2006. 221, obs. C. Manara ; *D.* 2006. 785, obs. P. Tréfigny.

2644. CJCE 30 mars 2006, *Elizabeth Émanuel*, aff. C-259/04, *Rec.* p. I-3089 ; *PIBD* 2006. 830, III, 356 ; *Propr. intell.* 2006, n^o 21, p. 485, obs. G. Bonet.

2645. *Ibid.*

2646. Par ex., Paris, 16 juin 1988, *D.* 1989. 282, obs. J. R. Gusmão ; *PIBD* 1988. 446, III, 592 (marque « Brazil » désignant des cafés de diverses origines) ; Com. 30 nov. 2004, *PIBD* 2005. 802, III, 116 (marque « Bel'Morteau » désignant des saucisses fabriquées à plus de cent kilomètres de Morteau) ; Paris, 7 avr. 2010, *PIBD* 2010, n^o 918, III, 318 (marque « Moroco » désignant des produits d'artisanat). Sur cette question, *cf.* C. Le Goffic, *La protection des indications géographiques*, Litec, 2010, n^o 521 à 528.

2647. Par ex., Com. 17 janv. 1984, *Ann. propr. ind.* 1984. 23 (marque « Sirop d'Évian » désignant des sirops ne contenant pas d'eau d'Évian).

2648. Par ex., Com. 2 mai 2007, *Propriété ind.* 2007, comm. 83, J. Larrieu ; *Gaz. Pal.* 18 mai 2007, n^o 139-141, p. 30, obs. V. Staeffen (marque « Premier sur le matin » désignant les émissions d'une radio n'ayant pas la plus forte écoute).

2649. Aix-en-Provence, 5 janv. 2011, *JurisData* n^o 2011-003056.

265. Décr. 71, art. 17 al. 3.

2650. G. Bonet, chronique à la *RTD eur.* 2000. 129.

2651. Par ex., Com. 24 oct. 2000, *RJDA* 2001/2, n^o 243 ; *PIBD* 2000. 712, III, 33 ; *LPA*, 23 avr. 2002, n^o 81, p. 19, note J.-P. Combenege (marque « Montroucoux » désignant de l'eau minérale) ; Paris, 9 mars 2005, *PIBD* 2005. 809, III, 345 (marque « Versailles » désignant des chocolats) ; Com. 4 oct. 1988, *PIBD* 1989, n^o 450, III, 113 (marque « Cottonelle » désignant du papier hygiénique) ; Com. 1^{er} juill. 2008, *PIBD* 2008, n^o 881, III, 529 ; *Propri. intell.* 2008, n^o 30, p. 96, obs. M. Sabatier (marque « Libre à vous de dépenser plus » désignant des services de location de véhicules).

2652. TGI Paris, 24 mars 2009, *RLDI* 2009/49, n^o 1606, obs. M. Trézéguet ; *RLDI* 2009/50, n^o 1631, comm. J. Lacker.

2653. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JO* n° 65 du 18 mars 2014, p. 5400 ; *RLDI* 2014/103, n° 3345, comm. L. Grynbaum.

2654. Sur ce point, *cf.* J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 613.

2655. V. ss 763.

2656. Pour un refus de qualifier de marque notoire le nom d'un site web en raison notamment d'un nombre de visiteurs insuffisant sur ce site : Bordeaux, 10 mars 2014, RG n° 13/011331.

2657. Cette méthode est exposée dans les développements relatifs à la protection de la marque : v. ss 809.

2658. Paris, 14 janv. 2009, *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 295, obs. M. Sabatier.

2659. Paris, 29 juin 2011, *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 72, obs. M. Sabatier.

266. Décr. 71, art. 17 al. 4.

2660. Paris, 7 sept. 2011, *ibid.*

2661. Paris, 7 sept. 2011, *ibid.*

2662. Paris, 7 avr. 2010, *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 884, obs. M. Sabatier.

2663. Versailles, 22 nov. 2011, *RLDI* 2011/77, n^o 2550, obs. M. Trézéguet.

2664. Com. 27 oct. 2009, *RLDI* 2010/56, n⁰ 1851, obs. L. Costes.

2665. Paris, 9 avr. 2010, *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 883, obs. M. Sabatier.

2666. Paris, 26 oct. 2012, *Propriété intellectuelle* 2013, n° 46, p. 102, obs. M. Sabatier.

2667. V. ss 749.

2668. Paris, 1^{er} juin 2011, *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 72, obs. M. Sabatier.

2669. Aix-en-Provence, 23 janv. 2014, RG n° 13/07237.

267. Décr. 71, art. 17 al. 3.

2670. TGI Paris, 23 mars 1999, *RLDI* 1999/5, n^o 114, obs. s. Hirsch ; *D.* 2000. 131, note M. Viala (marque « Alice » et nom de domaine < alice.fr >).

2671. V. ss 849 s.

2672. Paris, 31 oct. 2001, *RTD com.* 2002. 478, obs. J. Azéma ; *D.* 2003. 127, obs. s. Durrande (marque « Banania »).

2673. Trib. UE, 28 oct. 2010, aff. T-131/09, *Propr. ind.* 2011, comm. 3, A. Folliard-Monguiral.

2674. Trib. UE, 25 janv. 2012, *Viaguara*, aff. T-332/10, *Propr. ind.* 2012, comm. 24, A. Folliard-Monguiral.

2675. Cf. J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 153 à 155 ;
F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, Économica, 2011, n^o 13971416.

2676. Sur l'articulation entre droit d'auteur et marque, *cf.* not. N. Dreyfus, « Le dépôt par l'employeur d'une marque créée par le salarié », *CCE* 2011, étude 4. Pour un cas dans lequel un titre protégé par le droit d'auteur a conduit à l'annulation d'une marque postérieure : TGI Nanterre, 2 févr. 2012, *Propriété ind.* 2012, comm. 72, P. Tréfigny; *cf.* égal. Com. 21 janv. 2014, *PIBD* 2014, n° 1002, III, 227.

2677. C. Le Goffic, *La protection des indications géographiques*, Litec, 2010, n^o 583 à 586.

2678. *Cf.* not. Paris, 15 déc. 2000, *D.* 2001. 1298, obs. G. Bonet ; en droit de l'Union européenne, CJUE 5 juill. 2011, *Fiorucci*, aff. C-263/09, *RLDI* 2011/76, n^o 2508, obs. M. Trézéguet. Sur la question, *cf.* P. Mohr, « Marques et nom patronymique », *Propri. ind.* 2006, étude 21.

2679. C. Le Goffic, *La protection des indications géographiques*, Litec, 2010, n^o 562 à 567.

268. Décr. 71, art. 18.

2680. Art. 8, § 4, du règlement n° 207/2009.

2681. Paris, 18 sept. 1998, *D.* 1998. IR 234 ; *RTD com.* 1998. 848, obs. J. Azéma ; *PIBD* 1999. 667, III, 11 (sigle « BNF »).

2682. TGI du Mans, 29 juin 1999, *PIBD* 1999, n^o 692, III, 91 ; *Expertises avr.* 2000, p. 107, obs. s. Vital-Durant.

2683. Paris, 18 oct. 2000, *JCP E* 2001, I, n^o 8, obs. M. Vivant ; *D.* 2001. 1379, note G. Loiseau ; TGI Paris, 9 juill. 2002, *Prop. ind.* 2002, comm. 87, P. Tréfigny ; TGI Nanterre, 4 nov. 2002, *RLDA* 2003, n^o 3545, obs. L. Costes ; Paris, 15 sept. 2004, *PIBD* 2005. 800, III, 54 ; TGI Paris, 29 oct. 2004, *PIBD* 2005, n^o 800, III, 39 ; TGI Paris, 5 oct. 2007, *PIBD* 2007, n^o III, 743 ; TGI Nanterre, 2 févr. 2012, *Prop. ind.* 2012, comm. 72, P. Tréfigny ; Paris, 5 juill. 2013, *Prop. ind.* 2013, comm. 80, P. Tréfigny ; Paris, 4 oct. 2013, *PIBD* 2013, n^o 996, III, 1641.

2684. Pour de plus amples indications sur la procédure, *cf.* J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 165 à 194.

2685. CJUE 19 juin 2012, *IP Translator*, aff. C-307/10, *Propriété industrielle* 2012, comm. 65, A. Folliard-Monguiral ; *CCE* 2012, comm. 132, C. Caron.

2686. Pour les conditions d'application de cette règle à un nom de domaine : Trib. UE, 14 mai 2013, aff. T-321/11, *Propri. intell.* 2013, n^o 49, p. 417, obs. B. Geoffray.

2687. V. ss 898.

2688. Com. 19 déc. 2006, *CCE* 2007, comm. 36, C. Caron.

2689. CJCE 11 juin 2009, *Lindt*, aff. C-529/07, *D.* 2009. 2396, obs. T. Lancrenon ; *Propri. ind.* 2009, comm. 52, A. Folliard-Monguiral ; *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 291, obs. G. Bonet.

269. Décr. 71, art. 23 à 25.

2690. Com. 23 juin 2009, *PIBD* 2009. 903, III, 1354 ; *Propr. ind.* 2009, comm. 58, J. Larrieu.

2691. Paris, 12 sept. 2012, *RLDI* 2012/86, n^o 2883, obs. L. Costes.

2692. Com. 23 oct. 2012, *Propr. ind.* 2012, comm. 86, P. Tréfigny ; *RLDI* 2013/89, n^o 2966, obs. L. Costes ; *Propr. intell.* 2013, n^o 46, p. 99, obs. M. Sabatier ; *D.* 2014. 328, obs. N. Martial-Braz.

2693. TGI Paris, 23 nov. 2010, *PIBD* 2010, n^o 935, III, 179 ; *RLDI* 2011/68, n^o 2221, comm. B. May et M. Liens ; jugement confirmé sur ce point par Paris, 14 sept. 2012, *PIBD* 2012, n^o 972, III, 757.

2694. Com. 21 janv. 2014, *PIBD* 2014, n° 1001, III, 206.

2695. Dans le même sens, TGI Paris, 29 nov. 2013, *PIBD* 2014, n° 1000, III, 153.

2696. TGI Paris, 30 nov. 2012, *PIBD* 2012, n^o 977, III, 963.

2697. Paris, 26 sept. 2012, RG n^o 10/22304 (absence de preuve de fraude dans le dépôt de la marque « Player Care » : « la fraude n'est pas caractérisée par la société qui se borne en définitive à souligner que le dépôt de la marque a suivi de près l'annonce de presse, or, la seule chronologie des faits ne saurait être retenue, à défaut d'être étayée par tout autre élément, comme constituant la preuve de la fraude invoquée »). Dans le même sens, Paris, 24 mai 2013, *PIBD* 2013, n^o 988, III, 1340 ; Paris, 28 juin 2013, *PIBD* 2013, n^o 992, III, 1476.

2698. Com. 10 mai 2006, *Propri. intell.* 2006, n^o 21, p. 500 ; Paris, 6 déc. 2013, *PIBD* 2014, n^o 1002, III, 238.

2699. Paris, 19 sept. 2011, *PIBD* 2011, n^o 951, III, 700 ; *Propr. ind.* 2012, comm. 16, P. Tréfigny.

27. CPI, art. L. 613-8 et L. 714-1.

270. Décr. 71, art. 28.

2700. Nancy, 16 janv. 2012, *PIBD* 2012, n^o 962, III, 356 (« Burning Man »).

2701. TGI Paris, 28 juin 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 569.

2702. Paris, 11 avr. 2008, RG n^o 06/15403 ; *JurisData* n^o 2008-361564.

2703. V. ss 955.

2704. *Cf.* C. De Haas, « Le non-sens d'une marque sans usage ou le vice fondamental du droit des marques français et européen », *Propri. ind.* 2010, étude 1.

2705. Par ex., Paris, 12 nov. 2010, *Propri. intell.* 2011, n^o 38, p. 125, obs. M. Sabatier (marques « Pages Jaunes » et « Les Pages Jaunes »).

2706. TGI Paris, 10 juin 2011, *PIBD* 2011, n^o 950, III, 673 ; jugement confirmé par Paris, 20 févr. 2013, *PIBD* 2013, n^o 986, III, 1266 ; TGI Paris, 6 juill. 2012, *PIBD* 2012, n^o 970, III, 654.

2707. TGI Paris, 27 mars 2012, *JCP E* 2012, n^o 23, 1374, comm. M. Bourgeois.

2708. Com. 31 janv. 2012, *Propriété ind.* 2012, comm. 32, P. Tréfigny ; *Propriété intell.* 2013, n^o 46, p. 108, obs. M. Sabatier.

2709. Paris, 12 janv. 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 39, p. 226, obs. M. Sabatier ; *RLDI* 2011/68, n^o 2229, obs. L. Costes ; *Propri. ind.* 2011, comm. 32, P. Tréfigny-Goy ; *Gaz. Pal.* 22 avr. 2011, n^o 112-113, p. 30, note A.-S. Cantreau.

271. Décr. 71, art. 28 al. 2 et 3.

2710. Com. 16 févr. 2010 et 9 nov. 2010, *Propriété ind.* 2011, comm. 7, P. Tréfigny-Goy.

2711. Paris, 2 févr. 2011, *D.* 2011. 741, obs. C. Manara ; *RLDI* 2011/71, n^o 2238, comm. É. Tardieu-Guigues ; *CCE* 2011, comm. 52, C. Caron.

2712. CJUE 19 déc. 2012, *Onel*, aff. C-149/11, *Propri. intell.* 2013, p. 121, obs. B. Geoffray ; *CCE* 2013, comm. 23, C. Caron (afin d'apprécier si l'usage d'une marque communautaire est sérieux, il convient de faire abstraction des frontières du territoire des États membres).

2713. Com. 10 juill. 2007, *Bull. civ.* IV, 159 ; *Propri. intell.* 2007, n^o 25, p. 498, obs. J. Passa, et n^o 26, p. 150, obs. X. Buffet-Delmas ; *RTD com.* 2007. 712, Chron. J. Azéma ; *Propri. ind.* 2007, étude 24, M. Schaffner et s. Georges ; *Propri. ind.* 2008, étude 10, J. Passa ; Com. 13 juill. 2010, *CCE* 2010, comm. 93, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 22 oct. 2010, n^o 214, p. 41, obs. V. Brunot, et 27 oct. 2010, n^o 300, p. 21, note L. Marino ; *RLDI* 2010/64, n^o 2102, note M. Schaffner et s. Georges ; Com. 3 mai 2012, *Gaz. Pal.* 2 août 2012, n^o 214, p. 16, obs. L. Marino ; *JCP E* 2012, n^o 28, 1458, obs. A. Debet ; *D.* 2012. 1261, obs. C. Manara, et p. 1684, note L. Mauger-Vielpeau ; *CCE* 2012, comm. 74, C. Caron ; *RLDI* 2012/82, n^o 2751, obs. L. Costes.

2714. CJUE 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09, *D.* 2011. 1965, obs. C. Manara ; *D.* 2011. 5024, obs. P.-Y. Gautier ; *RLDI* 2011/74, n^o 2459, comm. L. Grynbaum ; *RLDI* 2011/74, n^o 2460, comm. C. Castets-Renard ; *Propr. ind.* 2011, comm. 71, A. Folliard-Monguiral ; *RTD eur.* 2011. 847, obs. E. Treppoz ; *Gaz. Pal.* 27 oct. 2011, n^o 299, p. 19, obs. L. Marino ; *CCE* 2011, comm. 99, C. Caron.

2715. s. Durrande, « Du bâtonnet glacé à l'esquimaux ou les avatars des marques devenues la désignation usuelle d'un produit », *D.* 1991, chron. 234 ; T. Lancrenon, « Les marques mortes d'avoir trop plu », *Propri. ind.* 2008, étude 13.

2716. L'hypothèse d'un usage « générique » est ainsi évoquée dans l'arrêt *Portakabin* : CJUE 8 juill. 2010, *Portakabin*, aff. C-558/08, *Propriété industrielle* 2010, comm. 64, A. Folliard-Monguiral ; *CCE* 2010, comm. 93, C. Caron, pt. 32.

2717. Par ex., Paris, 19 oct. 2001, *CCE* 2002, comm. 115, C. Caron ; *Propri. intell.* 2002, n^o 3, p. 94, obs. E. Joly ; *D.* 2003. Somm. 131, obs. s. Durrande ; pourvoi rejeté par Com. 28 avr. 2004, *PIBD* 2004. 792, III, 481 ; *D.* 2005. 505, obs. s. Durrande ; *Propri. ind.* 2005, comm. 73, P. Tréfigny ; *Propri. intell.* 2005, n^o 17, p. 479, note X. Buffet-Delmas.

2718. Paris, 31 oct. 2007, *D.* 2008. 898, obs. M. Vignaud.

2719. Paris, 13 juin 2008, *RLDI* 2008/43, n^o 1413, obs. L. Costes.

272. Décr. 71, art. 33.

2720. Paris, 6 nov. 2013, *PIBD* 2013, n° 996, III, 1634 ; *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 100, obs. M. Sabatier ; *Propri. ind.* 2014, comm. 20, P. Tréfigny.

2721. CJCE 29 avr. 2004, *Björnekulla*, aff. C-371/02, *Rec.* p. I-5791 ; *Propr. ind.* 2004, comm. 62, A. Folliard-Monguiral ; *RTD com.* 2004. 714, obs. J. Azéma ; *D.* 2005. 504, obs. s. Durrande.

2722. Paris, 27 févr. 2002, *Ann. propr. ind.* 2002. 254.

2723. Paris, 19 oct. 2001, *CCE* 2002, comm. 115, C. Caron ; *Propri. intell.* 2002, n^o 3, p. 94, obs. E. Joly ; *D.* 2003. Somm. 131, obs. s. Durrande ; pourvoi rejeté par Com. 28 avr. 2004, *PIBD* 2004. 792, III, 481 ; *D.* 2005. 505, obs. s. Durrande ; *Propri. ind.* 2005, comm. 73, P. Tréfigny ; *Propri. intell.* 2005, n^o 17, p. 479, note X. Buffet-Delmas.

2724. V. ss 898.

2725. Par ex., Paris, 6 juin 2008, *RLDI* 2008/42, n^o 1381, obs. L. Costes (mention de la marque « Gaz de France » par un tiers sur son site web) ; Paris, 14 oct. 2009, *RLDI* 2009/54, n^o 1788, obs. M. Trézéguet ; *RTD com.* 2010. 298, note J. Azéma ; *Gaz. Pal.* 23 avr. 2010, n^o 113-114, p. 30, obs. B. Thoré ; *Propri. intell.* 2010, n^o 35, p. 771, obs. J. Passa (mention de la marque « Roland Garros » par un tiers sur son site web) ; Com. 29 janv. 2013, *PIBD* 2013, n^o 980, III, 1078 (reproduction des marques « Écopli » et « Postimpact » par un tiers sur son site web pour proposer des services identiques).

2726. TGI Nanterre, 4 févr. 2005, *D.* 2005. 1037, note C. Hugon ; en appel, Paris, 28 juin 2006, *Gaz. Pal.* 18 oct. 2006, n^o 291, p. 6, obs. B. Thoré, et p. 29, note V. Brunot.

2727. V. ss 881 s.

2728. V. ss 878-880.

2729. CJCE 20 mars 2003, *LTJ Diffusion*, aff. C-291/00, *Rec.* p. I-2799 ; *Propri. intell.* 2003, n^o 7, p. 203, obs. G. Bonet ; *D.* 2003. Somm. 2686, obs. s. Durrande ; *CCE* 2003, comm. 47, C. Caron ; *RTD eur.* 2004. 115, obs. G. Bonet.

273. Décr. 71, art. 37 al. 1^{er}.

2730. Paris, 1^{er} juin 2005, *D.* 2005. 2467, obs. J. Passa ; *RTD com.* 2005. 715, note J. Azéma.

2731. Paris, 2 févr. 2011, *D.* 2011. 741, obs. C. Manara ; *RLDI* 2011/71, n^o 2238, comm. É. Tardieu-Guigues ; *CCE* 2011, comm. 52, C. Caron.

2732. Paris, 28 juin 2013, *PIBD* 2013, n^o 992, III, 1474.

2733. TGI Paris, réf., 23 mai 2013, *RLDI* 2013/95, n⁰ 3157, obs. L. Costes.

2734. N. Dreyfus, *Marques et Internet*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2011, n^o 353.

2735. Versailles, 13 sept. 2007, *Propriété intellectuelle* 2007, comm. 95, P. Tréfigny. *Cf.* toutefois, en sens contraire, TGI Paris, 14 nov. 2007, *PIBD* 2008, n^o 868, III, 122 (nom de domaine < euridile.fr > qualifié de reproduction de la marque « Euridile », au motif que le suffixe « purement technique » n'avait pas à être pris en considération).

2736. Paris, 20 sept. 2006, *PIBD* 2006, n^o 841, III, 778.

2737. V. ss 876.

2738. Par ex., Paris, 1^{er} févr. 2013, *Propriété ind.* 2013, comm. 32, P. Tréfigny.

2739. V. ss 760.

274. Décr. 71, art. 37 al. 2.

2740. CJCE 22 juin 1999, *Lloyd*, aff. C-342/97, *Rec.* p. I-3819 ; *RTD eur.* 2000. 108, obs. G. Bonet.

2741. Par ex. TGI Paris, 29 oct. 2008, *Propriété ind.* 2009, comm. 4, P. Tréfigny-Goy (public pertinent constitué des entreprises dans le domaine de l'affacturage).

2742. *Ibid.*

2743. CJCE 6 avr. 2007, *Alcon*, aff. C-412/05 P, *Propr. ind.* 2007, comm. 62, A. Folliard-Monguiral.

2744. TPICE 13 févr. 2007, *Respicur*, aff. T-256/04, *Propr. ind.* 2007, comm. 28, A. Folliard-Monguiral ; Trib. UE, 4 mars 2010, *Avanzalene*, aff. T-477/08, *Propr. ind.* 2010, comm. 29, A. Folliard-Monguiral.

2745. Paris, 11 mai 1988, *PIBD* 1988, n^o 444, III, 523 ; Aix-en-Provence, 13 avr. 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 566 ; Paris, 12 janv. 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 39, p. 226, obs. M. Sabatier ; *RLDI* 2011/68, n^o 2229, obs. L. Costes ; *Propri. ind.* 2011, comm. 32, P. Tréfigny-Goy ; *Gaz. Pal.* 22 avr. 2011, n^o 112-113, p. 30, note A.-S. Cantreau.

2746. Com. 26 juin 2012, *PIBD* 2012, n^o 968, III, 578.

2747. Rennes, 23 mars 2010, *PIBD* 2010, n^o 918, III, 323.

2748. Paris, 23 sept. 2011, *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 78, obs. M. Sabatier.

2749. Paris, 4 juill. 2008, *Propri. intell.* 2009, n^o 30, p. 103, obs. M. Sabatier.

275. Conseil supérieur du Notariat, communiqué de presse du 28 octobre 2008.

2750. Paris, 4 mars 2008, *Propriété intellectuelle* 2009, n^o 30, p. 103, obs. M. Sabatier.

2751. CJCE 22 juin 1999, *Lloyd*, aff. C-342/97, *Rec.* p. I-3819 ; *RTD eur.* 2000. 108, obs. G. Bonet.

2752. TPICE 14 oct. 2003, *Bass*, aff. T-292/01, *Rec.* p. II-4335 ; TPICE 3 mars 2004, *ZIRH*, aff. T-355/02, *Rec.* p. II-791.

2753. Com. 26 juin 2012, *PIBD* 2012, n^o 968, III, 578.

2754. Versailles, 27 févr. 2003, *PIBD* 2003, n^o 763, III, 245.

2755. Paris, 27 juin 2003, *PIBD* 2003, n^o 774, III, 545.

2756. Paris, 27 juin 2003, *PIBD* 2003, n^o 775, III, 580.

2757. TGI Paris, réf., 11 févr. 2008, *RLDI* 2008/36, n^o 1203, obs. L. Costes.

2758. Com. 6 nov. 2007, *PIBD* 2008, n^o 866, III, 42.

2759. Paris, 21 mars 2008, *RLDI* 2008/42, n^o 1380, obs. M. Trézéguet.

276. Programme télé@ctes

2760. Aix-en-Provence, 13 avr. 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 566.

2761. TGI Paris, 26 nov. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1852, obs. L. Costes.

2762. TGI Paris, 20 sept. 2011, *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 82, obs. M. Sabatier.

2763. Versailles, 20 oct. 2011, *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 77, obs. M. Sabatier.

2764. TGI Digne, 20 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2167, obs. M. Trézéguet.

2765. TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2011/68, n^o 2230, obs. M. Trézéguet.

2766. TGI Paris, 16 oct. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1853, note M. Trézéguet ; *Propriété ind.* 2010, comm. 14, obs. P. Tréfigny-Goy.

2767. V. ss 749.

2768. Com., 25 mars 2014, n° 13-13690 (nom de domaine <lezard-graphique.com> et marque « Lézard graphique »).

2769. CJCE 11 nov. 1997, *Sabel*, aff. C-251/95, *Rec.* p. I-6191 ; CJCE 28 sept. 1998, *Canon*, aff. C-39/97, *Rec.* p. I-5507 ; *RTD eur.* 2000. 100, obs. G. Bonet ; CJCE 22 juin 1999, *Lloyd*, aff. C-342/97, *Rec.* p. I-3819 ; *RTD eur.* 2000. 108, obs. G. Bonet. Sur cette question, v. not. M. Dhenne, « Appréciation comparée du risque de confusion entre marques en jurisprudences française et communautaire », *Propri. ind. avr.* 2007, étude 10.

277. Micen.

2770. CJCE 28 sept. 1998, *Canon*, aff. C-39/97, *Rec.* p. I-5507 ; *RTD eur.* 2000. 100, obs. G. Bonet.

2771. CJCE 28 sept. 1998, préc. ; CJCE 22 juin 1999, *Lloyd*, aff. C-342/97, *Rec.* p. I-3819 ; *RTD eur.* 2000. 108, obs. G. Bonet.

2772. Par ex., Com. 1^{er} juin 2010, *RLDI* 2010/62, n^o 2037, obs. L. Costes.

2773. Aix-en-Provence, 13 avr. 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 566.

2774. TGI Paris, 26 nov. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1852, obs. L. Costes.

2775. *Cf.* É. Wery et L. Breteau, « Droit des marques : la justice européenne met à mort la contrefaçon par reproduction à la française », *RLDI* 2011/76, n^o 2496.

2776. CJCE 12 nov. 2002, *Arsenal*, aff. C-206/01, *Rec.* p. I-10273 ; *Propr. intell.* 2003, n^o 7, p. 200, obs. G. Bonet ; *D.* 2003. 755, note P. de Candé ; *RTD com.* 2003. 415, obs. M. Luby ; *RJDA* 2003/3, p. 195, Chron. J. Passa ; *Gaz. Pal.* 14 mai 2003, n^o 135, p. 6, obs. C. Vilmart.

2777. *Ibid.*

2778. Paris, 15 janv. 2014, *PIBD* 2014, n° 1002, III, 233.

2779. En ce sens, TGI Paris, 10 oct. 2007, *RLDI* 2007/32, n^o 1066 (vendeur qualifié de « professionnel »).

278. AASE

2780. CJUE 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09, *D.* 2011. 1965, obs. C. Manara ; *D.* 2011. 5024, obs. P.-Y. Gautier ; *RLDI* 2011/74, n^o 2459, comm. L. Grynbaum ; *RLDI* 2011/74, n^o 2460, comm. C. Castets-Renard ; *Propr. ind.* 2011, comm. 71, A. Folliard-Monguiral ; *RTD eur.* 2011. 847, obs. E. Treppoz ; *Gaz. Pal.* 27 oct. 2011, n^o 299, p. 19, obs. L. Marin ; *CCE* 2011, comm. 99, C. Caron.

2781. CJUE 12 juill. 2011, aff. C-324/09, préc.

2782. Rappr. : TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2168, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/68, n^o 2219, obs. N. Dreyfus ; *Propri. ind.* 2011, comm. 27, J. Larrieu (« le fait d'enregistrer un nom de domaine et d'exploiter, même de façon sommaire, un site Internet sur lequel sont proposés à des internautes des tarifs de voyage avantageux participe d'une pratique commerciale, qu'il s'agisse ou non d'un travail habituel »).

2783. Cf. L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, n^o 181, p. 358 : « on tend à glisser vers le critère de l'échelle commerciale, en laissant peut-être impunie [...] la contrefaçon de faible "volume" réalisée par des particuliers, par exemple sur des plateformes de vente comme eBay ».

2784. V. ss 827 s.

2785. Com. 23 janv. 1990, *Bull. civ.* IV, n^o 20 ; Com. 26 nov. 2003, *PIBD* 2004, n^o 780, III, 99 ; Paris, 25 mai 2005, *PIBD* 2005, n^o 814, III, 509 ; Com. 19 déc. 2006, *CCE* 2007, comm. 37, C. Caron.

2786. Com. 21 févr. 2012, n^o 11-11752.

2787. En ce sens, A. Chavanne, J.-J. Burst, J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7^e éd., 2012, n^o 1561.

2788. En ce sens, Com. 26 nov. 2003, *PIBD* 2003, n^o 780, III, 98 : « le dépôt de la marque seconde constitue un acte d'usage non autorisé de la marque première, et par là même un acte de contrefaçon par usage non autorisé ».

2789. TGI Paris, 20 sept. 2011, *Propr. ind.* 2011, comm. 52, P. Tréfigny-Goy.

279. Venelles, à proximité d'Aix en Provence.

2790. Com. 14 nov. 2006, *Bull. civ.* IV, n^o 221 ; TGI Paris, 26 nov. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1852, obs. L. Costes.

2791. Com. 7 juill. 2004, *PIBD* 2004, n^o 794, III, 554.

2792. Paris, 19 oct. 2005, *D.* 2006. 221, note C. Manara Com. 7 juin 2006, *PIBD* 2006, n^o 840, III, 732 ; *D.* 2006. 2030, obs. C. Manara ; *Propri. ind.* 2006, comm. 64, P. Tréfigny ; Paris, 1^{er} oct. 2010, *Propri. intell.* 2011, n^o 38, p. 120, obs. M. Sabatier ; TGI Paris, 8 juill. 2011, *Légipresse* 2011, n^o 287, p. 530 ; *PIBD* 2012, n^o 857, III, 175.

2793. Pour des décisions ayant qualifié de contrefaçon le simple enregistrement d'un nom de domaine reproduisant ou imitant une marque : TGI Nanterre, 18 janv. 1999, *PIBD* 1999, n^o 673, III, 147 ; TGI Nanterre, 10 janv. 2000, *CCE* 2000, comm. 63, C. Caron ; TGI Nanterre, réf., 2 nov. 2000, *CCE* 2001, comm. 71, C. Le Stanc ; TGI Paris, 16 oct. 2001, *RLDA* 2002/46, n^o 2915 ; Versailles, 8 janv. 2003, *Propri. intell.* 2003, n^o 7, p. 216, obs. X. Buffet-Delmas.

2794. Com. 13 déc. 2005, *JCP E* 2006, p. 1234, note C. Caron ; *D.* 2006. 63, obs. C. Manara ; *Propri. intell.* 2006, n^o 19, p. 128, note A. Bouvel ; *Propri. ind.* 2006, comm. 15, P. Tréfigny ; *CCE* 2006, comm. 21, C. Caron ; *CCC* 2006, comm. 26, M. Malaurie-Vignal ; *D.* 2006. 2930, note Y. PICOD ; *RLDI* 2006/12, n^o 347, obs. L. Costes ; *Gaz. Pal.* 16-20 avr. 2006, p. 34, note V. Brunot.

2795. En ce sens, J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 156 ; C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 153.

2796. V. ss 885 s.

2797. Com. 14 nov. 2006, *Bull. civ.* IV, n^o 221.

2798. Paris, 19 oct. 2005, *D.* 2006. 221, note C. Manara ; Com. 7 juin 2006, *PIBD* 2006, n^o 840, III, 732.

2799. Par ex., TGI Paris, 10 juin 2011, *PIBD* 2011, n^o 950, III, 673 ; jugement confirmé par Paris, 20 févr. 2013, *PIBD* 2013, n^o 986, III, 1266 (mention de la marque « Nova » par un tiers sur son site web pour désigner des radios).

28. C. consom., art. L. 313-2.

280. Décr. 71, art. 18.

2800. CJCE 12 nov. 2002, *Arsenal*, aff. C-206/01, *Rec.* p. I-10273 ; *Propr. intell.* 2003, n^o 7, p. 200, obs. G. Bonet ; *D.* 2003. 755, note P. de Candé ; *RTD com.* 2003. 415, obs. M. Luby ; *RJDA* 2003/3, p. 195, Chron. J. Passa ; *Gaz. Pal.* 14 mai 2003, n^o 135, p. 6, obs. C. Vilmart.

2801. J. Passa, « Les conditions générales d'une atteinte au droit sur une marque », *Propriété industrielle* 2005, étude 2.

2802. Com. 10 mai 2011, *PIBD* 2011, n^o 943, III, 458 ; *cf.* également Com. 21 juin 2011, *PIBD* 2011, n^o 944, III, 577 (« formations professionnelles en dermo-esthétique »).

2803. TGI Paris, 15 avr. 2010, *Propriété ind.* 2010, comm. 65, P. Tréfigny-Goy.

2804. Com. 29 janv. 2013, *PIBD* 2013, n^o 980, III, 1078 ; *Propr. ind.* 2013, comm. 22, P. Tréfigny. Dans le même sens, Paris, 6 nov. 2013, *PIBD* 2013, n^o 996, III, 1634 ; *Propr. intell.* 2014, n^o 50, p. 100, obs. M. Sabatier ; *Propr. ind.* 2014, comm. 20, P. Tréfigny (« services FAX2 MAIL »).

2805. *Cf.* encore Paris, 1^{er} févr. 2012, *PIBD* 2012, n^o 959, III, 244 ; *Propri. ind.* 2012, comm. 31, P. Tréfigny (« Petit Poucet ») ; Paris, 29 mars 2013, *PIBD* 2013, n^o 984, III, 1202 (« hangars photovoltaïques ») ; Paris, 24 mai 2013, *PIBD* 2013, n^o 988, III, 1342 (« Pass Adulte »).

2806. Par ex., Paris, 29 mars 2013, *PIBD* 2013, n^o 984, III, 1202 ; *RLDI* 2013/93, n^o 3085, obs. J. de Romanet.

2807. Paris, 9 avr. 2008, RG n^o 07/5649 ; *cf.* N. Dreyfus, *Marques et Internet*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2011, n^o 353. Dans le même sens, Paris, 6 mars 2013, *Propri. intell.* 2013, n^o 48, p. 284, obs. J.-M. Bruguière (< sportstrategies.com >).

2808. Com. 20 févr. 2007, *RLDI* 2007/25, n^o 814, obs. J.-B. Auroux ; *RLDI* 2007/27, n^o 877, comm. s. Alma-Delette ; *CCE* 2007, comm. 93, C. Caron ; *D.* 2007. 794, obs. C. Manara.

2809. Com. 23 janv. 2007, *CCE* 2007, comm. 55, C. Caron ; *CCC* 2007, comm. 100, M. Malaurie-Vignal ; *Propr. ind.* 2007, comm. 27, P. Tréfigny et comm. 35, J. Larrieu ; *RLDI* 2007/26, n^o 839, comm. J. Lacker ; *D.* 2007. 795, obs. C. Manara. Sur le caractère générique du terme « Argus » : TGI Paris, 28 nov. 2013, *RLDI* 2014/102, n^o 3385, obs. J. De Romanet.

281. J. Flour, « Sur une notion nouvelle de l'authenticité », préc., n^o 5, p. 981.

2810. TGI Paris, 30 nov. 2012, *PIBD* 2012, n^o 977, III, 963 (usage de la marque « Moulin Rouge » pour désigner une gamme de sous-vêtements).

2811. Paris, 21 nov. 2012, *PIBD* 2013, n^o 978, III, 994 (mention, sur un site web, du nom « Galliano » sous des sacs non constitutive d'un usage à titre de marque, dans la mesure où l'appellation ne peut qu'être immédiatement perçue par le public pertinent que comme une référence à l'esquisse du portrait du créateur figurant sur les cabas et comme la déclinaison de l'un des thèmes de la collection d'une entreprise tierce).

2812. CJCE 12 nov. 2002, *Arsenal*, aff. C-206/01, *Rec.* p. I-10273 ; *Propr. intell.* 2003, n^o 7, p. 200, obs. G. Bonet ; *D.* 2003. 755, note P. de Candé ; *RTD com.* 2003. 415, obs. M. Luby ; *RJDA* 2003/3, p. 195, Chron. J. Passa ; *Gaz. Pal.* 14 mai 2003, n^o 135, p. 6, obs. C. Vilmart.

2813. Paris, 2 avr. 2010, *PIBD* 2010, n^o 923, III, 263 ; *RTD com.* 2010. 702, obs. J. Azéma et J.-C. Galloux.

2814. TGI Paris, 17 juin 2008, *LPA* 23 mars 2009, n^o 58, p. 18, Chron. X. Daverat ; Paris, 2 avr. 2010, *RLDI* 2011/68, n^o 2221, comm. B. May et M. Liens.

2815. Sur la question, *cf.* B. Goldenberg et A.-M. Pecoraro, « Les titulaires de droits parent sur la marque », *Propri. intell.* 2009, n^o 31, p. 150.

2816. Paris, 14 oct. 2009, *RLDI* 2009/54, n^o 1788, obs. M. Trézéguet ; *Propri. intell.* 2010, n^o 35, p. 771, obs. J. Passa.

2817. Paris, 21 janv. 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 39, p. 227, obs. M. Sabatier.

2818. *Cf.* les obs. de J.-M. Bruguière, *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 860.

2819. V. ss 606.

282. Ci-après « Décr. 56 ».

2820. V. ss 878-880.

2821. Loi n^o 2012 du 12 mars 2012 tendant à faciliter l'organisation des manifestations sportives et culturelles, *JORF* 13 mars 2012. *Cf.* le comm. d'A. Debet, « La revente de billets sur Internet : épilogue législatif ? », *CCE* 2012, comm. 75.

2822. Pour une première application : T. com. Nanterre, réf., 13 mars 2013, *RLDI* 2013/92, n^o 3071, obs. L. Costes ; *RLDI* 2013/93, n^o 3088, obs. B. Vandeveldel ; *RLDI* 2013/94, n^o 3119, comm. M. Fernet ; *cf.* également T. com. Paris, réf., 20 mars 2013, *CCE* 2013, comm. 68, A. Debet.

2823. V. ss 878-880.

2824. TGI Paris, 28 nov. 2013, *PIBD* 2014, n° 1000, III, 159 ; *RLDI* 2014/100, n° 3321, obs. J. De Romanet ; *Gaz. Pal.* 6 mars 2014, n° 65, p. 20, obs. L. Marino ; *Propr. ind.* 2014, comm. 27, P. Tréfigny.

2825. TGI Paris, réf., 13 janv. 2013, *RLDI* 2013/90, n^o 2294, obs. L. Costes.

2826. TGI Paris, 5 sept. 2001, *Expertises* 2001, n^o 253, p. 391, obs. J. Larrieu.

2827. Paris, 9 nov. 2012, *D.* 2012. 2796, obs. C. Manara ; *RLDI* 2012/88, n^o 2945, obs. L. Costes ; *CCE* 2013, comm. 16, V. Pironon (arrêt cassé quant à la concurrence déloyale par Com. 4 févr. 2012, n^o 13-100.39).

2828. Com. 25 sept. 2012, *PIBD* 2012, n^o 972, III, 745 ; *Propr. ind.* 2013, comm. 2, P. Tréfigny; *D.* 2014. 333, obs. N. Martial-Braz.

2829. Poitiers, 24 mai 2011, *PIBD* 2011, n^o 949, III, 646.

283. *JO* n^o 186, 11 août 2005, texte n^o 33, p. 13095 ; J. Huet, « L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi », *D.* 2005. Chron. 2903 s.

La réforme est entrée en vigueur le 1^{er} février 2006.

2830. Com. 7 juill. 2004, *PIBD* 2004, n^o 794, III, 554.

2831. Com. 14 nov. 2006, *Bull. civ.* IV, n^o 221.

2832. Com. 25 avr. 2001, *PIBD* 2001, n^o 731, III, 593.

2833. Paris, 19 oct. 2005, *D.* 2006. 221, note C. Manara ; Com. 7 juin 2006, *PIBD* 2006, n^o 840, III, 732.

2834. TGI Digne, 20 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2167, obs. M. Trézéguet ; Paris, 6 juin 2008, *RLDI* 2008/42, n^o 1381, obs. L. Costes.

2835. *Cf. J. Passa, Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 243.

2836. CJCE 11 sept. 2007, *Céline*, aff. C-17/06, *Rec.* p. I-7041 ; *RTD eur.* 2007. 679, Chron. J. Schmidt-Szalewski ; *RTD com.* 2007. 712, obs. J. Azéma ; *CCE* 2007, comm. 32, C. Caron ; *Propr. ind.* 2007, comm. 86, A. Folliard-Monguiral ; *Rec. CJCE* 2007, I, p. 7041, pt 16 ; *Propr. intell.* 2008, n^o 26, p. 142, obs. G. Bonet.

2837. Paris, 6 juin 2008, *RLDI* 2008/42, n^o 1381, obs. L. Costes.

2838. Not. TGI Nanterre, 21 janv. 2002, *RLDA* 2002/47, n^o 3006 ; Versailles, 22 nov. 2001, *CCE* 2002, comm. 56, C. Caron.

2839. Rennes, 10 oct. 2006, *RLDI* 2006. 25, obs. L. Costes ; Paris, 1^{er} oct. 2010, *Propri. intell.* 2011, n^o 38, p. 120, obs. M. Sabatier; TGI Paris, 27 juin 2013, *PIBD* 2013, n^o 993, III, 1526.

284. Décr. 56, art. 26.

2840. V. ss 814.

2841. V. ss 783, 955.

2842. Cf. M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propri. ind.* 2012, chron. 5, et les réf. citées au n^o 19. Cf. également Versailles, 23 avr. 2013, n^o 985, III, 1225 (<elles-auto.com>).

2843. TGI Digne, 20 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2167, obs. M. Trézéguet.

2844. TGI Paris, 4 avr. 2007, *RLDI* 2007/53, n^o 1067.

2845. TGI Paris, réf., 10 avr. 2006, *RLDI* 2006/16, n^o 467.

2846. Paris, 30 nov. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2595, obs. L. Costes ; *PIBD* 2012, n^o 955, III, 106.

2847. *Cf.*, en ce sens, le jugement rendu en première instance dans cette affaire : TGI Paris, 2 avr. 2009, *RLDI* 2009/53, n^o 1759, obs. L. Costes.

2848. TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2011/68, n^o 2230, obs. M. Trézéguet.

2849. TGI Paris, 1^{er} oct. 2010, *RLDI* 2010/65, n^o 2137, obs. M. Trézéguet ; *Propri. ind.* 2010, comm. 79, P. Tréfigny-Goy.

285. *Ibid.*

2850. Paris, 9 avr. 2008, RG n^o 07/5649 ; *cf.* N. Dreyfus, *Marques et Internet*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2011, n^o 353.

2851. Com. 20 févr. 2007, *RLDI* 2007/25, n^o 814, obs. J.-B. Auroux ; *RLDI* 2007/27, n^o 877, comm. s. Alma-Delette ; *CCE* 2007, comm. 93, C. Caron ; *D.* 2007. 794, obs. C. Manara.

2852. TGI Paris, 26 oct. 2010, n^o 10/07870 ; *cf.* N. Dreyfus, « Un an de droit des noms de domaine », *CCE* 2011, chron. 11, n^o 19.

2853. V. ss 885 s.

2854. *Cf.* not. TGI Draguignan, 21 août 1997, *PIBD* 1997, n^o 641, III, 558, et les réf. citées à la note suivante.

2855. Par ex., TGI Bordeaux, réf., 22 juill. 1996, *Expertises*, déc. 1996, p. 444, note P. Deprez et V. Fauchoux ; TGI Nanterre, 18 janv. 1999, *RJDA* 12/99, n^o 1397 ; TGI Nanterre, 20 mars 2000, *D.* 2000. 287, obs. C. Manara ; TGI Nanterre, réf., 26 mars 2001, *RLDI* 2001, n^o 2383, obs. L. Costes ; TGI Strasbourg, 5 févr. 2001, *JCP E* 2002, Chron. *Droit de l'Internet*, p. 27, n^o 9, note M. Vivant ; TGI Nanterre, réf., 9 mars 2000, *CCE* 2000, comm. 63, C. Caron ; TGI Paris, 8 nov. 2000, *Légipresse* 2001, n^o 182, I, p. 63 ; TGI Nanterre, 10 janv. 2000, *CCE* comm. 63, C. Caron ; TGI Nanterre, 2 nov. 2000, *CCE* 2001, comm. 77, C. Le Stanc.

2856. Cf. not. A. Bouvel, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, Litec, 2004, n^o 172 ; A. Singh, « Le principe de spécialité et Internet », *D.* 2002. 1818 ; C. Caron, note sous Com. 13 déc. 2005, *JCP E* 2006, 1234.

2857. V. Fauchoux, P. Deprez et J.-M. Bruguière, *Le droit de l'Internet*, Litec, 2^e éd., 2013 ,
n^o 348.

2858. Cf. E. Garnier, « Bilan du conflit entre marques et noms de domaine », *Gaz. Pal.* 19 avr. 2005, n^o 109, p. 40.

2859. TGI Paris, 23 mars 1999, *RLDI* 1999/5, n^o 114, obs. s. Hirsch ; *D.* 2000. 131, note M. Viala.

286. *Ibid* et v. ss 53 s.

2860. TGI Paris, 23 sept. 1999, *D.* 2000. 259, obs. C. Manara ; TGI Strasbourg, 29 mai 2001, *CCE* 2001, comm. 79, C. Le Stanc ; Versailles, 14 sept. 2000, *PIBD* 2000, n^o 709, III, 579 ; TGI Nanterre, 28 mai 2001, *Expertises* 2002, n^o 257, p. 116 ; TGI Nanterre, 2 août 2001, *PIBD* 2001, n^o 732, III, 635 ; Versailles, 22 nov. 2001, *RJDA* 2002/10, n^o 1093 ; *CCE* 2002, comm. 56, C. Caron ; TGI Nanterre, 21 janv. 2002, *RLDA* 2002/47, n^o 3006 ; *Légipresse* 2002, n^o 91 ; TGI Paris, 26 févr. 2002, *Propri. intell.* 2002, n^o 5, p. 87, obs. X. Buffet-Delmas ; Versailles, 27 févr. 2003, *PIBD* 2003, n^o 763, III, 245 ; Paris, 28 sept. 2005, *PIBD* 2005, n^o 819, III, 702.

2861. Versailles, 22 nov. 2001, *RJDA* 2002/10, n^o 1093 ; *CCE* 2002, comm. 56, C. Caron.

2862. V. ss 849 s.

2863. Com. 13 déc. 2005, *JCP E* 2006, p. 1234, note C. Caron ; *D.* 2006. 63, obs. C. Manara ; *Propri. intell.* 2006, n^o 19, p. 128, note A. Bouvel ; *Propri. ind.* 2006, comm. 15, P. Tréfigny ; *CCE* 2006, comm. 21, C. Caron ; *CCC* 2006, comm. 26, M. Malaurie-Vignal ; *D.* 2006. 2930, note Y. Picod ; *RLDI* 2006/12, n^o 347, obs. L. Costes ; *Gaz. Pal.* 16-20 avr. 2006, p. 34, note V. Brunot.

2864. Com. 14 nov. 2006, *Bull. civ.* IV, n^o 221 ; Com. 20 févr. 2007, *RLDI* 2007/25, n^o 814, obs. J.-B. Auroux ; *RLDI* 2007/27, n^o 877, comm. s. Alma-Delettre ; *CCE* 2007, comm. 93, C. Caron ; *D.* 2007. 794, obs. C. Manara ; Paris, 13 sept. 2007, *Propri. ind.* 2007, comm. 95, P. Tréfigny ; Paris, 23 sept. 2009, *Propri. ind.* 2010, comm. 25, J. Larrieu ; TGI Paris, 14 nov. 2013, *PIBD* 2014, n^o 998, III, 75.

2865. Par ex., Paris, 19 oct. 2005, *D.* 2006. 221, obs. C. Manara ; *D.* 2006. 785, obs. P. Tréfigny ; Paris, 30 nov. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2595, obs. L. Costes ; *PIBD* 2012, n^o 955, III, 106 ; TGI Strasbourg, 12 avr. 2012, *PIBD* 2012, n^o 964, III, 438 ; Versailles, 15 janv. 2013, *PIBD* 2013, n^o 978, III, 996.

2866. TGI Paris, 18 oct. 2006, *RLDI* 2007/23, n^o 724, obs. J.-B. Auroux ; *RLDI* 2007/25, n^o 804, comm. A. Saint-Martin.

2867. Paris, 15 déc. 2004, *D.* 2005. 709, obs. C. Manara.

2868. A. Saint-Martin, note précitée sous TGI Paris, 18 oct. 2006.

2869. Cf. C. Prault, « Le référencement sur Internet, menace ou opportunité pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle ? », *Propri. ind.* 2012, étude 17.

287. Décr. 56, art. 28.

2870. Cf. É. Tardieu-Guigues, « État des lieux 2012 : Internet, marques, intermédiaires, référencement... », *RLDI* 2012/84, n^o 2836 ; F. Pollaud-Dulian, « L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet », *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 823.

2871. CJCE, ord. 19 févr. 2009, *UDV North America*, aff. C-62/08, *Gaz. Pal.* 31 mars 2009, n^o 90, p. 17, Chron. J. Monteiro ; *Propriété ind.* 2009, comm. 32, A. Folliard-Monguiral.

2872. CJCE, ord. 19 févr. 2009, préc., pt. 47.

2873. V. ss 840 s.

2874. Sur la distinction, v. ss 1303 s.

2875. CJUE 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09, *D.* 2011. 1965, obs. C. Manara ; *D.* 2011. 5024, obs. P.-Y. Gautier ; *RLDI* 2011/74, n^o 2459, comm. L. Grynbaum ; *RLDI* 2011/74, n^o 2460, comm. C. Castets-Renard ; *Propr. ind.* 2011, comm. 71, A. Folliard-Monguiral ; *RTD eur.* 2011. 847, obs. E. Treppoz ; *Gaz. Pal.* 27 oct. 2011, n^o 299, p. 19, obs. L. Marino ; *CCE* 2011, comm. 99, C. Caron.

2876. Pts. 99 à 105.

2877. Pt. 104.

2878. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Gaz. Pal.* 23 avr. 2010, n^o 113-114, p. 45, note V. Brunot ; *RLDI* 2010/60, n^o 1980, note L. Grynbaum ; *RLDI* 2010/61, n^o 1999, note C. Castets-Renard ; *CCE* 2010, étude 12, G. Bonet ; *CCE* 2010, comm. 70, C. Caron ; *Légipresse* 2010, n^o 274, p. 158, obs. C. Maréchal ; *CCE* 2010, comm. 88, P. Stoffel-Munck ; *Propri. ind.* 2010, comm. 38, P. Tréfigny-Goy ; *RTD eur.* 2010. 952, Chron. E. Treppoz ; *D.* 2010. 885, obs. C. Manara, p. 1971, obs. P. Tréfigny-Goy, et *D.* 2011. 911, obs. s. Durrande ; *Propri. ind.* 2010, comm. 38, A. Folliard-Monguiral ; *JCP* 2010, n^o 23, 642, obs. L. Marino ; *Europe* 2010, comm. 181, L. Idot (pt. 112) ; CJUE 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09, préc. (pt. 113).

2879. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, préc.

288. C. pr. civ., art. 748-4.

2880. CJUE 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09, préc. (pt. 115).

2881. Pt. 116.

2882. Sur ce régime, v. ss 1303 s.

2883. Pour un état des lieux de la question, *cf.* É. Tardieu-Guigues, « État des lieux 2012 : Internet, marques, intermédiaires, référencement... », *RLDI* 2012/84, n^o 2836.

2884. *Cf.* not. TGI Paris, 13 mai 2009, *Expertises* 2009, n^o 338, p. 261, obs. A. Diehl ; *RLDI* 2009/51, n^o 1664, comm. N. Dreyfus ; TGI Paris, 13 mars 2012, *RLDI* 2012/81, n^o 2701, comm. O. Roux ; Paris, 4 avr. 2012, *D.* 2012. 2348, obs. P. Tréfigny ; TGI Paris, 26 juin 2012, *RLDI* 2012/84, n^o 2820, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/85, n^o 2855, obs. L. Roux.

2885. Not. Paris, 9 nov. 2007, *RLDI* 2007/32, n^o 1088, obs. L. Costes ; *cf.* O. Roux « Synthèse de décisions récentes relative à la qualification des plates-formes Internet : la jurisprudence se précise », *RLDI* 2009/50, n^o 1641.

2886. TGI Paris, 15 déc. 2011, *RLDI* 2012/81, n^o 2701, comm. O. Roux.

2887. Reims, 20 juill. 2010, *D.* 2010. 1932, obs. C. Manara ; *CCE* 2010, comm. 96, A. Debet ; *JCP* 2010, n^o 45, 1111, note J. Huet ; Paris, 3 sept. 2010, *RLDI* 2010/64, n^o 2121, obs. L. Costes ; *CCE* 2010, comm. 110, A. Debet ; *JCP* 2010, n^o 45, 1111, obs. J. Huet ; voir déjà, dans ce sens, T. com. Paris, 30 juin 2008, *RLDI* 2008/40, n^o 1341, obs. L. Costes ; T. com. Paris, 30 nov. 2009, *RLDI* 2009/55, n^o 1833, obs. L. Costes.

2888. Com. 3 mai 2012, *Gaz. Pal.* 2 août 2012, n^o 214, p. 16, obs. L. Marino ; *JCP E* 2012, n^o 28, 1458, obs. A. Debet ; *D.* 2012. 1261, obs. C. Manara, et p. 1684, note L. Mauger-Vielpeau ; *CCE* 2012, comm. 74, C. Caron ; *RLDI* 2012/82, n^o 2751, obs. L. Costes. Dans le même sens, T. com. Paris, 31 mai 2013, *RLDI* 2013/95, n^o 3169, obs. L. Costes (à propos de la plate-forme < 2xmoinscher.com >).

2889. Paris, 23 janv. 2012, *CCE* 2012, comm. 74, C. Caron.

289. Décr. 56, art. 29-5

2890. CJUE 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09, préc., pt. 103.

2891. V. ss 840 s.

2892. TGI Paris, 10 oct. 2007, *RLDI* 2007/32, n^o 1066.

2893. *Cf.* C. Prault, « Le référencement sur Internet, menace ou opportunité pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle ? », *Propri. ind.* 2012, étude 17.

2894. Pour un exposé plus détaillé de leurs modes de fonctionnement (que l'on résume ici),
cf. V. Fauchoux, P. Deprez et J.-M. Bruguière, *Le droit de l'Internet*, Litec, 2^e éd., 2013, n^o 262
et 264.

2895. Cf. N. Dreyfus et L. Verdun, « Les balises métatags », *Expertises*, 2005, n^o 298, p. 428.

2896. Cf. not. Paris, 14 mars 2001, *Sté Distrimart SARL c/ Sté Safi SA*, *JurisData* n° 2001-137280 ; Paris, 13 mars 2002, *D.* 2002. 1752, obs. C. Manara ; TGI Paris, 29 oct. 2002, *Propr. ind.* 2003, comm. 10, P. Tréfigny ; Paris, 19 sept. 2003, *PIBD* 2004, n° 781, III, 132 ; TGI Grenoble, 23 juin 2005, *Expertises* 2005, n° 296, p. 352, obs. A. Le Guen ; Paris, 12 oct. 2005, *Propr. ind.* 2006, comm. 54, P. Tréfigny ; TGI Paris, réf., 7 oct. 2011, *Propr. intell.* 2012, n° 42, p. 92.

2897. TGI Grenoble, 23 juin 2005, *Expertises* 2005, n^o 296, p. 352, obs. A. Le Guen.

2898. Paris, 12 oct. 2005, *Propriété industrielle* 2006, comm. 54, P. Tréfigny.

2899. TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2011/68, n^o 2230, obs. M. Trézéguet.

29. Civ. 1^{re}, 21 janv. 1992, *Bull. civ.* I, n^o 22 ; *JCP* 1992, I, n^o 5, obs. M. Fabre-Magnan.

290. C. pr. civ., art. 648 s.

2900. V. ss 840 s.

2901. TGI Paris, 15 avr. 2010, *Propriété ind.* 2010, comm. 65, P. Tréfigny-Goy.

2902. Paris, 19 mars 2008, *Propriété industrielle* 2009, comm. 12, P. Tréfigny-Goy ; pourvoi rejeté par Com. 24 nov. 2009, *RLDI* 2009/55, n^o 1819, obs. L. Costes.

2903. CJCE 4 nov. 1997, *Dior c./Evora*, aff. C-337/95, *Rec.* p. I-6013 ; *RTD eur.* 1998. 595, Chron. G. Bonet ; *D.* 1998. 42, obs. M.-C. Bergerès.

2904. *Cf.* B. Humblot, O. Bomsel et V. Costanza, « Réflexions sur le droit des marques et l'économie du lien sponsorisé », *RLDI* 2013/89, n^o 2981.

2905. Cf. A. Bouvel, « La construction du droit des marques par la Cour de justice à la lumière du contentieux relatif au référencement payant des sites », in C. Geiger (dir.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, coll. « CEIPI », 2013, p. 73.

2906. Pour une description du fonctionnement de ce système, *cf.* M.-E. Haas, « Adwords : le débat n'est pas clos », *Propr. intell.* 2013, n^o 47, p. 158.

2907. TGI Nanterre, 17 janv. 2005, *PIBD* 2005, n^o 807, III, 272.

2908. Cf. L. Grynbaum, « Pour un code de bonne conduite applicable aux liens commerciaux », *RLDI* 2007/23, n^o 747.

2909. TGI Nanterre, 13 oct. 2003, *D.* 2003. 2885, obs. C. Manara ; *Légipresse* 2004, n^o 208, p. 13, obs. M.-E. Haas et L. Tellier-Loniewski ; *Expertises* 2003, n^o 276, p. 427, obs. s. Bouvier-Ravon ; *Propri. intell.* 2004, n^o 12, p. 811, obs. E. Logeais ; TGI Nanterre, 14 déc. 2004, *Propri. ind.* 2005, comm. 26, P. Tréfigny ; TGI Nanterre, 17 janv. 2005, *PIBD* 2005, n^o 807, III, 272 ; *Gaz. Pal.* 17 avr. 2005, n^o 107, p. 9, obs. B. Thoré ; *JCP E* 2005, n^o 22, 228, comm. A. Singh ; *Propri. ind.* 2005, comm. 30, P. Tréfigny ; TGI Paris, 4 févr. 2005, *Propri. ind.* 2005, étude 21, É. Tardieu-Guigues ; TGI Nanterre, 2 mars 2006, *Propri. ind.* 2006, comm. 46, P. Tréfigny-Goy ; Paris, 28 juin 2006, *PIBD* 2006, n^o 838, III, 616 ; *D.* 2006. 1037, obs. C. Hugon ; *Gaz. Pal.* 18 oct. 2006, n^o 291, p. 6, obs. B. Thoré ; Versailles, 2 nov. 2006, *Propri. ind.* 2007, étude 11, B. Fay ; *Propri. intell.* 2007, n^o 22, p. 109, obs. X. Buffet-Delmas ; *JCP E* 2007, n^o 14, 1440, note A. Singh ; TGI Paris, 23 mai 2008, *PIBD* 2008, n^o 881, III, 448

291. Décr. 1956, art. 27.

2910. TGI Paris, 8 déc. 2005, *PIBD* 2006, n^o 825, III, 179 ; *Propri. ind.* 2006, comm. 24, P. Tréfigny-Goy ; TGI Paris, 12 juill. 2006, *PIBD* 2006, n^o 838, III, 676 ; *Propri. ind.* 2006, comm. 73, P. Tréfigny-Goy ; *CCE* 2006, comm. 144, L. Grynbaum (décision infirmée en appel par Paris, 1^{er} févr. 2008, *RLDI* 2008/31, n^o 1171, obs. L. Costes).

2911. Com. 20 mai 2008, *PIBD* 2009, n^o 879, III, 468 ; *D.* 2009. 1546, obs. J. Daleau ; p. 1065, obs. I. Gavanon et J. Huet ; p. 1992, obs. P. Tréfigny-Goy.

2912. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Gaz. Pal.* 23 avr. 2010, n^o 113-114, p. 45, note V. Brunot ; *RLDI* 2010/60, n^o 1980, note L. Grynbaum ; *RLDI* 2010/61, n^o 1999, note C. Castets-Renard ; *CCE* 2010, étude 12, G. Bonet ; *CCE* 2010, comm. 70, C. Caron ; *Légipresse* 2010, n^o 274, p. 158, obs. C. Maréchal ; *CCE* 2010, comm. 88, P. Stoffel-Munck ; *Propri. ind.* 2010, comm. 38, P. Tréfigny-Goy ; *RTD eur.* 2010. 952, Chron. E. Treppoz ; *D.* 2010. 885, obs. C. Manara, p. 1971, obs. P. Tréfigny-Goy, et *D.* 2011. 911, obs. s. Durrande ; *Propri. ind.* 2010, comm. 38, A. Folliard-Monguiral ; *JCP* 2010, n^o 23, 642, obs. L. Marino ; *Europe* 2010, comm. 181, L. Idot. Cf. F. Pollaud-Dulian, « L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet », *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 823.

2913. CJUE 25 mars 2010, *Bergspechte*, aff. C-278/08, *Propriété ind.* 2010, comm. 39, A. Folliard-Monguiral ; *CCE* 2010, comm. 70, C. Caron ; *D.* 2011. 908, Chron. s. Durrande.

2914. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, pts. 53 à 56.

2915. G. Bonet, note sous CJUE 23 mars 2010, *CCE* 2010, étude 12 ; *cf.* également P.-Y. Gautier, « De l'éventuel rôle actif des opérateurs Internet dans la réalisation du dommage », *D.* 2011. 2054, et L. Grynbaum, note sous CJUE 23 mars 2010, *RLDI* 2010/60, n^o 1980, qui évoquent la complicité.

2916. Cf. par exemple, l'infirmité de TGI Paris, 12 sept. 2007, *Propriété ind.* 2008, comm. 11, P. Tréfigny-Goy (qui avait condamné Google pour l'usage d'un mot-clé) par Paris, 19 nov. 2010 ; *RLDI* 2010/66, n° 2169, obs. L. Costes, *CCE* 2010, comm. 52, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 23 févr. 2011, n° 54, p. 20, obs. L. Marino ; *RTD com.* 2011. 329, obs. J. Azéma ; ou encore l'infirmité de TGI Lyon, 13 mars 2008, *RLDI* 2008/37, n° 1134, obs. L. Costes ; *JCP E* 2009, n° 6, 1137, Chron. É. Tardieu-Guigues par Lyon, 22 mars 2012, *RLDI* 2012/81, n° 2711, obs. M. Trézéguet ; *PIBD* 2012, n° 965, III, 477. V. encore Paris, 2 févr. 2011, *D.* 2011. 741, obs. C. Manara ; *RLDI* 2011/71, n° 2238, comm. É. Tardieu-Guigues ; *CCE* 2011, comm. 52, C. Caron ; Com. 29 janv. 2013, n° 11-21.011, *D.* 2013. 2492, obs. J. Larrieu.

2917. V. ss 1286 s.

2918. V. ss 830.

2919. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, pt. 114.

292. C. pr. civ., art. 748-2.

2920. Pts. 116 à 118.

2921. Sur ce régime, v. ss 1246 s.

2922. Pour un état des lieux de la question, *cf.* É. Tardieu-Guigues, « État des lieux 2012 : Internet, marques, intermédiaires, référencement... », *RLDI* 2012/84, n^o 2836 ; et M.-E. Haas, « Adwords : le débat n'est pas clos », *Propri. intell.* 2013, n^o 47, p. 158.

2923. *Cf.* É. Tardieu, art. préc., spéc. p. 68-69.

2924. Com. 13 juill. 2010, *CCE* 2010, comm. 93, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 22 oct. 2010, n^o 214, p. 41, obs. V. Brunot, et 27 oct. 2010, n^o 300, p. 21, note L. Marino ; *RLDI* 2010/64, n^o 2102, note M. Schaffner et s. Georges ; *cf.* C. Maréchal, « Liens “sponsorisés” et droit des marques : les suites de l'arrêt *Google* », *Gaz. Pal.* 18 déc. 2010, n^o 352, p. 5.

2925. *Cf.* le rapport d'information des Sénateurs Béteille et Yung du 9 février 2011, n^o 296, <http://www.senat.fr/rap/r10-296/r10-2961.pdf>.

2926. J. Larrieu, *D.* 2012, chron. 2363 ; L. Grynbaum, note sous CJUE 23 mars 2010, *RLDI* 2010/60, n^o 1980 ; P. de Candé, « Régime de responsabilité aménagée des entreprises de la société de l'information et droit des marques : l'apport décevant de la jurisprudence récente », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 173 ; F. Pollaud-Dulian, « L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet », *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 823.

2927. F. Pollaud-Dulian, « L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet », *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 823.

2928. Décision n^o 10-D-30 du 28 oct. 2010 ; *cf.* P. de Candé, « Régime de responsabilité aménagée des entreprises de la société de l'information et droit des marques : l'apport décevant de la jurisprudence récente », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 173.

2929. Paris, 19 nov. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2169, obs. L. Costes ; *CCE* 2010, comm. 52, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 23 févr. 2011, n^o 54, p. 20, obs. L. Marino ; *RTD com.* 2011. 329, obs. J. Azéma.

293. C. pr. civ., art. 748-3.

2930. Paris, 11 déc. 2013, *RLDI* 2014/101, n° 3362, obs. L. Costes.

2931. Paris, 9 avr. 2014, RG n° 13/05205.

2932. TGI Paris, 11 juin 2010, *Propr. ind.* 2010, comm. 59, P. Tréfigny-Goy.

2933. Paris, 28 oct. 2011, *RLDI* 2011/77, n⁰ 2549, obs. L. Costes.

2934. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, pts. 51-52.

2935. CJUE 25 mars 2010, *Bergspechte*, aff. C-278/08, *Propriété ind.* 2010, comm. 39, A. Folliard-Monguiral ; *CCE* 2010, comm. 70, C. Caron ; *D.* 2011. 908, Chron. s. Durrande.

2936. T. com. Paris, 16 nov. 2012, *RLDI* 2013/89, n^o 2978, obs. L. Costes.

2937. V. ss 817.

2938. Par ex., TGI Paris, 22 nov. 2012, *RLDI* 2013/89, n^o 2979, obs. L. Costes (usage d'une marque en tant que mot-clé à des fins critiques et non pas pour identifier des produits).

2939. TGI Paris, 12 déc. 2007, *Propriété ind.* 2008, comm. 11, P. Tréfigny (jugement infirmé par Paris, 19 nov. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2169, obs. L. Costes ; *CCE* 2010, comm. 52, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 23 févr. 2011, n^o 54, p. 20, obs. L. Marino ; *RTD com.* 2011. 329, obs. J. Azéma), sur la qualification de contrefaçon des actes commis par Google.

294. J. Huet, « L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi », art. préc.

2940. TGI Nanterre, 13 oct. 2003, *D.* 2003. 2885, obs. C. Manara ; *Légipresse* 2004, n^o 208, p. 13, obs. M.-E. Haas et L. Tellier-Loniewski ; *Expertises* 2003, n^o 276, p. 427, obs. s. Bouvier-Ravon ; *Propri. intell.* 2004, n^o 12, p. 811, obs. E. Logeais.

2941. V. ss 840 s.

2942. CJUE 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09, *D.* 2011. 1965, obs. C. Manara ; *D.* 2011. 5024, obs. P.-Y. Gautier ; *RLDI* 2011/74, n^o 2459, comm. L. Grynbaum ; *RLDI* 2011/74, n^o 2460, comm. C. Castets-Renard ; *Propr. ind.* 2011, comm. 71, A. Folliard-Monguiral ; *RTD eur.* 2011. 847, obs. E. Treppoz ; *Gaz. Pal.* 27 oct. 2011, n^o 299, p. 19, obs. L. Marino ; *CCE* 2011, comm. 99, C. Caron.

2943. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, pt. 60.

2944. CJUE 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09, pt. 92.

2945. Pts 89-90. Sur les marques renommées, v. ss 849 s.

2946. Sur cette question, *cf.* G. Bonet, « Les trois âges de la fonction de la marque selon la jurisprudence de la Cour de justice », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 154. Pour une analyse critique, *cf.* B. Humblot, « De l'absolu à l'absolument relatif : faits et méfaits de la propriété sous condition d'atteinte substantielle », *RLDI* 2012/84, n^o 2389.

2947. CJCE 12 nov. 2002, *Arsenal*, aff. C-206/01, *Rec.* p. I-10273 ; *Propr. intell.* 2003, n^o 7, p. 200, obs. G. Bonet ; *D.* 2003. 755, note P. de Candé ; *RTD com.* 2003. 415, obs. M. Luby ; *RJDA* 2003/3, p. 195, Chron. J. Passa ; *Gaz. Pal.* 14 mai 2003, n^o 135, p. 6, obs. C. Vilmart.

2948. La découverte de la fonction de garantie d'origine remonte à un arrêt *Terrapin Terranova* : CJCE 22 juin 1976, aff. 119/75, *Rec.* p. 1039.

2949. Cf. C. de Haas, « La fonction d'identification de la marque, la bonne fonction essentielle qui éclipse toutes les autres », *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 4.

295. *JO* 1^{er} janv. 2013, *CCE* 2013, comm. n^o 13, note E. Caprioli.

2950. CJCE 28 sept. 1998, *Canon*, aff. C-39/97, *Rec.* p. I-5507 ; *RTD eur.* 2000. 100, obs. G. Bonet (pt. 28).

2951. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, pt. 83.

2952. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, pt. 84.

2953. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, pt. 89.

2954. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, pt. 90.

2955. CJUE 22 sept. 2011, *Interflora*, aff. C/09, CCE 2011, comm. 112, C. Caron ; *D.* 2011. 2332, obs. C. Manara ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 63, obs. G. Bonet ; *D.* 2012. 1362, Chron. s. Durrande ; *RLDI* 2011/76, n^o 2509, obs. L. Costes ; *D.* 2012. 2346, obs. J. Larrieu.

2956. Le juge anglais a ainsi conclu à l'existence d'un risque de confusion dans l'affaire *Interflora* : High Court of Justice, England and Wales, 21 mai 2013, *Gaz. Pal.* 31 oct. 2013, n^o 304, p. 19, obs. L. Marino.

2957. Com. 13 juill. 2010, n^o 06-15136, *CCE* 2010, comm. 93, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 22 oct. 2010, n^o 214, p. 41, obs. V. Brunot, et 27 oct. 2010, n^o 300, p. 21, note L. Marino ; *RLDI* 2010/64, n^o 2102, note M. Schaffner et s. Georges ; cf. C. Maréchal, « Liens “sponsorisés” et droit des marques : les suites de l'arrêt *Google* », *Gaz. Pal.* 18 déc. 2010, n^o 352, p. 5.

2958. Com. 29 nov. 2011, *PIBD* 2012, n^o 956, III, 128.

2959. Paris, 1^{er} oct. 2010, *Propri. intell.* 2011, n^o 38, p. 120, obs. M. Sabatier.

296. Décr. 56, art. 29-6.

2960. Cf. C. Le Goffic, « Le titulaire de la marque, le référencement commercial et l'annonceur », *Gaz. Pal.* 10-11 oct. 2012, n^o 284-285, p. 13.

2961. Par ex., Paris, 30 nov. 2011, *RD aff. int.* 2012, n^o 2, p. 263, obs. H. de Vigan : absence de preuve d'une atteinte à la fonction de garantie d'origine de la marque.

2962. Paris, 2 févr. 2011, *D.* 2011. 741, obs. C. Manara ; *RLDI* 2011/71, n^o 2238, comm. É. Tardieu-Guigues ; *CCE* 2011, comm. 52, C. Caron.

2963. Com. 25 sept. 2012, *Gaz. Pal.* 10-11 oct. 2012, n^o 284-285, p. 13, obs. C. Le Goffic ; *RLDI* 2012/86, n^o 2884, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/87, n^o 2911, comm. A. Mendoza-Caminade ; *CCE* 2012, comm. 130, C. Caron ; *Propr. ind.* 2013, comm. 3, Y. Basire ; *RLDI* 2013/92, n^o 3051, obs. M. de Guillenchmidt.

2964. Lyon, 22 mars 2012, *RLDI* 2012/81, n^o 2711, obs. M. Trézéguet ; *PIBD* 2012, n^o 965, III, 477.

2965. TGI Paris, 26 juin 2012, *RLDI* 2012/84, n^o 2820, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/85, n^o 2855, obs. L. Roux.

2966. TGI Nanterre, 6 sept. 2012, *RLDI* 2012/86, n^o 2885, obs. L. Costes.

2967. Paris, 22 juin 2011, *PIBD* 2011, n^o 947, III, 585.

2968. Com. 4 déc. 2012, *D.* 2012. 2956, obs. C. Manara ; *RLDI* 2013/89, n^o 2970, obs. L. Grynbaum ; *CCE* 2013, comm. 14, G. Loiseau ; *Propri. ind.* 2013, comm. 18, J. Larrieu.

2969. CJCE 18 juin 2009, *L'Oréal c./Bellure*, aff. C-487/07, *Propri. intell.* 2009, n^o 34, p. 655, obs. G. Bonet ; *JCP* 2009, n^o 31, 180, comm. L. Marino ; *Propri. ind.* 2009, comm. 51, A. Folliard-Monguiral ; *RLDI* 2013/91, n^o 3024, obs. s. Proust.

297. Lettre de change : C. com., art. L. 511-1 ; billet à ordre : C. com., art. L. 512-1 ; warrant : C. com., art. L. 522-25.

2970. Cf. J. Passa, « Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : portée ? Utilité ? », *Propri. ind.* 2012, étude 11 ; G. Bonet, « Les trois âges de la fonction de la marque selon la jurisprudence de la Cour de justice », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 154 ; P. de Candé, « Régime de responsabilité aménagée des entreprises de la société de l'information et droit des marques : l'apport décevant de la jurisprudence récente », *Propri. intell.* 2012, n^o 43, p. 173 ; F. Pollaud-Dulian, « L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet », *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 823 ; C. de Haas, « La fonction d'identification de la marque, la bonne fonction essentielle qui éclipse toutes les autres », *Propri. intell.* 2013, n^o 46, p. 4.

2971. CJUE 22 sept. 2011, *Interflora*, aff. C/09, CCE 2011, comm. 112, C. Caron ; *D.* 2011. 2332, obs. C. Manara ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 63, obs. G. Bonet ; *D.* 2012. 1362, Chron. s. Durrande ; *RLDI* 2011/76, n^o 2509, obs. L. Costes ; *D.* 2012. 2346, obs. J. Larrieu.

2972. CJUE 22 sept. 2011, *Interflora*, aff. C/09, pt. 40.

2973. *Cf.* not. J. Passa, « Caractérisation de la contrefaçon par référence aux fonctions de la marque : la Cour de justice sur une fausse piste », *Propri. ind.* 2011, étude 1.

2974. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, pt. 78.

2975. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, pt. 92.

2976. Pour une perspective de droit italien, *cf.* P. Gelato, « La fonction publicitaire et suggestive de la marque : l'évolution de la notion du signe distinctif dans la doctrine et la jurisprudence italiennes au vu des principes dégagés par la Cour de justice de l'Union européenne », *RLDI* 2012/85, n^o 2875.

2977. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, préc., pt. 94.

2978. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, préc., pt. 97.

2979. CJUE 25 mars 2010, *Bergspechte*, aff. C-278/08, pt. 33.

298. C. com., art. L. 511-8 et L. 512-3.

2980. CJUE 8 juill. 2010, *Portakabin*, aff. C-558/08, *Propriété ind.* 2010, comm. 64, A. Folliard-Monguiral ; *CCE* 2010, comm. 93, C. Caron, pt. 32.

2981. CJUE 22 sept. 2011, *Interflora*, aff. C/09, pt. 54.

2982. CJUE 22 sept. 2011, *Interflora*, préc., pts. 57 à 59.

2983. Lyon, 22 mars 2012, *RLDI* 2012/81, n^o 2711, obs. M. Trézéguet ; *PIBD* 2012, n^o 965, III, 477.

2984. CJUE 22 sept. 2011, *Interflora*, aff. C/09, pt. 60.

2985. CJUE 22 sept. 2011, *Interflora*, préc., pt. 61.

2986. CJUE 22 sept. 2011, *Interflora*, préc., pt. 62.

2987. CJUE 22 sept. 2011, *Interflora*, préc., pt. 64.

2988. Paris, 8 déc. 1962, *D.* 1963. 406, note Desbois ; Paris, 18 oct. 1970, *Ann. propr. ind.* 1971. 1, obs. Dusolier.

2989. V. ss 908.

299. C. com., art. L. 511-21.

2990. CJCE 14 sept. 1999, *General Motors*, aff. C-375/97, *Rec.* p. I-5421 ; *RTD com.* 2000. 87, obs. J. Azéma et J.-C. Galloux ; *RTD eur.* 2000. 134, obs. G. Bonet ; *D.* 2001. 473, obs. s. Durrande ; *Ann. propr. ind.* 1999. 183, obs. P. Mathély.

2991. *Ibid.*

2992. CJCE 6 oct. 2009, *Pago*, aff. C-301/07, *Propr. ind.* 2009, comm. 72, A. Folliard-Monguiral ; *Propr. intell.* 2010, n^o 34, p. 670, obs. B. Geoffray.

2993. TGI Paris, 16 oct. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1853, note M. Trézéguet ; *Propriété ind.* 2010, comm. 14, obs. P. Tréfigny-Goy : preuves insuffisantes à établir la renommée de la marque « Mister Good Deal », faute notamment « d'enquête de notoriété de nature à établir qu'elle est suffisamment connue du public effectuant des achats en ligne ».

2994. V. ss 760.

2995. Sur la question, *cf.* F. Pollaud-Dulian, « Marques de renommée : histoire de la dénaturation d'un concept », *Propri. intell.* 2001, n^o 1, p. 43 ; et « Le point sur la protection des marques de renommée dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés », *RJDA* 2004, n^o 3, p. 232.

2996. J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 365 ; F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, Économica, 2011, n^o 1811 ; A. Chavanne, J.-J. Burst, J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7^e éd., 2012, n^o 1510.

2997. Par ex., Com. 20 févr. 2007, *RLDI* 2007/25, n^o 814, obs. J.-B. Auroux ; *RLDI* 2007/27, n^o 877, comm. s. Alma-Delette ; *CCE* 2007, comm. 93, C. Caron ; *D.* 2007. 794, obs. C. Manara ; TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2168, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/68, n^o 2219, obs. N. Dreyfus ; *Propr. ind.* 2011, comm. 27, J. Larrieu ; TGI Paris, 11 juin 2010, *Propr. ind.* 2010, comm. 59, P. Tréfigny-Goy ; jugement confirmé sur ce point par Paris, 28 oct. 2011, *RLDI* 2011/77, n^o 2549, obs. L. Costes ; TGI Paris, 26 nov. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1852, obs. L. Costes ; TGI Paris, 26 juin 2012, *RLDI* 2012/84, n^o 2820, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/85, n^o 2855, obs. L. Roux ; TGI Paris, 6 déc. 2013, *RLDI* 2014/100, n^o 3320, obs. L. Costes.

2998. Pour une application à la marque notoire non enregistrée « Elite » : Paris, 6 déc. 2013, *PIBD* 2014, n° 1002, III, 238.

2999. CJCE 14 sept. 1999, *General Motors*, aff. C-375/97, pt. 27 ; TGI Paris, 16 oct. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1853, note M. Trézéguet ; *Propri. ind.* 2010, comm. 14, obs. P. Tréfigny-Goy.

3. P. Foriers, « Considérations sur la preuve judiciaire », in *La preuve en droit, op. cit.*, p. 314 s.

30. Civ. 1^{re}, 24 juin 1981, *D.* 1982. 397 ; *JCP* 1982, II, 19713.

300. C. civ., art. 1835 : « Les statuts doivent être établis par écrit » ; pour les sociétés par anonymes, v. C. com., art. L. 225-15.

3000. TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2011/68, n^o 2230, obs. M. Trézéguet. V. égal. TGI Paris, 19 sept. 2013, *PIBD* 2013, n^o 996, III, 1652.

3001. TGI Paris, 26 nov. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1852, obs. L. Costes.

3002. Aix-en-Provence, 13 avr. 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 566.

3003. TGI Paris, 7 juin 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 568.

3004. TGI Paris, 26 juin 2012, *RLDI* 2012/84, n^o 2820, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/85, n^o 2855, obs. L. Roux.

3005. TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2168, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/68, n^o 2219, obs. N. Dreyfus ; *Propr. ind.* 2011, comm. 27, J. Larrieu.

3006. TGI Paris, 11 juin 2010, *Propriété ind.* 2010, comm. 59, P. Tréfigny-Goy ; jugement confirmé sur ce point par Paris, 28 oct. 2011, *RLDI* 2011/77, n^o 2549, obs. L. Costes.

3007. Paris, 4 juill. 2008, *RLDI* 2008/41, n^o 1347, obs. C. Manara ; *D.* 2009. 1185, note J. Huet.

3008. TGI Paris, 12 déc. 2007, *Propriété ind.* 2008, comm. 11, P. Tréfigny ; jugement confirmé par Paris, 19 nov. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2169, obs. L. Costes ; *CCE* 2010, comm. 52, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 23 févr. 2011, n^o 54, p. 20, obs. L. Marino ; *RTD com.* 2011. 329, obs. J. Azéma.

3009. TGI Nanterre, réf., 16 nov. 1999, *JCP E* 2003, n^o 3, p. 3, obs. É. Tardieu-Guigues.

301. Art. 12 de la loi du 29 juin 1935, devenu art. L. 141-1, C. com.

3010. Paris, 28 avr. 2006, *Propriété industrielle*, 2006, comm. 94, A. Giquel-Donadieu.

3011. Com. 20 févr. 2007, *RLDI* 2007/25, n^o 814, obs. J.-B. Auroux ; *RLDI* 2007/27, n^o 877, comm. s. Alma-Delette ; *CCE* 2007, comm. 93, C. Caron ; *D.* 2007. 794, obs. C. Manara.

3012. TGI Paris, 8 oct. 2010, n^o 07/01247 ; *cf.* M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propri. ind.* 2011, chron. 5, n^o 30.

3013. TGI Paris, 20 janv. 2010, cité par M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propriété ind.* 2011, chron. 5, n^o 31.

3014. Paris, 19 nov. 2010, RG n^o 09/22653 ; *cf.* M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propri. ind.* 2011, chron. 5, n^o 31.

3015. TGI Nanterre, 14 mars 2005, *RLDI* 2005/4, n^o 116, obs. L. Costes ; jugement confirmé par Versailles, 27 avr. 2006, *RLDI* 2006/16, n^o 466, obs. L. Costes ; *PIBD* 2006, n^o 834, III, 505.

3016. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Gaz. Pal.* 23 avr. 2010, n^o 113-114, p. 45, note V. Brunot ; *RLDI* 2010/60, n^o 1980, note L. Grynbaum ; *RLDI* 2010/61, n^o 1999, note C. Castets-Renard ; *CCE* 2010, étude 12, G. Bonet ; *CCE* 2010, comm. 70, C. Caron ; *Légipresse* 2010, n^o 274, p. 158, obs. C. Maréchal ; *CCE* 2010, comm. 88, P. Stoffel-Munck ; *Propri. ind.* 2010, comm. 38, P. Tréfigny-Goy ; *RTD eur.* 2010. 952, Chron. E. Treppoz ; *D.* 2010. 885, obs. C. Manara, 1971, obs. P. Tréfigny-Goy ; *D.* 2011. 911, obs. s. Durrande ; *Propri. ind.* 2010, comm. 38, A. Folliard-Monguiral ; *JCP* 2010, n^o 23, 642, obs. L. Marino ; *Europe* 2010, comm. 181, L. Idot ; TGI Paris, 20 janv. 2010, *D.* 2010. 1966, Chron. J. Larrieu.

3017. CJUE 22 sept. 2011, *Interflora*, aff. C/09, CCE 2011, comm. 112, C. Caron ; *D.* 2011. 2332, obs. C. Manara ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 63, obs. G. Bonet ; *D.* 2012. 1362, Chron. s. Durrande ; *RLDI* 2011/76, n^o 2509, obs. L. Costes ; *D.* 2012. 2346, obs. J. Larrieu.

3018. Versailles, 23 avr. 2013, *PIBD* 2013, n^o 985, III, 1225.

3019. TGI Paris, 6 déc. 2013, *RLDI* 2014/100, n° 3320, obs. L. Costes.

302. C. consom., art. L. 313-2, l'obligation de mention du T.E.G. est d'application générale, elle s'impose également aux intérêts débiteurs d'un compte-courant Civ. 1^{re}, 9 févr. 1988, *JCP* 1988. II. 21026.

3020. TGI Paris, 28 nov. 2013, *RLDI* 2014/100, n° 3319, obs. J. De Romanet ; *Gaz. Pal.* 6 mars 2014, n° 65, p. 21, obs. L. Marino.

3021. *Cf.* CJCE 23 oct. 2003, *Adidas*, aff. C-408/01, *Rec.* p. I-12537 ; *RTD eur.* 2004. 706, obs. G. Bonet ; *D.* 2004. 341, obs. J. Passa.

3022. CJCE 27 nov. 2008, *Intel*, aff. C-252/07, *Propr. ind.* 2009, comm. 3, A. Folliard-Monguiral ; *CCE* 2009, comm. 14, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 31 mars 2009, n^o 90, p. 7, obs. F. Pollaud-Dulian.

3023. CJCE 23 oct. 2003, *Adidas*, aff. C-408/01, *Rec.* p. I-12537 ; *RTD eur.* 2004. 706, obs. G. Bonet ; *D.* 2004. 341, obs. J. Passa ; CJCE 9 janv. 2003, *Davidoff II*, aff. C-292/00, *Rec.* p. I-389 ; *JCP E* 2003, 1249, note A. Bouvel ; *Propri. intell.* 2003, n^o 7, p. 197, obs. G. Bonet ; *RTD eur.* 2004. 110, obs. G. Bonet ; *PIBD* 2003. 769, III, 386. Pour des applications par le juge français dans le domaine du numérique : TGI Paris, 26 nov. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1852, obs. L. Costes (« Intel ») ; TGI Paris, 7 juin 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 568 (« Méridien »).

3024. Par ex., TGI Paris, 6 déc. 2013, *RLDI* 2014/100, n° 3320, obs. L. Costes.

3025. CJCE 27 nov. 2008, *Intel*, aff. C-252/07, *Propr. ind.* 2009, comm. 3, A. Folliard-Monguiral ; *CCE* 2009, comm. 14, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 31 mars 2009, n^o 90, p. 7, obs. F. Pollaud-Dulian.

3026. Par ex., l'usage de la marque « Fuckbook », qui ternit la renommée de la marque « Facebook » ; TGI Paris, 13 juin 2013, *Gaz. Pal.* 31 oct. 2013, n^o 304, p. 17, obs. L. Marino ; *Propri. ind.* 2013, comm. 67, Y. Basire.

3027. CJCE 18 juin 2009, *L'Oréal c./Bellure*, aff. C-487/07, *Propri. intell.* 2009, n^o 34, p. 655, obs. G. Bonet ; *JCP* 2009, n^o 31, 180, comm. L. Marino ; *Propri. ind.* 2009, comm. 51, A. Folliard-Monguiral.

3028. V. ss 811 s.

3029. Par ex. TGI Paris, 26 nov. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1852, obs. L. Costes (nom commercial « M@intelcom » portant atteinte à la marque renommée « Intel »).

303. Civ. 1^{re}, 3 mars 1993, *Bull. civ.* I, n^o 95 ; *CCC* 1993, comm. n^o 98, obs. G. Raymond.

3030. Paris, 4 juill. 2008, *RLDI* 2008/41, n^o 1347, obs. C. Manara ; *D.* 2009. 1185, note J. Huet ; dans le même sens, Paris, 7 mars 2007, *PIBD* 2007, n^o 853, III, 377 ; TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2168, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/68, n^o 2219, obs. N. Dreyfus ; *Propriété ind.* 2011, comm. 27, J. Larrieu.

3031. TGI Paris, 8 oct. 2010, RG n^o 07/01247 ; *cf.* M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propriété industrielle* 2011, chron. 5, n^o 30.

3032. J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 382.

3033. *Ibid.*

3034. V. ss 783.

3035. TGI Nanterre, 14 mars 2005, *RLDI* 2005/4, n^o 116, obs. L. Costes.

3036. Versailles, 27 avr. 2006, *RLDI* 2006/16, n^o 466, obs. L. Costes ; *PIBD* 2006, n^o 834, III, 505.

3037. Paris, 19 nov. 2010, RG n^o 09/22653 ; *cf.* M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propri. ind.* 2011, chron. 5, n^o 31.

3038. TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2168, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/68, n^o 2219, obs. N. Dreyfus ; *Propr. ind.* 2011, comm. 27, J. Larrieu.

3039. TGI Paris, 7 juin 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 568.

304. C. consom., art. L. 121-24.

3040. CJUE 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. C-236/08, *Gaz. Pal.* 23 avr. 2010, n^o 113-114, p. 45, note V. Brunot ; *RLDI* 2010/60, n^o 1980, note L. Grynbaum ; *RLDI* 2010/61, n^o 1999, note C. Castets-Renard ; *CCE* 2010, étude 12, G. Bonet ; *CCE* 2010, comm. 70, C. Caron ; *Légipresse* 2010, n^o 274, p. 158, obs. C. Maréchal ; *CCE* 2010, comm. 88, P. Stoffel-Munck ; *Propri. ind.* 2010, comm. 38, P. Tréfigny-Goy ; *RTD eur.* 2010. 952, Chron. E. Treppoz ; *D.* 2010. 885, obs. C. Manara, 1971, obs. P. Tréfigny-Goy ; *D.* 2011. 911, obs. s. Durrande ; *Propri. ind.* 2010, comm. 38, A. Folliard-Monguiral ; *JCP* 2010, n^o 23, 642, obs. L. Marino ; *Europe* 2010, comm. 181, L. Idot. Cf. F. Pollaud-Dulian, « L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet », *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 823.

3041. Pt. 104.

3042. CJCE 18 juin 2009, *L'Oréal c./Bellure*, aff. C-487/07, *Propri. intell.* 2009, n^o 34, p. 655, obs. G. Bonet ; *JCP* 2009, n^o 31, 180, comm. L. Marino ; *Propri. ind.* 2009, comm. 51, A. Folliard-Monguiral.

3043. CJUE 22 sept. 2011, *Interflora*, aff. C/09, CCE 2011, comm. 112, C. Caron ; *D.* 2011. 2332, obs. C. Manara ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 63, obs. G. Bonet ; *D.* 2012. 1362, Chron. s. Durrande ; *RLDI* 2011/76, n^o 2509, obs. L. Costes ; *D.* 2012. 2346, obs. J. Larrieu.

3044. Par ex., Paris, 28 oct. 2011, *RLDI* 2011/77, n^o 2549, obs. L. Costes.

3045. *Cf.*, sur l'interprétation de ces termes, CJUE, 6 févr. 2014, *Red Bull*, aff. C-65/12, *Propriété ind.* 2014, comm. 21, A. Folliard-Monguiral ; *RLDI* 2014/103, n° 3422, obs. J. de Romanet.

3046. Pt. 90.

3047. Pt. 91.

3048. C. Caron, note sous CJUE 22 sept. 2011, *CCE* 2011, comm. 112.

3049. TGI Paris, 12 sept. 2007, *Propriété industrielle* 2008, comm. 11, P. Tréfigny-Goy.

305. Préc.

3050. TGI Paris, 26 juin 2012, *RLDI* 2012/84, n^o 2820, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/85, n^o 2855, obs. L. Roux.

3051. Lyon, 19 janv. 2012, *PIBD* 2012, n^o 958, III, 205 ; pourvoi rejeté par Com. 14 mai 2013, n^o 12-15.534, *D.* 2013. 2492, obs. J. Larrieu ; *PIBD* 2013, n^o 987, III, 1295.

3052. En matière de droit d'auteur, v. ss 475.

3053. Sur la genèse de la théorie, et les arrêts essentiels de la Cour de justice de l'Union européenne, *cf.* G. Bonet, « Épuisement du droit de marque, reconditionnement du produit marqué : confirmations et extrapolations », *in Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 61 ; J. Passa, « Importations parallèles de médicaments et propriété intellectuelle », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2006, n^o 342, p. 15.

3054. CJUE 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09, *D.* 2011. 1965, obs. C. Manara ; *D.* 2011. 5024, obs. P.-Y. Gautier ; *RLDI* 2011/74, n^o 2459, comm. L. Grynbaum ; *RLDI* 2011/74, n^o 2460, comm. C. Castets-Renard ; *Propr. ind.* 2011, comm. 71, A. Folliard-Monguiral ; *RTD eur.* 2011. 847, obs. E. Treppoz ; *Gaz. Pal.* 27 oct. 2011, n^o 299, p. 19, obs. L. Marino ; *CCE* 2011, comm. 99, C. Caron (pt. 73).

3055. CJCE 23 avr. 2009, *Dior c./Copad*, aff. C-59/08, *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 251, obs. É. Tardieu-Guigues ; *Propri. ind.* 2009, comm. 38, A. Folliard-Monguiral, et Étude 14, T. De Haan ; *CCE* 2009, comm. 62, C. Caron ; *RTD com.* 2009. 706, Chron. J. Azéma.

3056. CJCE 30 nov. 2004, *Peak Holding*, aff. C-16/03, *Rec.* p. I-11313 ; *Propr. intell.* 2005, n^o 15, p. 185, obs. G. Bonet ; *RTD com.* 2005. 75, Chron. J. Azéma.

3057. CJUE 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09, préc.

3058. *Ibid.*

3059. Com. 28 janv. 1992, *Bull. civ.* IV, n^o 49.

306. Art. 9.

3060. Cf. J. Passa, « Importations parallèles de médicaments et propriété intellectuelle », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2006, n^o 342, p. 15.

3061. CJCE 11 juill. 1996, *Bristol-Myers Squibb*, aff. jtes C-427/93, C-429/93 et C-436/93, *Rec. p.* I-3457 ; *RTD com.* 1997. 251, obs. J. Azéma ; *RTD eur.* 1998. 111, obs. G. Bonet ; *Europe* 1996, chron. 1, V.-L. Bénabou ; CJCE 23 avr. 2002, *Boehringer I et Merck c/ Paranova*, aff. C-143/00 et C-443/99, *Rec. p.* I-3759 et p. I-3703 ; *PIBD* 2002, n^o 749, III, 404 ; *Propr. intell.* 2002, n^o 5, p. 91, obs. G. Bonet ; CJCE 26 avr. 2007, *Boehringer II*, aff. C-348/04, *Propr. ind.* 2007, comm. 61, A. Folliard-Monguiral, et Étude 19, C. Henin et A.-C. Maillols-Perroy ; *RTD eur.* 2007. 679, obs. J. Schmidt-Szalewski ; *Propr. intell.* 2008, n^o 26, p. 138, obs. G. Bonet.

3062. CJCE 23 mai 1978, *Hoffmann-Laroche*, aff. 85/76, *Rec.* p. I-1139 ; CJCE 3 déc. 1981, *Pfizer*, aff. 1/81, *Rec.* p. 2913 ; *RTD eur.* 1982. 166, obs. G. Bonet ; CJCE 11 juill. 1996, *Bristol-Myers Squibb*, aff. jtes C-427/93, C-429/93 et C-436/93, préc.

3063. CJCE 11 juill. 1996, *Bristol-Myers Squibb*, aff. jtes C-427/93, C-429/93 et C-436/93, préc. ; CJCE 22 déc. 2008, *Zovirax*, aff. C-276/05, *Propriété ind.* 2009, comm. 11, A. Folliard-Monguiral ; CJUE 28 juill. 2011, aff. jtes C-400/09 et C-207/10, *Gaz. Pal.* 27 oct. 2011, n^o 299, p. 18, note L. Marino.

3064. CJCE 23 mai 1978, *Hoffmann-Laroche*, aff. 85/76, *Rec.* p. I-1139 ; CJCE 23 avr. 2002, *Boehringer I et Merck c/ Paranova*, aff. C-143/00 et C-443/99, *préc.* ; CJCE 26 avr. 2007, *Boehringer II*, aff. C-348/04, *préc.* ; CJCE 22 déc. 2008, *Zovirax*, aff. C-276/05, *préc.*

3065. CJCE 11 juill. 1996, *Bristol-Myers Squibb*, aff. jtes C-427/93, C-429/93 et C-436/93, préc. ; CJCE 26 avr. 2007 *Boehringer II*, aff. C-348/04, préc.

3066. CJCE 11 juill. 1996, *Bristol-Myers Squibb*, aff. jtes C-427/93, C-429/93 et C-436/93, préc.

3067. CJCE 11 juill. 1996, *Bristol-Myers Squibb*, aff. jtes C-427/93, C-429/93 et C-436/93, préc. ; CJCE 11 nov. 1997, *Ballantine*, aff. C-349/95, *Rec.*, p. I-6227 ; *RTD eur.* 1997. 591, Chron. G. Bonet.

3068. CJCE 23 avr. 2009, *Dior c./Copad*, aff. C-59/08, *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 251, obs. É. Tardieu-Guigues ; *Propri. ind.* 2009, comm. 38, A. Folliard-Monguiral, et Étude 14, T. De Haan ; *CCE* 2009, comm. 62, C. Caron ; *RTD com.* 2009. 706, Chron. J. Azéma.

3069. Com. 23 mars 2010, *Propriété ind.* 2010, comm. 53, J. Larrieu ; *RTD com.* 2010. 702, obs. J. Azéma ; *CCE* 2011, comm. 3, C. Caron.

307. V. ss 16.

3070. CJCE 23 avr. 2009, *Dior c./Copad*, aff. C-59/08, préc.

3071. Com. 9 oct. 2012, *Prop. ind.* 2013, comm. 42, P. Tréfigny.

3072. Com. 23 mars 2010, *Propriété ind.* 2010, comm. 53, J. Larrieu ; *RTD com.* 2010. 702, obs. J. Azéma ; *CCE* 2011, comm. 3, C. Caron.

3073. Paris, 31 janv. 2013, *D.* 2013. 360, note E. Chevrier ; *JCP E* 21 févr. 2013, 1119, étude C. Vilmar ; *Europe* 2013, comm. 135, L. Idot ; *CCC* 2013, comm. 64, G. Decocq, et n^o 76, M. Malaurie-Vignal ; *CCE* 2013, comm. 78, obs. M. Chagny. Dans le même sens, Com. 24 sept. 2013, *D.* 2013. 2270, obs. E. Chevrier.

3074. CJUE 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, aff. C-439/09, CCC 2011, comm. 257, M. Malaurie-Vignal, et 263, G. Decocq ; *RLDI* 2011/77, n^o 2554, comm. C. Castets-Renard ; *D.* 2011. 2590, obs. E. Chevrier ; *D.* 2012. 577, obs. D. Ferrier ; *RTD eur.* 2012. 442, obs. J.-B. Blaise ; *CCE* 2012, comm. 4, M. Chagny ; *RDC* 2012, n^o 1, p. 111, obs. C. Prieto ; *JCP E* 15 mars 2012, 1182, Étude L. Vogel.

3075. V. ss 224 s.

3076. CJUE 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, aff. C-439/09, préc., pt. 46.

3077. Par ex., TGI Paris, 28 avr. 2011, *PIBD* 2011. 950, III, 671.

3078. CJCE 4 nov. 1997, *Dior c./Evora*, aff. C-337/95, *Rec.* p. I-6013 ; *RTD eur.* 1998. 595, Chron. G. Bonet ; *D.* 1998. 42, obs. M.-C. Bergerès.

3079. *Cf.*, pour des mentions dans un catalogue papier (hypothèse que l'on peut transposer aux catalogues en ligne) : Com. 26 févr. 2008, *PIBD* 2008, n^o 873, III, 281.

308. Préc.

3080. Lyon, 16 janv. 2014, *PIBD* 2014, n° 1002, III, 231.

3081. CJCE 4 nov. 1997, *Dior c./Evora*, aff. C-337/95, préc.

3082. CJUE 8 juill. 2010, *Portakabin*, aff. C-558/08, *Propr. ind.* 2010, comm. 64, A. Folliard-Monguiral ; *CCE* 2010, comm. 93, C. Caron, pt. 32.

3083. V. ss 841 s.

3084. Par ex., TGI Paris, 7 déc. 2012, *PIBD* 2013, n^o 979, III, 1031 ; Lyon, 16 janv. 2014, *PIBD* 2014, n^o 1002, III, 231.

3085. Com. 23 mars 2010, *Propriété ind.* 2010, comm. 40, P. Tréfigny-Goy ; TGI Paris, 28 avr. 2011, *PIBD* 2011. 950, III, 671 ; TGI Paris, 7 déc. 2012, *PIBD* 2013, n^o 979, III, 1031.

3086. Paris, 19 mars 2008, *Propriété ind.* 2009, comm. 12, P. Tréfigny-Goy.

3087. Com. 24 nov. 2009, *RLDI* 2009/55, n^o 1819, obs. L. Costes.

3088. Paris, 10 sept. 2008, *Propr. ind.* 2009, comm. 13, P. Tréfigny-Goy.

3089. Paris, 28 oct. 2011, *RLDI* 2011/77, n⁰ 2549, obs. L. Costes.

309. Cf. Ph. Stoffel-Munck, « La réforme des contrats du commerce électronique », *CCE* 2004, Chron. n^o 30 ; L. Grynbaum, « Après la loi économie numérique, pour un Code européen des obligations... raisonné », *D.* 2004. Chron. 2213.

3090. CJCE 23 févr. 1999, aff. C-63/97, *Rec.* p. I-905.

3091. CJCE 17 mars 2005, *Gillette*, aff. C-228/03, *Rec.* p. I-2337 ; *Propr. intell.* 2005, n^o 13, p. 277, note G. Bonet ; *Propr. ind.* 2005, comm. 37, A. Folliard-Monguiral.

3092. *Ibid.*

3093. TGI Paris, 17 juin 2008, *LPA* 23 mars 2009, n^o 58, p. 18, Chron. X. Daverat ; Paris, 11 déc. 2009, *PIBD* 2010, n^o 913, III, 139 ; Paris, 2 avr. 2010, *PIBD* 2010, n^o 923, III, 263 ; *RTD com.* 2010. 702, obs. J. Azéma et J.-C. Galloux ; *cf.* toutefois, en sens contraire, Paris, 14 oct. 2009, *RLDI* 2009/54, n^o 1788, obs. M. Trézéguet ; *Propri. intell.* 2010, n^o 35, p. 771, obs. J. Passa. *Cf.*, sur ce sujet, B. Goldenberg et A.-M. Pecoraro, « Les titulaires de droits parient sur la marque », *Propri. intell.* 2009, n^o 31, p. 150.

3094. Paris, 30 juin 2006, *Propri. intell.* 2007, n^o 22, p. 107, obs. X. Buffet-Delmas ; Colmar, 28 mai 2009, *Propri. ind.* 2009, comm. 63, P. Tréfigny-Goy ; TGI Paris, 10 févr. 2012, *PIBD* 2012, n^o 964, III, 429.

3095. Com. 29 janv. 2013, *PIBD* 2013, n^o 980, III, 1078 ; *Propr. ind.* 2013, comm. 22, P. Tréfigny.

3096. Paris, 30 juin 2006, *Propriété intellectuelle*, 2007, n^o 22, p. 107, obs. X. Buffet-Delmas ; Colmar, 28 mai 2009, *Propriété intellectuelle*, 2009, comm. 63, P. Tréfigny-Goy.

3097. Paris, 12 janv. 2011, *Propri. intell.* 2011, n^o 39, p. 226, obs. M. Sabatier ; *RLDI* 2011/68, n^o 2229, obs. L. Costes ; *Propri. ind.* 2011, comm. 32, P. Tréfigny-Goy ; *Gaz. Pal.* 22 avr. 2011, n^o 112-113, p. 30, note A.-S. Cantreau.

3098. CJCE 17 mars 2005, *Gillette*, aff. C-228/03, Rec. p. I-2337 ; *Propr. intell.* 2005, n^o 13, p. 277, note G. Bonet ; *Propr. ind.* 2005, comm. 37, A. Folliard-Monguiral.

3099. V. ss 840 s.

31. Civ. 1^{re}, 3 mars 1993, *Bull. civ.* I, n^o 95.

310. V. ss 32 s.

3100. Com. 4 mai 2010, *RLDI* 2010/62, n⁰ 2036, obs. L. Costes.

3101. TGI Paris, 9 avr. 2010, *RLDI* 2010/62, n^o 2036, obs. M. Trézéguet ; confirmé par Paris, 23 mars 2012, *RLDI* 2012/82, n^o 2744, comm. É. Le Quellenec ; *CCE* 2012, comm. 76, A. Debet ; *D.* 2012. 1060, obs. C. Manara.

3102. V. ss 890.

3103. Sur cette question, *cf.* J. Monteiro, « Droit de marque et publicité comparative, un équilibre difficile à trouver », *in Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, 2010, p. 377.

3104. Directive n^o 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, *JOUE* L 376, 27 déc. 2006, p. 21.

3105. CJCE 12 juin 2008, *O2 Holding*, aff. C-533/06, *Propriété ind.* 2008, comm. 61, A. Folliard-Monguiral ; *CCE* 2008, comm. 132, C. Caron ; *cf.* G. Bonet, « Articulation entre publicité comparative et protection de la marque, spécialement contre le risque de confusion », *Propriété intell.* 2008, n° 29, p. 393.

3106. CJCE 18 juin 2009, *L'Oréal c./Bellure*, aff. C-487/07, *Propri. intell.* 2009, n° 34, p. 655, obs. G. Bonet ; *JCP* 2009, n° 31, 180, comm. L. Marino ; *Propri. ind.* 2009, comm. 51, A. Folliard-Monguiral. Cf. J. Passa, « Les rapports entre droit des marques et droit de la publicité comparative : un risque d'affaiblissement de la protection de la marque (à propos des affaires préjudicielles O2 Holdings et L'Oréal c/ Bellure) », *Propri. ind.* 2008, étude 20.

3107. Paris, 23 juin 2006, *JCP* 2006, II, 10163, obs. A. Du Crest.

3108. *Ibid.*

3109. Pour des applications en droit français : Crim. 30 juin 2009, *CCE* 2009, comm. 111, C. Caron ; Crim. 3 nov. 2010, n^o 09-88.019 ; *cf.* L. Boulet et L. Frossard, « Un an de droit de la publicité », *CCE* 2011, chron. 7, n^o 19.

311. V. ss 71 s.

3110. CJCE 12 juin 2008, *O2 Holding*, aff. C-533/06, *Propriété ind.* 2008, comm. 61, A. Folliard-Monguiral ; *CCE* 2008, comm. 132, C. Caron ; *cf.* G. Bonet, « Articulation entre publicité comparative et protection de la marque, spécialement contre le risque de confusion », *Propriété intell.* 2008, n^o 29, p. 393.

3111. V. ss 841 s.

3112. V. ss 859 s.

3113. Paris, 8 oct. 2010, *Propri. intell.* 2011, n^o 38, p. 122, obs. M. Sabatier.

3114. Com. 24 mai 2011, *PIBD* 2011, n^o 945, III, 529 ; *RTD com.* 2012. 101, obs. J. Azéma ;
Gaz. Pal. 10 nov. 2011, n^o 308, p. 37, obs. J. Peigné.

3115. Par ex. Colmar, 28 mai 2009, *Propriété ind.* 2009, comm. 63, P. Tréfigny-Goy.

3116. *Cf.* H. Alterman et F. Provost, « L'humour sur Internet », *RJC* 2012, n^o 3, p. 12.

3117. TGI Paris, 21 mars 2000, *CCE* 2000, comm. 88, C. Caron ; *Expertises* 2000, n^o 239, p. 210, obs. s. Rozenfeld ; TGI Paris, 29 mai 2001, *Gaz. Pal.* 24 janv. 2002, n^o 24, p. 43, note D. Walon ; TGI Paris, 8 janv. 2002, *Propr. ind.* 2002, comm. 28, P. Tréfigny.

3118. TGI Paris, réf., 23 avr. et 14 mai 2001, et TGI Paris, 4 juill. 2001, *Propri. intell.* 2001, n^o 1, p. 89, obs. J. Passa ; Paris, 28 nov. 2001, *Gaz. Pal.* 12 juill. 2002, p. 40, note M.-E. Haas.

3119. TGI Paris, réf., 8 juill. 2002 (*Esso*), *Propri. intell.* 2002, n^o 5, p. 95, obs. X. Buffet-Delmas ; *Propri. ind.* 2002, comm. 68, P. Tréfigny.

312. Préc.

3120. TGI Paris, réf., 8 juill. 2002 (*Areva*), *Propri. intell.* 2002, n^o 5, p. 95, obs. X. Buffet-Delmas ; *Propri. ind.* 2002, comm. 68, P. Tréfigny.

3121. Paris, 26 févr. 2003 (2 arrêts), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, comm. 1, M. Vivant ; *D.* 2003. 1831, obs. B. Edelman ; *CCE* 2003, comm. 38, C. Caron ; *Propr. ind.* 2003, comm. 40, P. Tréfigny ; *Propr. intell.* 2003, n^o 8, p. 322, obs. V.-L. Bénabou ; *Propr. intell.* 2003, n^o 9, p. 458, obs. M. Vivant.

3122. TGI Paris, 30 janv. 2004, *PIBD* 2004, n^o 784, III, 229, confirmé par Paris, 16 nov. 2005, *PIBD* 2006, n^o 822, III, 53 ; *Propr. ind.* 2006, comm. 4, P. Tréfigny ; *Propr. intell.* 2006, n^o 18, p. 103, obs. V.-L. Bénabou.

3123. TGI Paris, 9 juill. 2004, *PIBD* 2004, n^o 795, III, 591 ; *Propri. intell.* 2004, n^o 13, p. 961, obs. X. Buffet-Delmas, confirmé par Paris, 17 nov. 2006, *Propri. ind.* 2007, comm. 6, P. Tréfigny.

3124. Paris, 30 avr. 2003, *D.* 2003. 1760, obs. C. Manara ; *Propri. intell.* 2003, n^o 8, p. 322, obs. V.-L. Bénabou.

3125. Paris, 11 sept. 2013, *RLDI* 2013/98, n^o 3266, comm. P. Mouron (« *Fientrevue* »).

3126. TGI Paris, 29 mai 2001, *Gaz. Pal.* 24 janv. 2002, n^o 24, p. 43, note D. Walon.

3127. Paris, 9 sept. 1998, *D. Affaires* 1998. 1960.

3128. Paris, 11 mai 2007, *PIBD* 2007, n^o 858, III, 538.

3129. Rennes, 27 avr. 2010, *PIBD* 2010, n^o 922, III, 493 ; *Propr. ind.* 2011, comm. 2, P. Tréfigny-Goy ; *Gaz. Pal.* 20 avr. 2011, n^o 110-111, p. 19, obs. P. Greffe.

313. Civ. 1^{re}, 13 mars 2008, pourvoi n^o 06-17.534 ; I. Maria, « La fin de l'article 1326 du Code civil », *D.* 2008. 1956 ; *JCP* 2008. II. 10081, note E. Putman ; *CCE* 2008, comm. n^o 80, note Ph. Stoffel-Munck.

3130. Paris, 25 janv. 2012, *Légipresse* 2012, n^o 294, p. 304, obs. E. Pierrat.

3131. Civ. 2^e, 19 oct. 2006, *JCP* 2006, II, 10195, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. ind.* 2007, comm. 5, P. Tréfigny ; *D.* 2007, chron. 884, obs. C. Geiger.

3132. TGI Paris, 21 mars 2000, *CCE* 2000, comm. 88, C. Caron ; *Expertises* 2000, n^o 239, p. 210, obs. s. Rozenfeld.

3133. TGI Paris, 29 mai 2001, *Gaz. Pal.* 24 janv. 2002, n^o 24, p. 43, note D. Walon.

3134. Aix-en-Provence, 13 mars 2006, *Gaz. Pal.* 14 nov. 2006, n^o 318, p. 18, obs. M. Cauvin.

3135. Civ. 1^{re}, 8 avr. 2008, *PIBD* 2008, n^o 876, III, 372 ; *Légipresse* 2008, n^o 253, p. 123, obs. J. Canlorbe ; *CCE* 2008, comm. 77, C. Caron ; *RTD civ.* 2008. 487, obs. P. Jourdain ; *D.* 2009. 1992, Chron. P. Tréfigny.

3136. V. ss 513.

3137. Pour un refus de la demande d'interdiction : Paris, 4 janv. 2012, RG n° 10/05115, legalis.net ; Com. 24 sept. 2013, *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 107, obs. M. Sabatier.

3138. *Cf. J. Passa, Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 328.

3139. TGI Paris, 26 juin 2009, RG n^o 07/09074, cité par M.-E. Haas, « Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propriété industrielle* 2010, chron. 5, n^o 47 : refus d'application de l'exception au titulaire du nom de domaine < bachfilms.com > au motif que, bien que faisant usage de son patronyme, il ne pouvait ignorer l'existence de la marque antérieure « Bac Films » et du risque de confusion dans l'esprit du public.

314. V. ss 26.

3140. Com. 21 juin 2011, *Rev. dt. rur.* 2011, comm. 107, C. Lebel ; *Propr. intell.* 2011, n^o 41, p. 416, obs. M. Sabatier.

3141. Par ex. : TGI Paris, 31 oct. 2013, *PIBD* 2014, n° 999, III, 120 ; *Propr. ind.* 2014, comm. 19, P. Tréfigny.

3142. Paris, 4 janv. 2012, RG n° 10/05115, legalis.net.

3143. Pour une référence expresse à cette disposition, *cf.* Paris, 24 mai 2013, *PIBD* 2013, n^o 988, III, 1342 (« *Pass Adulte* »).

3144. V. ss 880.

3145. CJUE 8 juill. 2010, *Portakabin*, aff. C-558/08, *Propriété ind.* 2010, comm. 64, A. Folliard-Monguiral ; *CCE* 2010, comm. 93, C. Caron, pt. 32.

3146. Cf. J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 391 à 404 et 626-627 ; F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, Économica, 2011, n^o 1593 à 1622.

3147. V. ss 811 s.

3148. Pour un exemple de cette hypothèse rare, Paris, 20 sept. 2006, *Propriété intellectuelle* 2007, n^o 22, p. 107, obs. X. Buffet-Delmas (suppression des marques « Apple » et « Airport » de cartes informatiques fabriquées par la société Apple).

3149. Com. 3 mai 2012, *Gaz. Pal.* 2 août 2012, n^o 214, p. 16, obs. L. Marino ; *JCP E* 2012, n^o 28, 1458, obs. A. Debet ; *D.* 2012. 1261, obs. C. Manara, et 1684, note L. Mauger-Vielpeau ; *CCE* 2012, comm. 74, C. Caron ; *RLDI* 2012/82, n^o 2751, obs. L. Costes.

315. Préc.

3150. Déc. 9 oct. 2009, *JO* 11 oct. 2009, *Propri. intell.* 2010, n^o 34, obs. A. Lucas.

3151. Crim., 5 mars 2014, n° 13-80252.

3152. Règlement n^o 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE* L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

3153. CJUE 12 avr. 2011, *DHL Express*, aff. C-235/09, *Propr. ind.* 2011, comm. 47, A. Folliard-Monguiral ; *Gaz. Pal.* 22 juin 2011, n^o 173-174, p. 18, obs. L. Marino ; *CCE* 2011, comm. 83, C. Caron ; *RLDI* 2011/71, n^o 2348, obs. L. Costes.

3154. Sur le volet pénal de la question, *cf.* É. Martin-Hocquengheim, « Le principe de la territorialité de la loi pénale et les infractions commises sur Internet », *in* B. Teyssié (dir.), *La communication numérique, un droit, des droits*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 495 ; et J. Passa, « Internet et la compétence internationale du juge pénal. À propos de la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 521.

3155. Com. 11 janv. 2005, *CCE* 2005, comm. 37, C. Caron ; *Propr. intell.* 2005, n^o 15, p. 203, obs. X. Buffet-Delmas ; *Propr. ind.* 2005, étude 9, J. Larrieu.

3156. Com. 23 nov. 2010, *CCE* 2011, comm. 11, C. Caron ; Com. 7 déc. 2010, *CCC* 2011, comm. 60, M. Malaurie-Vignal ; *RTD com.* 2011. 329, n^o 4, note J. Azéma et J.-C. Galloux ; Com. 29 mars 2011, *D.* 2012. 1228, Chron. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke.

3157. Com. 13 juill. 2010, *CCE* 2010, comm. 93, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 22 oct. 2010, n^o 214, p. 41, obs. V. Brunot, et 27 oct. 2010, n^o 300, p. 21, note L. Marino ; *RLDI* 2010/64, n^o 2102, note M. Schaffner et s. Georges ; Com. 29 mars 2011, *CCE* 2011, chron. 1, M.-É. Ancel ; Com. 20 sept. 2011, *Gaz. Pal.* 16 févr. 2012, n^o 47, p. 14, obs. L. Marino ; Com. 3 mai 2012, *Gaz. Pal.* 2 août 2012, n^o 214, p. 16, obs. L. Marino ; *JCP E* 2012, n^o 28, 1458, obs. A. Debet ; *D.* 2012. 1261, obs. C. Manara, et 1684, note L. Mauger-Vielpeau ; *CCE* 2012, comm. 74, C. Caron ; *RLDI* 2012/82, n^o 2751, obs. L. Costes ; Com., 12 févr. 2013, *RLDI* 2013/97, n^o 3221, obs. C. Coslin.

3158. Crim. 22 mai 2007, *Propr. intell.* 2008, n^o 26, p. 151, obs. X. Buffet-Delmas.

3159. Com. 3 mai 2012, *Gaz. Pal.* 2 août 2012, n^o 214, p. 16, obs. L. Marino ; *JCP E* 2012, n^o 28, 1458, obs. A. Debet ; *D.* 2012. 1261, obs. C. Manara, et 1684, note L. Mauger-Vielpeau ; *CCE* 2012, comm. 74, C. Caron ; *RLDI* 2012/82, n^o 2751, obs. L. Costes.

316. Soc. 2 nov. 1951, *Bull. civ.* III, n^o 718.

3160. Com. 17 janv. 2012, *PIBD* 2012, n^o 959, III, 239 ; *Propr. ind.* 2012, comm. 23, P. Tréfigny.

3161. Paris, 6 déc. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2608, obs. M. Trézéguet ; dans le même sens, Paris, 22 mai 2012, *Propri. ind.* 2012, comm. 64, P. Tréfigny ; *JDI* 2012, comm. 18, p. 991, obs. V. Pironon.

3162. CJUE 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09, *D.* 2011. 1965, obs. C. Manara ; *D.* 2011. 5024, obs. P.-Y. Gautier ; *RLDI* 2011/74, n^o 2459, comm. L. Grynbaum ; *RLDI* 2011/74, n^o 2460, comm. C. Castets-Renard ; *Propr. ind.* 2011, comm. 71, A. Folliard-Monguiral ; *RTD eur.* 2011. 847, obs. E. Treppoz ; *Gaz. Pal.* 27 oct. 2011, n^o 299, p. 19, obs. L. Marino ; *CCE* 2011, comm. 99, C. Caron.

3163. CJUE 19 avr. 2012, *Wintersteiger*, aff. C-523/10, *D.* 2012. 1926, obs. T. Azzi ; *RJC* 2012, n^o 3, p. 30, obs. M.-É. Ancel ; *RTD com.* 2012. 554, obs. F. Pollaud-Dulian.

3164. P. ex., TGI Paris, 25 oct. 2013, *PIBD* 2014, n° 998, III, 79.

3165. Com. 10 juill. 2007, *Bull. civ.* IV, 159 ; *Propri. intell.* 2007, n^o 25, p. 498, obs. J. Passa, et n^o 26, p. 150, obs. X. Buffet-Delmas ; *RTD com.* 2007. 712, Chron. J. Azéma ; *Propri. ind.* 2007, étude 24, M. Schaffner et s. Georges ; *Propri. ind.* 2008, étude 10, J. Passa.

3166. Par ex., Versailles, 15 janv. 2013, *PIBD* 2013, n^o 978, III, 996.

3167. V. ss 782.

3168. Par ex. Paris, 24 mai 2013, *PIBD* 2013, n^o 988, III, 1340.

3169. Loi n^o 2007-1544, *JO* 30 oct. 2007, p. 17775. Cf. les commentaires de C. Caron, *JCP E* 2007, n^o 47, p. 9 ; J. Castelain et N. Rebbot, *Légipresse*, déc. 2007, p. 167 ; F. Chaltiel, *CCC*, déc. 2007, p. 2, et janv. 2008, p. 7 ; C. Derambure, *RLDI* 2007, n^o 32, p. 67 ; M. Filiol de Raimond, *RLDA* 2007, n^o 21, p. 24 ; J.-C. Galloux, *D.* 2008. 302 ; J.-P. Gasnier, *Propri. ind.*, déc. 2007, p. 11 ; B. May, *Propri. ind.*, mars 2008, p. 9 ; J.-M. Bruguière, *Propri. intell.* 2008, n^o 27, p. 227 ; T. Azzi, *D.* 2008. 700 ; et G. Raymond, *CCC*, déc. 2007, p. 30.

317. Civ. 1^{re}, 24 févr. 1987, *Bull. civ. I*, n^o 67.

3170. Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, *JO* n° 60 du 12 mars 2014, p. 5112 ; *JCP* 2014, n° 416, obs. N. Binctin ; *RLDI* 2014/103, n° 3415, obs. L. Costes.

3171. V. ss 527.

3172. *Cf.*, pour les premières décisions : TGI Nanterre, 18 janv. 1999, *PIBD* 1999, n^o 673, III, 147 ; TGI Paris, réf., 22 févr. 2000, *CCE* 2000, comm. 63, C. Caron.

3173. V. ss 991 s.

3174. Com. 9 juin 2009, *Propri. ind.* 2009, comm. 61, M.-E. Haas ; *Gaz. Pal.* 11 déc. 2009, n^o 345-356, p. 20, obs. N. Dreyfus ; *CCE* 2009, comm. 78, C. Caron ; *D.* 2009. 1599, obs. C. Manara.

3175. TGI Paris, ord., 25 juin 2008, *Propriété ind.* 2008, comm. 76, P. Tréfigny-Goy ; *CCE* 2008, comm. 124, C. Caron ; *D.* 2008. 2069, obs. C. Manara ; sur la compétence en la matière du juge de la mise en état, *cf.* Com. 13 déc. 2011, *RTD com.* 2012. 107, obs. J. Azéma.

3176. Com. 7 juin 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 570 : censure d'un arrêt ayant omis de rechercher si les produits et services que pouvait offrir le défendeur sur son site Internet étaient identiques ou similaires à ceux visés dans le dépôt de la marque invoquée.

3177. TGI Paris, réf., 14 janv. 2013, *RLDI* 2013/91, n^o 2013, comm. J. Lacker.

3178. Paris, 1^{er} déc. 2000, *Gaz. Pal.* 14 janv. 2001, n^o 14, p. 36.

3179. *JOUE* n° L 181 du 29 juin 2013, p. 15.

318. Req. 6 févr. 1928, *DP* 1928.1.149.

3180. CJUE, 6 févr. 2014, *Rolex*, aff. C-98/13, *PIBD* 2014, n° 1003, III, 279 ; *Propr. ind.* 2014, comm. 18, A. Folliard-Monguiral ; *CCE* 2014, comm. 35, C. Caron.

3181. Pour une critique de cette différence, *cf.* J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 621.

3182. En ce sens, J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 413 à 415.

3183. En ce sens, Crim. 26 janv. 2010, *PIBD* 2010, n^o 916, III, 245 : contrefaçon constituée par l'importation de souris informatiques par une société spécialisée dans la distribution de composants pour ordinateurs et matériels périphériques, à qui il appartenait de procéder à la vérification et au contrôle des marchandises en provenance d'un pays connu à l'époque pour les contrefaçons de souris.

3184. TGI Paris, 30 mars 2012, RG n° 11/021159, legalis.net : rejet de l'action civile en contrefaçon intentée contre un particulier qui avait importé sur Internet un décodeur contrefaisant pour son usage personnel, au motif que « seul un usage dans la vie des affaires d'un signe reproduisant ou imitant une marque communautaire peut constituer un acte de contrefaçon ».

3185. V. ss 813.

3186. Cf. J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 265.

3187. Paris, 18 oct. 2006, *PIBD* 2007, n^o 843, III, 26.

3188. Paris, 10 avr. 2009, *PIBD* 2009, n^o 900 III, 1242.

3189. Paris, 9 mai 2003, *PIBD* 2003, n^o 773, III, 526.

319. Com. 4 janv. 1967, *Bull. civ.* III, n^o 13.

3190. *Vocabulaire de l'Internet et de l'informatique* publié par la Commission de terminologie française, *JORF* n^o 63, 16 mars 1999, p. 3894 (définition du terme « adresse universelle », équivalent proposé du terme « nom de domaine »).

3191. Sur la naissance du nommage Internet, *cf.* C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 18 à 20.

3192. C. Manara, *op. cit.*, n^o 3.

3193. Prodomaines, « Classement des extensions », mars 2014.

3194. CPCE, art. L. 45.

3195. 114 millions de noms de domaine en mars 2014 (Prodomaines, étude précitée).

3196. *Cf.* la liste sur < <http://www.icann.org/en/resources/registries/listing>>.

3197. *Cf.* N. Dreyfus, « Un an de droit des noms de domaine », *Propriété ind.* 2011, chron. 11, n^o 11.

3198. *Cf.* la liste sur < <http://data.iana.org/TLD/tlds-alpha-by-domain.txt>>.

3199. Cf. N. Dreyfus, « La saga des nouvelles extensions gTLD's » *Propriété ind.* 2012, alerte 42 ; « Des avancées dans les nouvelles extensions de noms de domaine », *CCE* 2009, étude 16 ; I. Kris, « <.paris>, <.music>, <.apple> – La course aux nouvelles extensions : révolution ou menace ? », *RLDI* 2011/74, n^o 2463 ; A. Bouvel et F. Sardain, « Actualité des noms de domaine : les règles renouvelées », *Propriété intell.* 2011, p. 146 ; P. Barbet, « Le marché des noms de domaine à l'aube du “Big Bang” de la libéralisation », *RID éco.* 2010/3, p. 373 ; L. Saadoun, « Les nouveaux enjeux des noms de domaine », *RLDI* 2012/87, n^o 2927 ; A. Bouvel, « La protection des tiers dans le système des nouveaux noms de domaine », *Propriété intell.* 2013, n^o 49, p. 360.

32. Civ. 1^{re}, 19 janv. 1994, *CCC* 1994, comm. n^o 85, obs. G. Raymond ; nullité relative selon Paris, 16 mai 1986, *D.* 1986. 465.

320. Civ. 3^e, 5 mars 1980, *Bull. civ.* III, n^o 131.

3200. *Cf.* la liste sur < <http://newgtlds.icann.org/en/program-status/application-results/strings-1200utc-13jun12-en>>.

3201. Cf. E. Harrar, « Noms de domaine. Analyse des candidatures aux nouveaux gTLD's et stratégie de défense des marques », *Expertises* 2012, n^o 372, p. 295.

3202. *Cf.* L. Marino, « Ce qui se cache derrière la TMCH », *Propriété industrielle* 2013, alerte 79.

3203. Sur ces trois mesures, *cf.* l'« Applicant Guidebook » publié par l'ICANN le 4 juin 2012 : < <http://newgtlds.icann.org/en/applicants/agb>>.

3204. Cf. N. Dreyfus, « Un an de droit des noms de domaine », *Propriété ind.* 2013, chron. 11, n° 6 à 21.

3205. N. Dreyfus, « Un an de droit des noms de domaine », *Propri. ind.* 2011, chron. 11, n^o 10.

3206. *Ibid.*

3207. Cf. É. Logeais, « Point de navigation sur les noms de domaine multilingues », *Propri. intell.* 2002, n^o 4, p. 8 ; L. Saadoun, « Les nouveaux enjeux des noms de domaine », *RLDI* 2012/87, n^o 2927.

3208. Règlement (CE) n^o 733/2002 du Parlement européen et du Conseil du 22 avril 2002 concernant la mise en œuvre du domaine de premier niveau <.eu>, *JOUE* L 113, 30 avr. 2002, p. 1, complété par le règlement (CE) n^o 874/2004 de la Commission du 28 avril 2004 établissant les règles de politique d'intérêt général relatives à la mise en œuvre et aux fonctions du domaine de premier niveau <.eu> et les principes applicables en matière d'enregistrement, *JOUE* L 162, 30 avr. 2004, p. 40 : *cf.* le commentaire de C. Manara, *CCE* 2004, étude 19.

3209. Règlement (CE) n^o 560/2009 de la Commission du 26 juin 2009 modifiant le règlement (CE) n^o 874/2004, *JOUE* L 166, 27 juin 2009, p. 3.

321. Civ. 1^{re}, 30 oct. 1970, *Bull. civ.* I, n^o 141.

3210. Cf. N. Dreyfus, « Un an de droit des noms de domaine », *Propriété ind.* 2010, chron. 11, n^o 6.

3211. *EURid-UNESCO World Report on Internationalised Domain Names Deployment 2012*, disponible sur <http://www.icann.org/en/resources/idn/eurid-unesco-deployment-08nov12-en.pdf>.

3212. Le premier nom de domaine enregistré en « .com » est < symbolics.com >, enregistré le 15 mars 1985 (< <http://iwhois.com/oldest>>).

3213. VeriSign, Domain Name Industry Brief, 2012, disponible sur <
http://www.verisigninc.com/en_US/why-verisign/research-trends/domain-name-industry-brief/index.xhtml>.

3214. Sur le statut et les pouvoirs de l'ICANN, *cf.* C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 22 à 46.

3215. C. Manara, *op. cit.*, n^o 337.

3216. Sur ces contrats, *cf.* C. Manara, *op. cit.*, n^o 63 à 266.

3217. Sur l'AFNIC, *cf.* C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 83 à 87.

3218. *JORF* 2 mars 2010, p. 4258.

3219. CE 10 juin 2013, req. n^o 337320, *D.* 2013. 1541, obs. C. Manara.

322. Civ. 3^e, 26 juin 1973, *Bull. civ.* III, n^o 444.

3220. Cons. const. 6 oct. 2010, n^o 2010-45 QPC, *D.* 2010. 2285, note C. Manara ; *RLDI* 2010/65, n^o 2130, comm. E. Gillet ; *Gaz. Pal.* 13 déc. 2010, n^o 348, p. 10, note J. Arlettaz ; *Gaz. Pal.* 17 déc. 2010, n^o 351, p. 35, obs. F. Gilbert ; *CCE* 2010, comm. 121, C. Caron ; *CCE* 2011, étude 2, F. Sardain ; *Propr. ind.* 2011, étude 3, M.-E. Haas.

3221. Loi n^o 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques, *JORF* n^o 69, 23 mars 2011, p. 5186. Cf. les commentaires de Y. El Shazly, *Expertises* 2011, n^o 361, p. 307 ; É. Tardieu-Guigues, *Légipresse* 2011, n^o 284, p. 373 ; N. Dreyfus, *Propriété ind.* 2011, alerte 57, et *CCE* 2011, étude 13 ; C. Caron, *JCP E* 2011, n^o 179.

3222. Arrêté du 25 juin 2012 désignant l'office d'enregistrement chargé d'attribuer et de gérer les noms de domaine au sein des domaines de premier niveau du système d'adressage par domaines de l'Internet correspondant au « .fr », *JORF* n^o 149, 28 juin 2012, p. 10578. Cf. N. Dreyfus, « Un an de droit des noms de domaine », *CCE* 2012, chron. 11, n^o 4.

3223. *Cf.* B. Du Marais, « Le service public du nommage », *AJDA* 2003, chron. 1590.

3224. *Cf.* la liste sur le site <http://www.icann.org/en/resources/registries/listing>.

3225. Source : AFNIC, « Bureaux d'enregistrement : poursuite de la concentration », document disponible sur <http://www.afnic.fr/fr/ressources/publications/observatoire-du-marche-des-noms-de-domaine-en-france/edition-2012/bureaux-d-enregistrement-poursuite-de-la-concentration.html>. Pour l'annuaire des bureaux d'enregistrement, cf. <http://www.afnic.fr/fr/votre-nom-de-domaine/choisir-mon-bureau-d-enregistrement/annuaire-des-bureaux-d-enregistrement/>.

3226. <http://www.eurid.eu/en/eu-domain-names/registrar-list>.

3227. Cf. É. Tardieu-Guigues, qui qualifie d'obligation de moyen l'obligation du bureau d'enregistrement : « Attribution et contentieux des noms de domaine », *J.-Cl. Com.*, fasc. 805 (2011), n^o 37.

3228. V. ss 996-997.

3229. *Cf.* Rennes, 22 mai 2002, *JurisData* n^o 2002-206958 ; *LPA* 2004, n^o 13, p. 6, Chron. X. Daverat : « si le nom de domaine n'est pas reconnu en tant que tel par la loi, la jurisprudence lui accorde toutefois la même force juridique qu'une marque déposée ».

323. Civ. 3^e, 29 janv. 1971, *Bull. civ.* III, n^o 73.

3230. En ce sens, Douai, 9 sept. 2002, *D.* 2003. 62, obs. C. Manara ; *CCE* 2002, comm. 141, C. Caron. *Cf.* E. Bou Kather, « Le nom de domaine au sein du concept des signes distinctifs », *RLDI* 2005/11, n^o 336.

3231. G. Loiseau, « Nom de domaine et Internet : Turbulences autour d'un nouveau signe distinctif », *D.* 1999, chron. 9.

3232. TGI Versailles, réf., 5 juill. 2001, *Gaz. Pal.* 22 janv. 2003, p. 43, note P. Noguier.

3233. TGI Paris, 8 avr. 2005, *RLDI* 2005/8, n^o 234, et n^o 219, comm. E. Ledrich ; M. Malaurie-Vignal, « Les valeurs immatérielles et virtuelles de l'entreprise, entre protection et liberté », *D.* 2013. 1919, spéc. n^o 10.

3234. Sur la protection de ce nom de domaine, *cf.* TGI Paris, 29 janv. 2003, *LPA* 2005, n^o 101, p. 3, Chron. X. Daverat et P. Mozas.

3235. V. ss 975.

3236. Si la marque « hotels.com » a pu être enregistrée (marque communautaire n^o 7574684), c'est en tant que marque semi-figurative associant au nom de domaine des éléments visuels distinctifs.

3237. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 362.

3238. *Ibid.* ; cf. également F. Glaize et A. Nappey, « Le régime juridique du nom de domaine en question », *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, déc. 1999, n^o 120, p. 5.

3239. *Cf.* l'analyse de C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 199.

324. Civ. 1^{re}, 20 oct. : 1981, *Bull. civ.* I, n^o 300.

3240. T. com. Paris, réf., 28 janv. 2000, *CCE* 2000, comm. 63, C. Caron.

3241. TGI Paris, 28 nov. 2013, *RLDI* 2014/100, n° 3319, obs. J. De Romanet.

3242. *Cf.* le tableau comparatif dressé par C. Manara, *in Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 8 à 10.

3243. Versailles, 18 nov. 2004, *RLDI* 2005/2, n^o 50.

3244. TGI Nanterre, réf., 13 mars 2000, *JCP E* 2000, p. 1856, n^o 7, obs. M. Vivant ; *D.* 2000. Somm. 275, obs. A. Lepage.

3245. Cons. const. 6 oct. 2010, n^o 2010-45 QPC, *D.* 2010. 2285, note C. Manara ; *RLDI* 2010/65, n^o 2130, comm. E. Gillet ; *Gaz. Pal.* 13 déc. 2010, n^o 348, p. 10, note J. Arlettaz ; *Gaz. Pal.* 17 déc. 2010, n^o 351, p. 35, obs. F. Gilbert ; *CCE* 2010, comm. 121, C. Caron ; *CCE* 2011, étude 2, F. Sardain ; *Propr. ind.* 2011, étude 3, M.-E. Haas.

3246. *Cf.* not. Paris, 18 oct. 2000, *D.* 2001. 1379, obs. G. Loiseau ; *CCE* 2001, comm. 60, C. Caron ; TGI Paris, 30 juin 2000, *Expertises* 2001, n^o 248, p. 183, note F. Hercot ; T. com. Marseille, 26 oct. 2000, *D.* 2001. 546, obs. C. Manara ; TGI Paris, 29 janv. 2003, *LPA* 2005, n^o 101, p. 3, Chron. X. Daverat et P. Mozas ; Nîmes, 13 juin 2002, *CCE* 2003, comm. 41, P. Stoffel-Munck ; Versailles, 15 janv. 2013, *PIBD* 2013, n^o 978, III, 996.

3247. Paris, 18 oct. 2000, *D.* 2001. 1379, obs. G. Loiseau ; *CCE* 2001, comm. 60, C. Caron.

3248. T. com. Pontoise, 18 sept. 2007, *Expertises* 2008, n^o 327, p. 271, obs. M. Lecardonnell.

3249. C. Caron, « À la recherche de la nature juridique du nom de domaine », *CCE* 2001, comm. 60 ; G. Loiseau, « Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif », *D.* 1999. 245 ; J. Larrieu, *Droit de l'Internet*, Ellipses, 2^e éd., 2010, p. 52.

325. Civ. 1^{re}, 12 avr. 1956, *Bull. civ.* I, n^o 151.

3250. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 254.

3251. Pour une analyse, *cf.* C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 249 à 242.

3252. T. Revet, note sous CEDH 18 sept. 2007, *RTD. civ.* 2008. 503.

3253. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 252.

3254. Paris, 25 mai 2005, *D.* 2005. 1846, obs. C. Manara.

3255. TGI Nanterre, réf., 13 mars 2000, *JCP E* 2000, p. 1856, n^o 7, obs. M. Vivant ; *D.* 2000. Somm. 275, obs. A. Lepage ; dans le même sens, TGI Paris, 23 mars 1999, *D. affaires* 2000, p. 131, note M. Viala ; TGI Nanterre, 20 mars 2000, *CCE* 2000, comm. 64, note J.-C. Galloux ; Douai, 9 sept. 2002, *Expertises* 2002, n^o 265, p. 432 ; Paris, 22 janv. 2003, *LPA* 2003, n^o 13, p. 6, Chron. X. Daverat ; Paris, 7 mai 2003, *JCP E* 20 janv. 2005, 81, n^o 7, É. Tardieu-Guigues.

3256. TGI Strasbourg, réf., 29 mai 2001, *CCE* 2001, comm. 79, C. Le Stanc.

3257. Douai, 5 oct. 2011 (Saveurbière), *D.* 2011. 2861, obs. C. Manara ; *Propr. ind.* 2012, comm. 9, J. Larrieu ; *D.* 2012. 2344, obs. J. Larrieu ; *CCE* 2012, chron. 11, n^o 14, obs. N. Dreyfus ; *RLDI* 2011/77, n^o 2551, obs. M. Trézéguet ; *CCE* 2012, comm. 15, M. Chagny.

3258. T. com. Paris, 5 févr. 2010, *RTD com.* 2011. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2010, n^o 36, p. 846, obs. J.-M. Bruguière ; (« elle est seule propriétaire du nom de domaine et de la marque universalpressagency.com ») ; T. com. Paris, réf., 2 mars 2010, *Groupe Psychologies c./ 1001*, *legalis.net* (« attendu que la propriété du nom de domaine psychologie.fr, propriété de la société 1001, n'est plus contestée par Groupe Psychologies, propriétaire du nom de domaine psychologie.com [...] ») ; TGI Paris, 12 mars 2010, *RLDI* 2010/60, n^o 1978, obs. L. Costes (« attendu que la société Dreamnex, dont il est constant qu'elle exerce son activité sous le nom commercial "Sexy Avenue", notamment par le biais d'un site Internet éponyme proposant "des services de conseils, de shopping et de divertissement réservés aux adultes", et qui justifie par ailleurs être propriétaire du nom de domaine "sexyavenue.com" [...] ») ; jugement confirmé sur ce point par Paris, 17 avr. 2013, *D.* 2013. 1205, obs. C. Manara ; TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2168, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/68, n^o 2219, comm. N. Dreyfus ; *Propri. ind.* 2011, comm. 27, J. Larrieu (« le constat dressé par Maître X., huissier de justice, désigne nominativement Monsieur Benoît M. comme propriétaire du nom de domaine sncfusa.com »).

3259. « Le propriétaire du nom de domaine litigieux étant Julien L. [...] ».

326. *JO* 17 juin 2005, p. 10342 ; *CCE* 2005, comm. 139 ; v. ss 94 sur ce texte.

3260. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 253 ; cf. également n^o 247.

3261. Toulouse, 28 avr. 2010, *RLDI* 2010/61, n^o 2016, obs. L. Costes ; *D.* 2010. 1413, obs. C. Manara.

3262. Cf. not. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012 ; C. Caron, « La nouvelle loi du 22 mars 2011 sur les noms de domaine en <.fr> », *JCP E* n° 14, 7 avr. 2011, 179 ; J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n° 483 ; É. Tardieu-Guigues, « Attribution et contentieux des noms de domaine », *J.-Cl. Com.*, fasc. 805 (2011), n° 94 ; F. Sardain, « Noms de domaine », *J.-Cl. communication*, fasc. 4660 (2012), n° 49 ; A. Chavanne, J.-J. Burst, J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7^e éd., 2012, n° 1694 ; A. Lucas, J. Devèze et J. Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, n° 638 ; M. Vivant, « La propriété intellectuelle : un objet à redécouvrir », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Litec, coll. « IRPI », 2013, p. 5, spéc. p. 11.

3263. É. Tardieu-Guigues, « Attribution et contentieux des noms de domaine », *J.-Cl. Com.*, fasc. 805 (2011), n^o 61.

3264. J. Larrieu, Chron. « Droit du numérique », *D.* 2012. 2344.

3265. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 112 et 216.

3266. CEDH 18 sept. 2007, *Paeffgen GmbH*, CCE 2008, comm. 88, C. Caron ; *RTD civ.* 2008. 503, obs. T. Revet ; *D.* 2009. 1996, Chron. P. Tréfigny. Cf. A. Bouvel et F. Sardain, « Actualité des noms de domaine : le droit tenté par la diversité », *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 216.

3267. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 244.

3268. T. Revet, note sous CEDH 18 sept. 2007, *RTD civ.* 2008. 503.

3269. TA Montreuil, 9 févr. 2012, *RJF* 2012, n^o 7, p. 612 ; *RLDI* 2012/86, n^o 2896, obs. L. Costes ; *CCE* 2012, chron. 11, n^o 22, obs. N. Dreyfus.

327. V. ss 32 s.

3270. C. Caron, *CCE* 2012, repère 9.

3271. V. ss 981.

3272. *Cf.* B. Du Marais, « Le service public du nommage », *AJDA* 2003, chron. 1590 ; E. Gillet, note sous Cons. const. 6 oct. 2010, *RLDI* 2010/65, n^o 2130.

3273. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 200-201 ; C. Caron, « Marmande, avocat-divorce, art et les autres... », *CCE* 2012, repère 9.

3274. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 12.

3275. C. Manara, *op. cit.*, n^o 13.

3276. C. Manara, *op. cit.*, n^o 15.

3277. Cf. A. Debet, « Les chartes et autres usages du droit de l'Internet », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2008, n^o 4, p. 40.

3278. *Cf.* L.-M. Duong, « Les sources du droit d'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.* 2010. 783.

3279. É. Tardieu-Guigues, « Attribution et contentieux des noms de domaine », *J.-Cl. Com.*, fasc. 805 (2011), n^o 18.

328. Pour une analyse complète de ce texte, v. ss 102.

3280. *Cf.* C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 32 à 46.

3281. C. Manara, *op. cit.*, n^o 89 à 110.

3282. C. Manara, *op. cit.*, n^o 118.

3283. C. Manara, *op. cit.*, n^o 111.

3284. Loi n^o 2004-664 du 9 juill. 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, *JORF* n^o 159, 10 juill. 2004, p. 12483. *Cf.* les commentaires de M.-E. Haas, *Gaz. Pal.* 10 oct. 2004, n^o 284, p. 29 ; P. Achilleas, *CCE* 2004, étude 37.

3285. Décr. n^o 2007-162 du 6 févr. 2007 relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine de l'Internet et modifiant le Code des postes et des communications électroniques, *JORF* n^o 33, 8 févr. 2007, p. 2422 ; cf. F. Sardain, « Le nouveau régime d'attribution des noms de domaine français », *CCE* 2007, étude 8 ; P. Mozas, « Internet : l'État fait main basse sur le.fr », *LPA* 29 janv. 2008, n^o 21, p. 4 ; C. Manara, « Le décret relatif à l'attribution des noms de domaine français », *D.* 2007. 1740 ; A. Bouvel et F. Sardain, « Actualité des noms de domaine : le droit débordé par la technique », *Propri. intell.* 2008, n^o 26, p. 37.

3286. V. ss 922.

3287. CE 9 juill. 2010, req. n^o 337320, *Gaz. Pal.* 2 oct. 2010, n^o 275, p. 36, obs. B. Du Marais.

3288. Cons. const. 6 oct. 2010, n^o 2010-45 QPC, *D.* 2010. 2285, note C. Manara ; *RLDI* 2010/65, n^o 2130, comm. E. Gillet ; *Gaz. Pal.* 13 déc. 2010, n^o 348, p. 10, note J. Arlettaz ; *Gaz. Pal.* 17 déc. 2010, n^o 351, p. 35, obs. F. Gilbert ; *CCE* 2010, comm. 121, C. Caron ; *CCE* 2011, étude 2, F. Sardain ; *Propr. ind.* 2011, étude 3, M.-E. Haas.

3289. Loi n^o 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques, *JORF* n^o 69, 23 mars 2011, p. 5186. Cf. les commentaires de Y. El Shazly, *Expertises* 2011, n^o 361, p. 307 ; É. Tardieu-Guigues, *Légipresse* 2011, n^o 284, p. 373 ; N. Dreyfus, *Propri. ind.* 2011, alerte 57, et *CCE* 2011, étude 13 ; C. Caron, *JCP E* 2011, n^o 179.

329. V. ss 89.

3290. *Cf.* les obs. de J. Larrieu, *D.* 2011. 2363.

3291. Décr. n^o 2011-926 du 1^{er} août 2011 relatif à la gestion des domaines de premier niveau de l'Internet correspondant aux codes pays du territoire national, *JORF* n^o 0178, 3 août 2011, p. 13294.

3292. V. ss 953.

3293. Décr. n° 2012-951 du 1^{er} août 2012 relatif au financement du recueil et du traitement des réclamations relatives aux brouillages des services de communication audiovisuelle par les réseaux du service mobile dans la bande 800 MHz, *JORF* n° 0181, 5 août 2012, p. 12884.

3294. Arrêté du 25 juin 2012 désignant l'office d'enregistrement chargé d'attribuer et de gérer les noms de domaine au sein des domaines de premier niveau du système d'adressage par domaines de l'Internet correspondant au « .fr », *JORF* n^o 149, 28 juin 2012, p. 10578.

3295. http://predec.afnic.fr/medias/documents/Cadre_legal/charte-de-nommage_03-2013.pdf
(version du 15 mars 2013).

3296. Com. 11 juill. 2006, *CCE* 2006, comm. 146, H. Lécuyer ; *D.* 2006. 2097, obs. C. Manara.

3297. Règlement du Parlement européen et du Conseil, *JOUE* L 113, 30 avr. 2002, p. 1.
Cf. M.-E. Haas, « La création du TLD.eu : le développement de l'Internet dans l'Union européenne », *Gaz. Pal.* 20 juill. 2005, n^o 210, p. 23.

3298. Règlement de la Commission, *JOUE* L 162, 30 avr. 2004, p. 40. Cf. C. Manara, « Le nom de domaine s'est-il trouvé un régime ? », *CCE* 2004, étude 19.

3299. CJCE 17 févr. 2009, *Galileo*, aff. C-483/07 P, *Europe* 2009, comm. 149, E. Bernard ; CJCE 3 juin 2010, *Internetportal und Marketing GmbH contre Richard Schlicht*, aff. C-569/08, *Gaz. Pal.* 22 oct. 2010, n^o 295-296, p. 38, obs. V. Brunot et E. Renaud ; *CCE* 2010, comm. 109, C. Caron ; *Europe* 2010, comm. 189, L. Idot ; et CJUE 19 juill. 2012, *Pie Optiek SPRL*, aff. C-376/11, *Europe* 2012, comm. 403, L. Idot ; *CCE* 2012, chron. 11, n^o 21, obs. N. Dreyfus.

33. Com. 10 févr. 1998, *Bull. civ.* IV, n^o 71.

330. *JO* n^o 140, 17 juin 2005, p. 10342, texte n^o 26.

3300. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 118.

3301. http://www.eurid.eu/files/trm_con_FR.pdf.

3302. Le nom de domaine le plus long est
<http://www.iamtheproudownerofthelongestlongestlongestdomainnameinthisworld.com/>.

3303. Sur le renforcement des règles de l'ICANN à partir de 2001, *cf.* C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 89 à 112.

3304. Considérants 11 et 12.

3305. Art. 2.3.

3306. *Vocabulaire de l'informatique*, JORF n^o 91, 17 avr. 2008, p. 6412. Sur les différentes formes de *cybersquatting*, cf. N. Dreyfus, *Marques et Internet*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2011, n^o 184 à 212 ; C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit – Le droit à l'épreuve d'Internet*, Dalloz, coll. « Praxis », 2012, n^o 83-10 à 83-19.

3307. Par ex., TGI Paris, 26 août 2009, *D.* 2009. 2219, note C. Manara ; *RLDI* 2009/53, n^o 1751, comm. É. Tardieu-Guigues ; *RLDI* 2009/53, n^o 1757, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/63, n^o 2062, obs. J. Huet ; jugement confirmé par Paris, 19 oct. 2012, *D.* 2012. 2511, obs. C. Manara ; *RLDI* 2012/87, n^o 2910.

3308. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 127.

3309. CJUE 19 juill. 2012, *Pie Optiek SPRL*, aff. C-376/11, *Europe* 2012, comm. 403, L. Idot ; *CCE* 2012, chron. 11, n^o 21, obs. N. Dreyfus.

331. Ord. 16 juin 2005, préc., art. 1^{er}

3310. Art. 10, § 2, du règlement n^o 874/2004.

3311. TGI Paris, 24 mars 2000, *CCE* 2000, comm. 63, C. Caron (< calimero.org >) ; Paris, 17 févr. 2006, *Expertises* 2007, n^o 316, p. 266, obs. M. Lecardonnel (< carview.com > et < carview.fr >).

3312. TGI Paris, 16 mai 2008, *Propriété intellectuelle*, 2008, alerte 132, I. Meunier-Cœur (défaut d'originalité du titre « Devenir fonctionnaire », qui a donc pu être repris dans les noms de domaine < devenirfonctionnaire.com >, < devenirfonctionnaire.net >, < devenir-fonctionnaire.com > et < devenir-fonctionnaire.net >) ; TGI Paris, 14 janv. 2010, RG n° 09/12048, cité par M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propriété intellectuelle*, 2011, chron. 5, n° 37 (absence d'originalité du titre « Business Commando », qui a donc pu être repris dans le nom de domaine < businesscommando.com >).

3313. TGI Paris, 7 sept. 2001, *PIBD* 2002. 739, III, 169 (< Champ-pagne.com >) ; TGI Paris, 5 oct. 2007, RG n^o 05/16070 (< auchampagne.com >) ; TGI Paris, 9 avr. 2008, *Propri. ind.*, sept. 2008, comm. 60, P. Tréfigny-Goy ; *D.* 2009. 1996, obs. P. Tréfigny ; *cf.* également N. Olszak, « Pas de champagne.ch pour les biscuits de Champagne (VD) » : <http://www.juriscom.net/int/visu.php?ID=1065> (< champagne.ch>).

3314. TGI Versailles, réf., 14 avr. 1998, *JCP E* 1999, I, p. 952, n^o 23, obs. M. Vivant et C. Le Stanc (< www.champagnecereales.com > et >www.champagne-cereales.com >) ; TGI Paris, 25 mai 1999, *RLDI* 2001, n^o 139, p. 2, note R. Milchior (< galeries-lafayette.com >) ; TGI Hazebrouk, réf., 16 déc. 1999, *D.* 2000. 54, obs. C. Manara ; *CCE* 2000, comm. 63, C. Caron (< toulemondebochart.com > et < toulemonde-bochart.com >) ; TGI Paris, réf., 22 févr. 2000, *CCE* 2000, comm. 63, note C. Caron (< relais-chateau.com >) ; TGI Paris, 16 oct. 2001, *Expertises*, 2002, n^o 258, p. 156, note N. Marchet (www.air-france.com).

3315. TGI Marseille, réf., 18 déc. 1998, *JCP E* 1999, I, p. 952, n^o 23, obs. M. Vivant et C. Le Stanc (< lumipharma.com >) ; Paris, 19 oct. 2001, *CCE* 2002, comm. 3, C. Caron (< www.imaje-ink.com >) ; Rennes, 10 févr. 2004, *D.* 2004. 1808, obs. C. Manara ; pourvoi rejeté par Com. 7 juill. 2004, *Propri. ind.* 2004, comm. 79, P. Tréfigny ; *D.* 2004. 2151, obs. C. Manara (< rennesimmo.com >) ; Paris, 7 mars 2007, *RLDI* 2007/26, n^o 847, obs. L. Costes ; pourvoi rejeté par Com. 21 oct. 2008, *RLDI* 2008/43, n^o 1412, obs. L. Costes ; *RLDI* 2008/44, n^o 1441, obs. N. Dreyfus ; *CCE* 2008, comm. 134, C. Caron ; *D.* 2009. 410, obs. J. Huet (< hotel-meridien.fr >).

3316. TGI Paris, 28 juin 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 569 : confirmé en appel par Paris, 11 avr. 2008, RG n^o 06/15403 ; *JurisData* n^o 2008-361564.

3317. V. ss 812.

3318. Cf. les critiques d'É. Tardieu-Guigues, « L'article R. 20-40-45 relatif à l'attribution des noms de domaine du Code des postes et communications électroniques : l'expression de l'incertitude juridique », *RLDI* 2009/50, n^o 1657 ; A. Nappey, « L'affaire "Sunshine.fr" : un coup de soleil sur le droit français des noms de domaine ? », *RLDI* 2008/37, n^o 1148 ; et A. Bouvel et F. Sardain, « Actualité des noms de domaine : le droit tenté par la diversité », *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 216.

3319. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 132.

332. V. ss 102 s.

3320. Com. 13 déc. 2005, *JCP E* 2006, p. 1234, note C. Caron ; *D.* 2006. 63, obs. C. Manara ; *Propri. intell.* 2006, n^o 19, p. 128, note A. Bouvel ; *Propri. ind.* 2006, comm. 15, P. Tréfigny ; *CCE* 2006, comm. 21, C. Caron ; *CCC* 2006, comm. 26, M. Malaurie-Vignal ; *D.* 2006. 2930, note Y. Picod ; *RLDI* 2006/12, n^o 347, obs. L. Costes ; *Gaz. Pal.* 16-20 avr. 2006, p. 34, note V. Brunot.

3321. Cf., dans le même sens, à propos de la publicité, CJUE 11 juill. 2013, *Belgian Électronique*, aff. C-657/11, *Europe* 2013, comm. 422, F. Gazin : l'utilisation d'un nom de domaine constitue un acte de publicité ; en revanche, n'est pas englobé par cette notion l'enregistrement, en tant que tel, d'un nom de domaine.

3322. Com. 14 nov. 2006, *Bull. civ.* IV, n^o 221 ; Com. 20 févr. 2007, *RLDI* 2007/25, n^o 814, obs. J.-B. Auroux ; *RLDI* 2007/27, n^o 877, comm. s. Alma-Delettre ; *CCE* 2007, comm. 93, C. Caron ; Versailles, 13 sept. 2007, *Prop. ind.* 2007, comm. 95, obs. P. Tréfigny ; *RLDI* 2007/32, n^o 1065 ; Paris, 23 sept. 2009, *Prop. ind.* 2010, comm. 25, J. Larrieu ; *RLDI* 2009/55, n^o 1837, obs. C. Manara.

3323. Par ex., Paris, 30 nov. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2595, obs. L. Costes ; *PIBD* 2012, n^o 955, III, 106.

3324. Paris, 16 janv. 2008, *Propri. ind.* 2008, comm. 53, M.-E. Haas ; *RLDI* 2008/37, n^o 1147, obs. F. Sardain, et n^o 1148, obs. A. Nappey ; *CCE* 2008, comm. 53, C. Caron ; *LPA* 23 mars 2009, n^o 58, p. 14, note P. Mozas. L'arrêt a été cassé, mais seulement en raison d'une inapplicabilité du décret du 6 février 2007 aux faits de l'espèce : Com. 9 juin 2009, *D.* 2009. 1599, obs. C. Manara ; *RLDI* 2009/51, n^o 1662, obs. F. Sardain ; *Gaz. Pal.* 11 déc. 2009, n^o 345-346, p. 20, note N. Dreyfus ; *CCE* 2009, comm. 78, C. Caron ; *Propri. ind.* 2009, comm. 61, M.-E. Haas.

3325. É. Tardieu-Guigues, « L'article R. 20-40-45 relatif à l'attribution des noms de domaine du Code des postes et communications électroniques : l'expression de l'incertitude juridique », *RLDI* 2009/50, n^o 1657 ; M. Vivant (dir.), *Lamy droit du numérique*, 2013, n^o 2030.

3326. V. ss 1000 s.

3327. Pour un refus d'application de cette exception à l'usage d'un prénom, *cf.* Versailles, 27 avr. 2006, *RLDI* 2006/16, n^O 466, obs. L. Costes ; *PIBD* 2006, n^O 834, III, 505 (« Milka »).

3328. Par ex. : TGI Paris, 26 juin 2009, RG n^o 07/09074, cité par M.-E. Haas, « Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propriété intellectuelle* 2010, chron. 5, n^o 47 : refus d'application de l'exception au titulaire du nom de domaine < bachfilms.com > au motif que, bien que faisant usage de son patronyme, il ne pouvait ignorer l'existence de la marque antérieure « Bac Films » et du risque de confusion dans l'esprit du public.

3329. Com. 21 juin 2011, *Rev. dt. rur.* 2011, comm. 107, C. LEBEL ; *Propri. intell.* 2011, n^o 41, p. 416, obs. M. Sabatier.

333. V. en particulier, art. 1369-1, C. civ.

3330. Paris, 4 janv. 2012, RG n° 10/05115, legalis.net ; Cf. N. Dreyfus, « Un an de droit des noms de domaine », *CCE* 2012, chron. 11, n° 13.

3331. V. ss 812 s.

3332. V. ss 952.

3333. En ce sens, J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 156, et C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 153.

3334. Paris, 19 oct. 2005, *D.* 2006. 221, note C. Manara ; Com. 7 juin 2006, *PIBD* 2006, n^o 840, III, 732 ; *D.* 2006. 2030, obs. C. Manara ; *Propri. ind.* 2006, comm. 64, P. Tréfigny ; Paris, 1^{er} oct. 2010, *Propri. intell.* 2011, n^o 38, p. 120, obs. M. Sabatier ; TGI Paris, 8 juill. 2011, *Légipresse* 2011, n^o 287, p. 530 ; *PIBD* 2012, n^o 857, III, 175 ; TGI Paris, 27 juin 2013, *PIBD* 2013, n^o 993, III, 1526.

3335. Rennes, 10 oct. 2006, *D.* 2006. 64, obs. C. Manara ; *RLDI* 2006/21, n^o 647, obs. L. Costes.

3336. Dans le même sens, TGI Nanterre, 21 janv. 2002, *RLDA* 2002/47, n^o 3006 ; Versailles, 22 nov. 2001, *CCE* 2002, comm. 56, C. Caron.

3337. Pour une description du mécanisme, *cf.* C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 366, et « Sedo est bien un hébergeur ! », *RLDI* 2009/55, n^o 1837 ; E. Gillet, « *Domaining* et sites parking : enjeux et responsabilités », *RLDI* 2010/62, n^o 2056.

3338. En ce sens, Rennes, 10 oct. 2006, *D.* 2006. 64, obs. C. Manara ; *RLDI* 2006/21, n^o 647, obs. L. Costes.

3339. *Cf.* not. Paris, 7 mars 2007, *RLDI* 2007/26, n^o 847, obs. L. Costes ; pourvoi rejeté par Com. 21 oct. 2008, *RLDI* 2008/43, n^o 1412, obs. L. Costes ; *RLDI* 2008/44, n^o 1441, obs. N. Dreyfus ; *CCE* 2008, comm. 134, C. Caron ; *D.* 2009. 410, obs. J. Huet (condamnation du titulaire du nom de domaine < hotel-meridien.fr > pour atteinte à la marque renommée « Méridien », au motif que son enregistrement et son « exploitation commerciale par le procédé d'une vente aux enchères et de placement de liens hypertextes publicitaires » constituaient, au sens du droit des marques, une exploitation injustifiée) ; TGI Paris, 12 mars 2010, *RLDI* 2010/60, n^o 1978, obs. L. Costes (contrefaçon de la marque « Sexy Avenue » par les noms de domaine < sexyavenue.biz >, < sexyavenue.info> et autres, offerts à la vente aux enchères) ; jugement confirmé sur ce point par Paris, 17 avr. 2013, *D.* 2013. 1205, obs. C. Manara ; *cf.* également Paris, 23 sept. 2009, *RLDI* 2009/55, n^o 1837, obs. critiques C. Manara ; *Propr. ind.* 2010, comm. 25, J. Larrieu ; et TGI Paris, 6 déc. 2013, *RLDI* 2014/100, n^o 3320, obs. L. Costes.

334. CJUE 5 juill. 2012, *Content Services Ltd. C/Bundesarbeitskammer*, aff. C-49/11, *RLDI* 2012, n^o 92, p. 32, note J. Huet ; *CCE* 2012, comm. n^o 110, note G. Loiseau ; *CCC* 2012, comm. n^o 92, G. Raymond.

3340. V. ss 998.

3341. Douai, 30 août 2011, RG n^o 10/00354, cité par M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propriété industrielle*, 2012, chron. 5, n^o 20 (contrefaçon de la marque « Bakker » par le nom de domaine < willemse.com >, redirigeant vers le site < bakker.fr > sur lequel étaient vendus des produits identiques à ceux désignés par la marque).

3342. Paris, 19 oct. 2001, *CCE* 2001, comm. 3, C. Caron ; *RJC* 2004, n^o 5, p. 345, Chron. H. Alterman et J. Zimmermann. À rapprocher de Paris, 17 oct. 2007, *CCE* 2008, comm. 41, M. Chagny (nom de domaine composé d'un patronyme redirigeant les internautes vers le site web d'un concurrent).

3343. TGI Paris, réf., 10 avr. 2006, *RLDI* 2006/16, n^o 467.

3344. Paris, 30 nov. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2595, obs. L. Costes ; *PIBD* 2012, n^o 955, III, 106.

3345. *Cf.*, en ce sens, le jugement de première instance rendu dans cette affaire : TGI Paris, 2 avr. 2009, *RLDI* 2009/53, n^o 1759, obs. L. Costes.

3346. TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2011/68, n^o 2230, obs. M. Trézéguet.

3347. Dans le même sens, TGI Paris, 25 juin 2009, RG n^o 09/00823, cité par M.-E. Haas, « Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propriété intellectuelle* 2010, chron. 5, n^o 38 (< voyanet.com >).

3348. TGI Paris, 1^{er} oct. 2010, *RLDI* 2010/65, n^o 2137, obs. M. Trézéguet ; *Propri. ind.* 2010, comm. 79, P. Tréfigny-Goy.

3349. V. ss 816-817.

335. J. Huet, note sous CJUE 5 juill. 2012, préc. ; plus précisément sur ce point, v. ss 261.

3350. Paris, 9 avr. 2008, RG n^o 07/5649 ; *cf.* N. Dreyfus, *Marques et Internet*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2011, n^o 353.

3351. Com. 20 févr. 2007, *RLDI* 2007/25, n^o 814, obs. J.-B. Auroux ; *RLDI* 2007/27, n^o 877, comm. s. Alma-Delette ; *CCE* 2007, comm. 93, C. Caron.

3352. Com. 23 janv. 2007, *CCE* 2007, comm. 55, C. Caron ; *CCC* 2007, comm. 100, M. Malaurie-Vignal ; *Propr. ind.* 2007, comm. 27, P. Tréfigny et comm. 35, J. Larrieu ; *RLDI* 2007/26, n^o 839, comm. J. Lacker ; *D.* 2007. 795, obs. C. Manara.

3353. TGI Paris, 7 janv. 2009, RG n^o 07/04819, cité par M.-E. Haas, « Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propriété intellectuelle* 2010, chron. 5, n^o 36 (absence de contrefaçon de la marque « Le Cadeau Nouvelles Frontières »).

3354. Paris, 28 janv. 2003, *D.* 2003. 690, obs. C. Manara.

3355. Paris, 26 oct. 2012, RG n^o 12/00612. *Cf.* C. Le Goffic, « “Champagne” pour les signes distinctifs », *Propri. intell.* 2013, n^o 49, p. 373, spéc. p. 376.

3356. TGI Paris, 26 oct. 2010, RG n^o 10/07870 ; *cf.* N. Dreyfus, « Un an de droit des noms de domaine », *CCE* 2011, chron. 11, n^o 19.

3357. V. ss 885 s.

3358. V. ss 825.

3359. Com. 13 déc. 2005, *JCP E* 2006, p. 1234, note C. Caron ; *D.* 2006. 63, obs. C. Manara ; *Propri. intell.* 2006, n^o 19, p. 128, note A. Bouvel ; *Propri. ind.* 2006, comm. 15, P. Tréfigny ; *CCE* 2006, comm. 21, C. Caron ; *CCC* 2006, comm. 26, M. Malaurie-Vignal ; *D.* 2006. 2930, note Y. Picod ; *RLDI* 2006/12, n^o 347, obs. L. Costes ; *Gaz. Pal.* 16-20 avr. 2006, p. 34, note V. Brunot.

336. C. civ., art. 1369-2.

3360. Com. 14 nov. 2006, *Bull. civ.* IV, n^o 221 ; Com. 20 févr. 2007, *RLDI* 2007/25, n^o 814, obs. J.-B. Auroux ; *RLDI* 2007/27, n^o 877, comm. s. Alma-Delettre ; *CCE* 2007, comm. 93, C. Caron ; Versailles, 13 sept. 2007, *Prop. ind.* 2007, comm. 95, obs. P. Tréfigny ; *RLDI* 2007/32, n^o 1065 ; Paris, 23 sept. 2009, *Prop. ind.* 2010, comm. 25, J. Larrieu ; *RLDI* 2009/55, n^o 1837, obs. C. Manara ; Versailles, 15 janv. 2013, *PIBD* 2013, n^o 978, III, 996.

3361. TGI Digne, 20 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2167, obs. M. Trézéguet.

3362. TGI Paris, 4 avr. 2007, *RLDI* 2007/32, n^o 1067.

3363. Paris, 19 oct. 2005, *D.* 2006. 221, obs. C. Manara ; *D.* 2006. 785, obs. P. Tréfigny.

3364. TGI Paris, 6 oct. 2009, *RLDI* 2009/54, n^o 1786, obs. M. Trézéguet ; déjà, en référé, TGI Paris, réf., 19 mars 2009, *RLDI* 2009/48, n^o 1574, obs. M. Trézéguet.

3365. TGI Paris, 27 janv. 2012, RG n° 10/09708, legalis.net ; jugement confirmé sur ce point par Paris, 2 oct. 2013, *RLDI* 2013/99, n° 3283, obs. J. De Romanet. *Cf.* également TGI Strasbourg, 12 avr. 2012, *PIBD* 2012, n° 964, III, 438 (« Dieti-Forme »).

3366. V. ss 849.

3367. Paris, 4 juill. 2008, *RLDI* 2008/41, n^o 1347, obs. C. Manara ; *D.* 2009. 1185, note J. Huet ; dans le même sens, Paris, 7 mars 2007, *PIBD* 2007, n^o 853, III, 377 ; TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2011/68, n^o 2230, obs. M. Trézéguet. *Cf.* également Versailles, 8 janv. 2003, *Propri. intell.* 2003, n^o 7, p. 216, obs. X. Buffet-Delmas (atteinte constituée par le nom de domaine d'un « site en construction »).

3368. TGI Paris, 8 oct. 2010, RG n^o 07/01247 ; *cf.* M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propri. ind.* 2011, chron. 5, n^o 30.

3369. J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 382. Dans le même sens, A. Bouvel, « La clarification du régime juridique des noms de domaine », *Propri. intell.* 2006, n^o 19, p. 128.

337. C. civ., art. 1369-3.

3370. A. Bouvel, préc.

3371. TGI Nanterre, 14 mars 2005, *RLDI* 2005/4, n⁰ 116, obs. L. Costes.

3372. Versailles, 27 avr. 2006, *RLDI* 2006/16, n^o 466, obs. L. Costes ; *PIBD* 2006, n^o 834, III, 505.

3373. Paris, 19 nov. 2010, n^o 09/22653 ; *cf.* M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propriété ind.* 2011, chron. 5, n^o 31.

3374. TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2168, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/68, n^o 2219, obs. N. Dreyfus ; *Propr. ind.* 2011, comm. 27, J. Larrieu.

3375. TGI Paris, 7 juin 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 568.

3376. Com. 20 févr. 2007, *RLDI* 2007/28, n^o 906, note D. Forest et E. Dangleterre ;
Expertises 2008, p. 139, note Y. El Shazly.

3377. V. ss 952.

3378. TGI Paris, 7 sept. 2001, *PIBD* 2002. 739, III, 169.

3379. TGI Paris, 5 oct. 2007, n^o 05/160/70.

338. Par ex. pour l'offre de prêt immobilier, C. consom., art. L. 312-7.

3380. TGI Paris, 9 avr. 2008, *Propriété ind.*, sept. 2008, comm. 60, P. Tréfigny-Goy ; *D.* 2009. 1996, obs. P. Tréfigny ; *cf.* également N. Olszak, « Pas de champagne.ch pour les biscuits de Champagne (VD) » : [http://www.juriscom.net/int/visu.php ?ID=1065](http://www.juriscom.net/int/visu.php?ID=1065).

3381. Paris, 3 nov. 2010, *Propriété ind.* 2010, comm. 40, P. Tréfigny.

3382. Cf. C. Le Goffic, *La protection des indications géographiques*, Litec, 2010, n^o 193 à 199.

3383. Paris, 26 oct. 2012, RG n^o 12/00612. *Cf.* C. Le Goffic, « “Champagne” pour les signes distinctifs », *Propri. intell.* 2013, n^o 49, p. 373, spéc. p. 376.

3384. Par ex., TGI Versailles, réf., 14 avr. 1998, *JCP E* 1999, I, p. 952, n^o 23, obs. M. Vivant et C. Le Stanc (< www.champagnecereales.com > et < www.champagne-cereales.com > : risque de confusion entre ces noms de domaine et la dénomination sociale « Champagne Céréales ») ; TGI Marseille, réf., 18 déc. 1998, *JCP E* 1999, I, p. 952, n^o 23, obs. M. Vivant et C. Le Stanc (usage du nom de domaine < lumipharma.com > susceptible d'entraîner un risque de confusion avec la marque « Lumipharma ») ; Paris, 19 oct. 2001, *CCE* 2002, comm. 3, C. Caron (usurpation de la dénomination sociale « Imaje Ink » par l'usage du site < www.imaje-ink.com >) ; Paris, 7 mars 2007, *RLDI* 2007/26, n^o 847, obs. L. Costes ; pourvoi rejeté par Com. 21 oct. 2008, *RLDI* 2008/43, n^o 1412, obs. L. Costes ; *RLDI* 2008/44, n^o 1441, obs. N. Dreyfus ; *CCE* 2008, comm. 134, C. Caron ; *D.* 2009. 410, obs. J. Huet (nom de domaine < hotel-meridien.fr > portant atteinte au nom commercial « Hôtel Méridien »).

3385. Versailles, 15 janv. 2013, *PIBD* 2013, n^o 978, III, 996.

3386. Rennes, 10 févr. 2004, *D.* 2004. 1808, obs. C. Manara ; pourvoi rejeté par Com. 7 juill. 2004, *Propri. ind.* 2004, comm. 79, P. Tréfigny ; *D.* 2004. 2151, obs. C. Manara (atteinte à la dénomination sociale « Rennes Immo » constituée par l'usage du nom de domaine < rennesimmo.com >).

3387. TGI Paris, 23 mars 1999, *RLDI* 1999/5, n^o 114, obs. s. Hirsch ; *D.* 2000. 131, note M. Viala (dénomination sociale « Alice » et nom de domaine < alice.fr >).

3388. TGI Paris, 28 juin 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 569 ; confirmé en appel par Paris, 11 avr. 2008, RG n^o 06/15403 ; *JurisData* n^o 2008-361564.

3389. *Cf.*, très explicite, Versailles, 16 mars 2004, *Propri. ind.* 2005, comm. 5, P. Tréfigny : absence de contrefaçon de la marque « Patrimoine Management & Technologies » par l'enregistrement du nom de domaine < patrimoine.fr > (le nom étant générique et le site non exploité), mais fraude aux droits du titulaire de la marque (la seule intention du déposant étant de le contraindre à racheter le nom de domaine).

339. Proposition de règlement sur « l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur », 4 juin 2012, COM (2012) 238 final, préc.

3390. Pour une décision dans laquelle la fraude n'a pu être prouvée : Paris, 26 sept. 2012, RG n^o 10/22304 (« la fraude n'est pas caractérisée par la société qui se borne en définitive à souligner que l'enregistrement des noms de domaine a suivi de près l'annonce de presse, or, la seule chronologie des faits ne saurait être retenue, à défaut d'être étayée par tout autre élément, comme constituant la preuve de la fraude invoquée »).

3391. Com. 19 déc. 2006, *CCE* 2007, comm. 36, C. Caron.

3392. CJCE 11 juin 2009, *Lindt*, aff. C-529/07, *D.* 2009. 2396, obs. T. Lancrenon ; *Propri. ind.* 2009, comm. 52, A. Folliard-Monguiral ; *Propri. intell.* 2009, n^o 32, p. 291, obs. G. Bonet.

3393. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 339.

3394. CJCE 3 juin 2010, *Internetportal und Marketing GmbH contre Richard Schlicht*, aff. C-569/08, *Gaz. Pal.* 22 oct. 2010, n^o 295-296, p. 38, obs. V. Brunot et E. Renaud ; *CCE* 2010, comm. 109, C. Caron ; *Europe* 2010, comm. 189, L. Idot.

3395. Cf. A. Nappey, « La charte de nommage du “.fr” devant la justice », *RLDI* 2005/2, n^o 48.

3396. TGI Versailles, réf., 14 déc. 2004, *RLDI* 2005/2, n^o 48, obs. A. Nappey ; TGI Versailles, réf., 25 avr. 2006, *RLDI* 2006/18, n^o 531, comm. F. Glaize et A. Nappey.

3397. TGI Versailles, réf., 25 avr. 2006, *RLDI* 2006/18, n^o 531, comm. F. Glaize et A. Nappey.

3398. V. ss 784. Pour un cas de transfert de marque et de nom de domaine : Nancy, 16 janv. 2012, *PIBD* 2012, n^o 962, III, 356 (« Burning Man » et < burning-man.fr >).

3399. TGI Paris, 30 nov. 2001, *CCE* 2002, comm. 84, L. Grynbaum.

34. A. Penneau, « La forme et la preuve du contrat électronique », in J. Rochfeld (dir.), *L'acquis communautaire, Le contrat électronique*, Economica, 2010, p. 255 s.

340. Décr. n^o 2011-144, 2 févr. 2011, *JO* 4 févr. 2011, texte 19.

3400. TGI Paris, 14 mars 2007, *Gaz. Pal.* 18 juill. 2007, p. 37, obs. L. Tellier-Loniewski et A.-S. Cantreau ; *Propri. ind.*, nov. 2007, comm. 92, obs. J. Larrieu.

3401. TGI Paris, 26 août 2009, *D.* 2009. 2219, note C. Manara ; *RLDI* 2009/53, n^o 1751, comm. É. Tardieu-Guigues ; *RLDI* 2009/53, n^o 1757, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/63, n^o 2062, obs. J. Huet ; jugement confirmé par Paris, 19 oct. 2012, *D.* 2012. 2511, obs. C. Manara ; *RLDI* 2012/87, n^o 2910.

3402. TGI Nanterre, 28 juin 2012, *RLDI* 2012/87, n^o 2925, obs. J. D.

3403. Versailles, 16 mars 2004, *Propriété industrielle*, 2005, comm. 5, P. Tréfigny.

3404. TGI Nanterre, 28 juin 2012, *RLDI* 2012/87, préc.

3405. TGI Hazebrouk, réf., 16 déc. 1999, *D.* 2000. 54, obs. C. Manara ; *CCE* 2000, comm. 63, C. Caron.

3406. TGI Paris, 16 avr. 2010, RG n^o 08/14780 : *cf.* N. Dreyfus, « Un an de droit des noms de domaine », *Propri. ind.* 2010, chron. 11, n^o 14.

3407. TGI Paris, 18 mars 2011, RG n^o 09/16679, cité par M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propriété ind.* 2012, chron. 5, n^o 7.

3408. Paris, 17 févr. 2006, *Expertises* 2007, n^o 316, p. 266, obs. M. Lecardonnell.

3409. V. ss 1000 s.

341. ARCEP, Avis n^o 2010-0764 du 6 juillet 2010 relatif au projet de décret pris en application de l'art. 1369-8 du Code civil relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique, *JO* 4 févr. 2011, texte n^o 86.

3410. Sur ces sanctions, v. ss 991 s.

3411. *Cf.* les obs. de C. Manara, in *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 129.

3412. *Cf.* not. Paris, 15 déc. 2000, *D.* 2001. 1298, obs. G. Bonet.

3413. TGI Nanterre, réf., 13 mars 2000, *JCP E* 2000, p. 1856, n^o 7, obs. M. Vivant ; *D.* 2000. Somm. 275, obs. A. Lepage.

3414. Cf. Y. El Shazli, « Noms de domaine, “cybersquatting” et campagne présidentielle », *Propr. ind.* 2007, étude 8.

3415. Paris, 29 janv. 2003, *Bull. Joly* 2003, n^o 6, p. 686, note P. Le Cannu (< dassault.com >) ; TGI Nanterre, réf., 29 juin 2000, legalis.net (< lilianebettencourt.com >) ; TGI Paris, 28 juin 2000, *CCE* 2000, comm. 120, A. Lepage (< www.multimania.com/pasqua>).

3416. Paris, 17 oct. 2007, *CCE* 2008, comm. 41, M. Chagny.

3417. *Cf.* TGI Paris, réf., 5 janv. 2009, *RLDI* 2009/46, n^o 1520, obs. L. Costes ;
cf. L. Marino, « Un an de droit des noms de domaine », *CCE* 2009, chron. 10, n^o 12
(<comtedeparis.fr>).

3418. TGI Nanterre, réf., 28 juin 2004, *Association des centres distributeurs E. Leclerc / Amen, Stéphane H.*, legalis.net (cité par C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 130).

3419. TGI Paris, réf., 12 juill. 2004, RG n° 04/57196, legalis.net (cité *ibid.*). Cf. également TGI Paris, réf., 22 mai 2007, *RLDI* 2008/36, n° 1213, obs. J.-B. Auroux (< francoisetenenbaum.fr >) ; dans le même sens, en application du décret du 6 février 2007, TGI Saint-Malo, réf., 7 mars 2008, *RLDI* 2008/36, n° 1214, obs. J.-B. Auroux (< louisl....fr >).

342. CE, 6^e et 1^{re} s.-sect. réunies, 22 oct. 2010, *Sté Document Channel*, req. n^o 330216.

3420. Cf. M. Chawki et Y. El Shazli, « L'usurpation d'identité sur Internet », *RLDI* 2012/86, n^o 2903 ; M. Griguer, « Le point sur la lutte contre l'usurpation d'identité numérique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2011, n^o 4, p. 62.

3421. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 140.

3422. Règlement (CE) n^o 1654/2005 de la Commission du 10 oct. 2005, *JOUE* L 266, 11 oct. 2005, p. 35.

3423. CJCE 17 févr. 2009, *Galileo*, aff. C-483/07 P, *Europe* 2009, comm. 149, E. Bernard.

3424. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 138.

3425. Cf. C. Le Goffic, *La protection des indications géographiques*, Litec, 2010, n^o 562 à 567 ; et la note de F. Fagjenbaum et T. Lachacinski sous Paris, 12 déc. 2007, *Propri. intell.*, avr. 2008, p. 172.

3426. *Cf.* TGI Draguignan, 21 août 1997, *Legicom* 1997, n^o 15 p. 91, note É. Barbry.

3427. TGI Paris, 6 juill. 2007, *RLDI* 2007/31, n^o 1027, obs. J. Lackner ; *Propri. ind.* 2007, comm. 84, J. Larrieu.

3428. Com. 10 juill. 2012, *RLDI* 2012/85, n^o 2853, obs. M. Trézéguet ; *CCE* 2012, repère 9, C. Caron ; *Propri. intell.* 2012, n^o 45, p. 445, obs. M. Sabatier ; *D.* 2012. 2768, obs. Y. Auguet ; *Propri. ind.* 2013, comm. 12, É. Ricbourg-Attal.

3429. Cf. J. Larrieu, « Un an de protection des noms des communes », *Propriété industrielle*, avr. 2008, chron. 3 ; et C. Le Goffic, *La protection des indications géographiques*, Litec, 2010, n^o 562 à 567.

343. Par ex. caractères très apparents des clauses d'exclusion, C. assur., art. L. 112-4.

3430. Versailles, 29 mars 2000, *D.* 2000. 909, obs. F. Hercot ; *Expertises* 2000, n^o 239, p. 232, note F. Beaujard ; *Gaz. Pal.* 19 juill. 2000, n^o 201, p. 38, obs. É. Barbry.

3431. TGI Draguignan, 21 août 1997, *Legicom* 1997, n^o 15 p. 91, note É. Barbry.

3432. Paris, 28 janv. 2003, *D.* 2003. 690, obs. C. Manara.

3433. TGI Nanterre, réf., 30 janv. 2007, *Propriété ind.* 2007, comm. 46, note J. Larrieu ; *RLDI* 2007/28, n^o 907, obs. F. Glaize et A. Nappey.

3434. Versailles, 13 sept. 2007, *Propriété ind.* 2007, comm. 95, obs. P. Tréfigny ; *RLDI* 2007/32, n^o 1065.

3435. Versailles, 13 sept. 2007, préc.

3436. TGI Paris, 6 juill. 2007, *Propriété ind.*, oct. 2007, comm. 84, obs. J. Larrieu.

3437. TGI Paris, 14 mars 2007, *Gaz. Pal.* 18 juill. 2007, p. 37, obs. L. Tellier-Loniewski et A.-S. Cantreau ; *Propri. ind.*, nov. 2007, comm. 92, obs. J. Larrieu.

3438. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 145.

3439. *Ibid.*

344. Par ex. pour la rétractation dans la vente par démarchage, C. consom., art. L. 121-17, I, 2°.

3440. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 144.

3441. Par ex. : < desirsex.com > et < desir-sexe.com > (Paris, 19 oct. 2005, *D.* 2006. 221, obs. C. Manara ; *D.* 2006. 785, obs. P. Tréfigny) ; < annuaire-des-cons.com > (TGI Nice, réf., 28 mars 2002, *D.* 2002. 2255, obs. C. Manara ; *CCE* 2002, comm. 137, A. Lepage) ; < jete baise.com > (TGI Paris, 20 juin 2003, *LPA* 2004, n^o 59, p. 4, Chron. P. Fernandez ; *LPA* 2005, n^o 101, p. 3, Chron. X. Daverat et P. Mozas).

3442. Com. 29 mars 2011, *Propr. intell.* 2011, n^o 40, p. 323, obs. M. Sabatier.

3443. TGI Paris, réf., 9 juill. 2004, *Gaz. Pal.* 19 avr. 2005, n^o 109, p. 30, obs. A. Cousin.

3444. <http://www.afnic.fr/fr/ressources/documents-de-reference/chartes/termes-soumis-a-examen-prealable/>.

3445. Par ex. : « abus-de-pouvoir », « antisemitisme », « fascisme », « nazi »...

3446. Par ex. : « assassinat », « incestes », « pédophilie », « prostitution »...

3447. Par ex. : « chretien », « juif », « musulman », « syndicat »...

3448. Par ex. : « casque-bleu », « onu », « wipo »...

3449. Par ex. : « internic », « nic », « registrar »...

345. Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, « Rapport P. Catala », 22 sept. 2005, spéc. p. 61 s.

3450. Par ex. : « avocat », « docteur », « notaire », « pharmacien »...

3451. Par ex. : « e-mail », « intranet », « ftp »...

3452. Par ex. : « absinthe », « amphetamine », « toxicomanie », « mere-porteuse », « IVG »
(à propos de ce dernier terme, *cf.* décis. AFNIC, 31 juill. 2013, n^o FR-2013-00392)...

3453. Par ex. : « agence », « entreprise », « cooperative », « sarl »...

3454. Par ex. : « maison-close », « racisme », « torture »...

3455. Par ex. : « mairie », « president », « universite »...

3456. *Cf. C. Manara, Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 314.

3457. Toulouse, 15 févr. 2001, *D.* 2001. AJ 3345, obs. C. Manara ; *CCE* 2002, comm. 25, L. Grynbaum ; *LP4* 14 mai 2002, n^o 96, p. 9, note C. Mas-Bellissent.

3458. Civ. 1^{re}, 4 mai 2012, *D.* 2012. 1540, obs. C. Manara ; *CCE* 2012, repère 9, C. Caron ; *CCE* 2012, chron. 11, n^o 16, obs. N. Dreyfus. Dans le même sens, TGI Paris, 8 avr. 2009, RG n^o 07/15826, cité par M.-E. Haas, « Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propri. ind.* 2010, chron. 5, n^o 44 (< comptoirdupharmacien.fr >).

3459. *Cf.* Cons. conc. n^o 00-D-32 du 9 juin 2000, *D.* 2000. 391, obs. C. Manara.

346. V. ss 21.

3460. *Cf. s.* Alma-Delette, « Marque – nom de domaine : le champ de protection des termes usuels », *RLDI* 2007/27, n^o 877.

3461. TGI Lille, réf., 10 juill. 2001, *Expertises* 2001, n^o 253, p. 382, obs. J. Larrieu ;
Gaz. Pal. 12 juill. 2002, n^o 193, p. 24, obs. M.-E. Haas et V. Brunot.

3462. J. Lacker, note sous Com. 23 janv. 2007, *RLDI* 2007/26, n^o 839.

3463. Sur la protection de ce nom de domaine, *cf.* TGI Paris, 29 janv. 2003, *LPA* 2005, n^o 101, p. 3, Chron. X. Daverat et P. Mozas.

3464. Paris, 8 oct. 2003, *D.* 2004. Somm. 1157, obs. Y. Auguet.

3465. Paris, 5 mars 2003, *D.* 2004. Somm. 1158, obs. N. Dorandieu.

3466. Paris, réf., 27 févr. 2004, RG n° 03/12096, legalis.net.

3467. Paris, 28 janv. 2004, *Propriété ind.* 2004, comm. 72, P. Tréfigny.

3468. Paris, 25 mai 2005, *D.* 2005. 1846, obs. C. Manara.

3469. Douai, 9 sept. 2002, *D.* 2003. 62, obs. C. Manara ; *CCE* 2002, comm. 141, C. Caron ; *Propri. intell.* 2003, n^o 9, p. 451, obs. J. Passa.

347. Nancy, ch. Civ. 2^e, 14 févr. 2013, RG n^o 12/01383, *Sté Carrefour Banque c/ X.*, *JurisData* n^o 2013-004062 ; *CCE* 2013, étude n^o 11, E. Caprioli.

3470. Douai, 9 sept. 2002, préc.

3471. Com. 8 avr. 2008, *PIBD* 2008, n^o 876, III, p. 374 ; *RLDI* 2008/5, n^o 1164, obs. L. Costes ; *RLDI* 2008/6, n^o 1290, obs. J. Lacker ; *Propr. intell.* 2008, n^o 7, p. 359, note J. Passa ; *Propr. ind.* 2009, comm. 27, C. Le Goffic.

3472. V. ss 1023 s.

3473. En ce sens, J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n^o 507.

3474. Cf. M.-E. Haas, « Les noms de domaine en Europe : le.de pour l'Allemagne et le.fr pour la France, ressemblances et différences », *Propr. ind.* 2010, étude 2.

3475. Pour une application : Versailles, 8 déc. 2005, *RLDI* 2006/15, n^o 437.

3476. *Cf.* C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 169 à 172.

3477. Par ex., Versailles, 15 janv. 2013, *PIBD* 2013, n^o 978, III, 996 (inscription d'un tiers en tant qu'administrateur du site concerné).

3478. En ce sens, Versailles, 8 déc. 2005, *RLDI* 2006/15, n^o 437.

3479. Art. 16 du règlement n^o 874/2004 ; art. 8.2 de la charte de nommage de l'AFNIC.

348. Loi type CNUDCI sur la signature électronique, adopté en Assemblée générale le 12 décembre 2001, A/RES/56/80, www.uncintral.org.

3480. *Cf.* N. Dreyfus, « La défense des marques sur l'Internet confrontée à la protection des données personnelles : l'anonymisation des Whois », *CCE* 2008, étude 20.

3481. Paris, 10 mai 2011 : *cf.* M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propri. ind.* 2012, chron. 5, n^o 40.

3482. V. ss 996-997.

3483. http://www.eurid.eu/files/trm_con_FR.pdf.

3484. V. ss 550.

3485. V. ss 900.

3486. Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, *RTD com.* 2004. 254, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2004. 276, obs. C. Manara.

3487. *Cf.* É. Tardieu-Guigues, « Questionnement sur le droit des marques : Internet est-il le révélateur de ses limites ? », *RLDI* 2005/10, n^o 304.

3488. *Cf.* O. Cachard, « Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de focalisation », *RLDI* 2010/17, n^o 2098.

3489. Com. 11 janv. 2005, *CCE* 2005, comm. 37, C. Caron ; *Propri. intell.* 2005, n^o 15, p. 203, obs. X. Buffet-Delmas ; *Propri. ind.* 2005, étude 9, J. Larrieu ; Com. 23 nov. 2010, *CCE* 2011, comm. 11, C. Caron ; Com. 7 déc. 2010, *CCC* 2011, comm. 60, M. Malaurie-Vignal ; *RTD com.* 2011. 329, n^o 4, note J. Azéma et J.-C. Galloux ; Com. 29 mars 2011, *D.* 2012. 1228, Chron. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke.

349. Proposition de règlement sur « l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur », 4 juin 2012, COM (2012) 238 final ; *cf.* E Caprioli, « La régulation du marché européen de la confiance numérique : enjeux et perspectives de la proposition de règlement européen sur l'identification électronique et les services de confiance », *CCE* 2013. Étude 3 ; Th. Piette-Coudol, « Une législation européenne pour la signature électronique (À propos du règlement européen sur l'identification électronique et les services de confiance) », *RLDI* 2012, n^o 84, p. 78.

3490. Com. 13 juill. 2010, *CCE* 2010, comm. 93, C. Caron ; *Gaz. Pal.* 22 oct. 2010, n^o 214, p. 41, obs. V. Brunot, et 27 oct. 2010, n^o 300, p. 21, note L. Marino ; *RLDI* 2010/64, n^o 2102, note M. Schaffner et s. Georges ; Com. 29 mars 2011, *CCE* 2011, chron. 1, M.-É. Ancel ; Com. 20 sept. 2011, *Gaz. Pal.* 16 févr. 2012, n^o 47, p. 14, obs. L. Marino ; Com. 3 mai 2012, *Gaz. Pal.* 2 août 2012, n^o 214, p. 16, obs. L. Marino ; *JCP E* 2012, n^o 28, 1458, obs. A. Debet ; *D.* 2012. 1261, obs. C. Manara, et p. 1684, note L. Mauger-Vielpeau ; *CCE* 2012, comm. 74, C. Caron ; *RLDI* 2012/82, n^o 2751, obs. L. Costes.

3491. Par ex., TGI Nanterre, réf., 13 oct. 1997, *PIBD* 1998, n^o 645, III, 19 ; *JCP E* 1999, 954, n^o 22, obs. ; M. Vivant (< payline.com >) : « la diffusion d'Internet étant par nature mondiale et accessible en France, le dommage a lieu sur le territoire français » ; Paris, 9 nov. 2005, *Propri. ind.* 2006, comm. 16, P. Tréfigny (< daniel-hechter-sport.com >) ; Paris, 15 déc. 2004, *RLDI* 2005/4, n^o 108, note C. Manara ; *Gaz. Pal.* 9-10 nov. 2005, n^o 313-314, p. 14, obs. F. Greffe (< decathlon.pl>) ; pourvoi rejeté sur ce point par Com. 20 févr. 2007, *RLDI* 2007/25, n^o 814, obs. J.-B. Auroux ; *RLDI* 2007/27, n^o 877, comm. s. Alma-Delettre ; *CCE* 2007, comm. 93, C. Caron ; *D.* 2007. 794, obs. C. Manara.

3492. Crim. 22 mai 2007, *Propr. intell.* 2008, n^o 26, p. 151, obs. X. Buffet-Delmas.

3493. Com. 3 mai 2012, *Gaz. Pal.* 2 août 2012, n^o 214, p. 16, obs. L. Marino ; *JCP E* 2012, n^o 28, 1458, obs. A. Debet ; *D.* 2012. 1261, obs. C. Manara, et p. 1684, note L. Mauger-Vielpeau ; *CCE* 2012, comm. 74, C. Caron ; *RLDI* 2012/82, n^o 2751, obs. L. Costes.

3494. Com. 17 janv. 2012, *PIBD* 2012, n^o 959, III, 239 ; *Propr. ind.* 2012, comm. 23, P. Tréfigny.

3495. Paris, 6 déc. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2608, obs. M. Trézéguet ; dans le même sens, Paris, 22 mai 2012, *Propri. ind.* 2012, comm. 64, P. Tréfigny.

3496. Paris, 2 mars 2012, RG n^o 11/07384, cité par M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propriété ind.* 2013, chron. 5, n^o 8.

3497. CJUE 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09, *D.* 2011. 1965, obs. C. Manara ; *D.* 2011. 5024, obs. P.-Y. Gautier ; *RLDI* 2011/74, n^o 2459, comm. L. Grynbaum ; *RLDI* 2011/74, n^o 2460, comm. C. Castets-Renard ; *Propr. ind.* 2011, comm. 71, A. Folliard-Monguiral ; *RTD eur.* 2011. 847, obs. E. Treppoz ; *Gaz. Pal.* 27 oct. 2011, n^o 299, p. 19, obs. L. Marino ; *CCE* 2011, comm. 99, C. Caron.

3498. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 267.

3499. Par ex., TGI Paris, 26 août 2009, RG n^o 08/17160 : *cf.* M.-E. Haas, « Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propri. ind.* 2010, chron. 5, n^o 18.

35. Loi type CNUDCI sur le commerce électronique, adoptée en Assemblée générale le 16 déc. 1996 : A/RES/51/162, art. 7, www.uncintral.org ; *JCP* 2000. Actu. 451.

350. Art. 20 de la proposition de règlement sur « l'identification électronique... ».

3500. TGI Paris, JME, 8 juill. 2009 : *cf.* M.-E. Haas, « Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propri. ind.* 2010, chron. 5, n^o 17.

3501. TGI Paris, 9 juill. 2009, RG n^o 09/07225 : *cf.* M.-E. Haas, préc., n^o 25.

3502. Com. 9 mars 2010, *CCE* 2010, comm. 47, C. Caron ; *D.* 2010. 1183, obs. G. Lardeux ; *Propr. ind.* 2010, comm. 44, J. Larrieu ; *CCC* 2010, comm. 204, M. Malaurie-Vignal ; *Expertises* 2010, n^o 352, p. 391, note Y. El Shazli.

3503. TGI Paris, 11 mars 2003, *JCP E* 2003, 111, obs. M. Vivant ; *CCE* 2003, comm. 118, C. Caron.

3504. TGI Paris, JME, 8 juill. 2009 : *cf.* M.-E. Haas, « Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propri. ind.* 2010, chron. 5, n^o 17.

3505. TGI Paris, 25 nov. 2009, RG n^o 09/10986 : *cf.* M.-E. Haas, préc., n^o 24.

3506. TGI Paris, 14 sept. 2004, *D.* 2004. 2647, obs. C. Manara ; *PIBD* 2005, n^o 801, III, 85.

3507. Nancy, 13 déc. 2010, RG n^o 08/00228 : *cf.* M.-E. Haas, « Un an de droit des noms de domaine », *Propriété ind.* 2011, chron. 5, n^o 21.

3508. *Cf.*, par ex., la demande de transfert du nom de domaine < ivg.fr > présentée à l'AFNIC par le ministère des Droits des femmes : décis. AFNIC, 31 juill. 2013, n^o FR-2013-00392.

3509. TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2168, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/68, n^o 2219, obs. N. Dreyfus ; *Propr. ind.* 2011, comm. 27, J. Larrieu.

351. Art. 28 s. de la proposition de règlement sur « l'identification électronique... ».

3510. V. ss 902 s.

3511. Pour une illustration : TGI Paris, réf., 18 avr. 2008, *RLDI* 2008/38, n^o 1168, obs. L. Costes (transfert ordonné en référé des noms de domaine < elitemodel.eu > et < elitemodelmanagement.eu > à la société titulaire des marques « Elite » et « Elite look »).

3512. Com. 9 juin 2009, *Propri. ind.* 2009, comm. 61, M.-E. Haas ; *Gaz. Pal.* 11 déc. 2009, n^o 345-356, p. 20, obs. N. Dreyfus ; *CCE* 2009, comm. 78, C. Caron ; *D.* 2009. 1599, obs. C. Manara.

3513. Paris, 16 janv. 2008, *Propriété ind.* 2008, comm. 53, M.-E. Haas ; *RLDI* 2008/37, n^o 1147, obs. F. Sardain, et n^o 1148, obs. A. Nappey ; *CCE* 2008, comm. 53, C. Caron ; *LPA* 23 mars 2009, n^o 58, p. 14, note P. Mozas.

3514. Par ex., TGI Paris, réf., 5 janv. 2009, *RLDI* 2009/46, n^o 1520, obs. L. Costes (<comtedeparis.fr>).

3515. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 309.

3516. Par ex., TGI Paris, 9 avr. 2008, *Propriété ind.*, sept. 2008, comm. 60, P. Tréfigny-Goy ; D. 2009. 1996, obs. P. Tréfigny (< champagne.ch>) ; TGI Paris, 27 janv. 2009 : cf. M.-E. Haas, « Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propriété ind.* 2010, chron. 5, n^o 56, confirmé par Paris, 3 nov. 2010, *Propriété ind.* 2010, comm. 40, P. Tréfigny (< chamalal.com > et < chamalal.net >).

3517. Par ex., TGI Paris, 28 juin 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 569 : confirmé en appel par Paris, 11 avr. 2008, RG n^o 06/15403 ; *JurisData* n^o 2008-361564 (< bdpme.biz >) ; Paris, 4 juill. 2008, *RLDI* 2008/41, n^o 1347, comm. C. Manara (< eurostar.eu >) ; TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2168, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/68, n^o 2219, obs. N. Dreyfus ; *Propr. ind.* 2011, comm. 27, J. Larrieu (< sncfusa.com >) ; TGI Paris, 16 oct. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1853, note M. Trézéguet ; *Propr. ind.* 2010, comm. 14, obs. P. Tréfigny-Goy (< mr-good-deal.fr >) ; Versailles, 23 avr. 2013, *PIBD* 2013, n^o 985, III, 1225 (< elles-auto.com >) ; TGI Paris, 13 juin 2013, *Gaz. Pal.* 31 oct. 2013, n^o 304, p. 17, obs. L. Marino ; *Propr. ind.* 2013, comm. 67, Y. Basire (< fuckbook.fr >).

3518. Par ex., Com. 7 juill. 2004, *Propriété ind.* 2004, comm. 79, P. Tréfigny, et comm. 94, J.-P. Viennois ; *D.* 2004. 2151, obs. C. Manara (< rennesimmo.com >) ; Com. 9 mars 2010, *CCE* 2010, comm. 47, C. Caron ; *D.* 2010. 1183, obs. G. Lardeux ; *Propriété ind.* 2010, comm. 44, J. Larrieu ; *CCC* 2010, comm. 204, M. Malaurie-Vignal ; *Expertises* 2010, n^o 352, p. 391, note Y. El Shazli (< pneuonline.com >, < pneusonline.com > et < pneu-online.com >).

3519. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 309 et 310.

352. L. type CNUDCI 16 déc. 1996 sur le commerce électronique : A/RES/51/162 ; www.uncitral.org.

3520. En ce sens, Paris, 8 juin 2007, *Gaz. Pal.* 20 janv. 2008, n^o 20-22, p. 34, obs. A. Salomon et V. Sebillle.

3521. Com. 7 juin 2006, *PIBD* 2006, n^o 840, III, 732 ; *D.* 2006. 2030, obs. C. Manara ; *Propr. ind.* 2006, comm. 64, P. Tréfigny.

3522. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 317.

3523. Com. 9 mars 2010, *CCE* 2010, comm. 47, C. Caron ; *D.* 2010. 1183, obs. G. Lardeux ; *Propr. ind.* 2010, comm. 44, J. Larrieu ; *CCC* 2010, comm. 204, M. Malaurie-Vignal ; *Expertises* 2010, n^o 352, p. 391, note Y. El Shazli.

3524. Lyon, 31 janv. 2008, *JCP* 2008, II, 10136, note G. Chabot ; *CCC* 2008, comm. 240, M. Malaurie-Vignal.

3525. Dans le même sens, TGI Paris, 27 janv. 2012, RG n° 10/09708, legalis.net (< blindtest.com >).

3526. En ce sens, C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 329. Cf. TGI Paris, réf., 15 déc. 2009, RG n^o 08/59917, cité par L. Marino, « Un an de droit des noms de domaine », *CCE* 2009, chron. 10, n^o 43 ; Paris, 4 janv. 2012, RG n^o 10/05115, legalis.net ; Cf. N. Dreyfus, « Un an de droit des noms de domaine », *CCE* 2012, chron. 11, n^o 13.

3527. Cf. C. Manara, « Nom de domaine et site litigieux : qui doit être condamné ? », *D.* 2004. 1808. Pourtant, en sens contraire, Versailles, 15 janv. 2013, *PIBD* 2013, n^o 978, III, 996.

3528. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 433.

3529. TGI Paris, 30 nov. 2001, *CCE* 2002, comm. 84, L. Grynbaum.

353. Proposition transmise au Parlement européen le 23 déc. 1998 ; COM (1998) 586 final : *JOCE* C 30, 5 févr. 1999, p. 4 ; cf. J. Huet, « La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998 », *CCE* 1999, Chron. n^o 4.

3530. TGI Nanterre, 28 juin 2012, *RLDI* 2012/87, n^o 2925, obs. J. D. *Cf.* également TGI Paris, 26 août 2009, *D.* 2009. 2219, note C. Manara ; *RLDI* 2009/53, n^o 1751, comm. É. Tardieu-Guigues ; *RLDI* 2009/53, n^o 1757, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/63, n^o 2062, obs. J. Huet ; jugement confirmé par Paris, 19 oct. 2012, *D.* 2012. 2511, obs. C. Manara ; *RLDI* 2012/87, n^o 2910 ; Versailles, 16 mars 2004, *Propri. ind.* 2005, comm. 5, P. Tréfigny ; ou encore TGI Paris, 16 avr. 2010, RG n^o 08/14780 : *cf.* N. Dreyfus, « Un an de droit des noms de domaine », *Propri. ind.* 2010, chron. 11, n^o 14.

3531. TGI Bordeaux, 22 juill. 1996, *DIT* 1998-3, p. 36, note T. Desbarres.

3532. Par ex., TGI Paris, 26 oct. 2010, RG n^o 09/01074, cité par M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propriété intellectuelle* 2011, chron. 5 (interdiction d'usage du nom de domaine < globeexpress.com > sur le territoire français) ; TGI Paris, 3 mai 2011, RG n^o 09/16331, cité par M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propriété intellectuelle* 2012, chron. 5, n^o 13 (interdiction d'usage du nom de domaine < free-hotspot.com > sur le territoire français).

3533. Paris, 8 avr. 2005, *Ann. propr. ind.* 2005. 268, obs. G. Gaultier, A. Lakits-Josse et D. Szleper.

3534. Paris, 8 juin 2007, *Gaz. Pal.* 20 janv. 2008, n^o 20-22, p. 34, obs. C. Salomon et A. Sebille.

3535. TGI Nanterre, réf., 2 nov. 2000, *CCE* 2001, comm. 77, C. Le Stanc ; TGI Nanterre, 13 sept. 2001, *CCE* 2002, comm. 22, C. Le Stanc ; *D.* 2001. 3041, obs. C. Manara.

3536. TGI Paris, 26 août 2009, *D.* 2009. 2219, note C. Manara ; *RLDI* 2009/53, n^o 1751, comm. É. Tardieu-Guigues ; *RLDI* 2009/53, n^o 1757, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/63, n^o 2062, obs. J. Huet ; jugement confirmé par Paris, 19 oct. 2012, *D.* 2012. 2511, obs. C. Manara ; *RLDI* 2012/87, n^o 2910.

3537. *Ibid.*

3538. Paris, 19 mars 2008, *RLDI* 2008/37, n^o 1135, obs. L. Costes.

3539. *Ibid.*

354. Avis du Parlement européen, 6 mai 1999 : *JOCE* C 279, 1^{er} oct. 1999, p. 389.

3540. Paris, 19 oct. 2012, *D.* 2012. 2511, obs. C. Manara ; *RLDI* 2012/87, n^o 2910.

3541. Paris, 19 oct. 2012, préc.

3542. TGI Versailles, 6 oct. 2009, *RLDI* 2009/54, n^o 1787, obs. L. Costes ; *Propr. ind.* 2009, comm. 77, J. Larrieu.

3543. Versailles, 15 sept. 2011, *Propr. ind.* 2011, comm. 95, J. Larrieu ; *RLDI* 2011/76, n^o 2521, obs. L. Costes ; *PIBD* 2011, n^o 951, III, 703 ; *CCE* 2012, chron. 11, n^o 20, obs. N. Dreyfus.

3544. V. ss 1009.

3545. Paris, 19 oct. 2012, *D.* 2012. 2511, obs. C. Manara ; *RLDI* 2012/87, n^o 2910.

3546. TGI Paris, 26 août 2009, *D.* 2009. 2219, note C. Manara ; *RLDI* 2009/53, n^o 1751, comm. É. Tardieu-Guigues ; *RLDI* 2009/53, n^o 1757, obs. L. Costes ; *RLDI* 2009/63, n^o 2062, obs. J. Huet.

3547. *Ibid.*

3548. En ce sens, Versailles, 15 sept. 2011, *Propr. ind.* 2011, comm. 95, J. Larrieu ; *RLDI* 2011/76, n^o 2521, obs. L. Costes ; *PIBD* 2011, n^o 951, III, 703 ; *CCE* 2012, chron. 11, n^o 20, obs. N. Dreyfus.

3549. V. ss 945.

355. Acte préparatoire communautaire, Doc. 599PC0427 ; www.europa.eu.int.

3550. Cf. E. Gillet, « *Domaining* et sites parking : enjeux et responsabilités », *RLDI* 2010/62, n^o 2056.

3551. Cf. notamment, en faveur de la qualification d'hébergeur, C. Manara, « Sedo est bien un hébergeur ! », *RLDI* 2009/55, n^o 1837 ; et *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 410 à 418 ; *contra*, X. Buffet-Delmas, « Responsabilité de certains prestataires de services sur Internet... et si les principes de loyauté et de libre concurrence venaient au secours des marques ? », *Propri. intell.* 2007, n^o 14, p. 266 ; J. Larrieu, note sous Paris, 23 sept. 2009, *Propri. ind.* 2010, comm. 25 ; J. Huet, « Sedo n'est pas un hébergeur (suite...) », *D.* 2009. 410.

3552. TGI Paris, 12 mars 2010, *RLDI* 2010/60, n^o 1978, obs. L. Costes ; jugement confirmé sur ce point par Paris, 17 avr. 2013, *D.* 2013. 1205, obs. C. Manara.

3553. Paris, 23 sept. 2009, *Propriété ind.* 2010, comm. 25, J. Larrieu ; *RLDI* 2009/55, n^o 1837, obs. C. Manara ; TGI Paris, 12 mars 2010, *RLDI* 2010/60, n^o 1978, obs. L. Costes ; jugement confirmé sur ce point par Paris, 17 avr. 2013, *D.* 2013. 1205, obs. C. Manara.

3554. TGI Paris, 28 mars 2008, *RLDI* 2008/41, n^o 1358, obs. J.-B. Auroux ; *CCE* 2008, chron. 11, n^o 40, obs. L. Marino.

3555. TGI Paris, 23 sept. 2005, *RLDI* 2006/13, n^o 377, obs. L. Costes ; confirmé par Paris, 7 mars 2007, *RLDI* 2007/26, n^o 847, obs. L. Costes ; pourvoi rejeté par Com. 21 oct. 2008, *RLDI* 2008/43, n^o 1412, obs. L. Costes ; *RLDI* 2008/44, n^o 1441, obs. N. Dreyfus ; *CCE* 2008, comm. 134, C. Caron ; *D.* 2009. 410, obs. J. Huet (affaire « Le Méridien »).

3556. Com. 3 mai 2012, *Gaz. Pal.* 2 août 2012, n^o 214, p. 16, obs. L. Marino ; *JCP E* 2012, n^o 28, 1458, obs. A. Debet ; *D.* 2012. 1261, obs. C. Manara, et p. 1684, note L. Mauger-Vielpeau ; *CCE* 2012, comm. 74, C. Caron ; *RLDI* 2012/82, n^o 2751, obs. L. Costes. V. ss 829.

3557. Sur cette procédure, *cf.* not. É. Tardieu-Guigues, « Attribution et contentieux des noms de domaine », *J.-Cl. Com.*, fasc. 805 (2011), n^o 149 à 185 ; M. Vivant (dir.), *Lamy droit du numérique*, 2013, n^o 2088 à 2112 ; N. Dreyfus, *Marques et Internet*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2011, n^o 213 à 311.

3558. Sur la genèse de la procédure UDRP, *cf.* Y. El Shazli, « Dix ans de l'UDRP : un premier bilan », *RLDI* 2010/63, n^o 2093.

3559. Sur les questions soulevées par le renvoi aux règles UDRP, qui n'existent qu'en anglais, au regard de la loi dite « Toubon » du 4 août 1994, *cf.* C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 158.

356. Position commune 28 févr. 2000, (CE) n^o 22/2000 : *JOCE* L. 128, 8 mai 2000, p. 32 s.

3560. <http://archive.icann.org/en/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>.

3561. <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp/rules>.

3562. Décis. OMPI du 29 mai 2000, n^o D2000-0210 (Julia Roberts) ; Décis. OMPI du 14 oct. 2000, n^o D2000-0210 (Isabelle Adjani) ; Décis. OMPI du 23 janv. 2001, n^o D2000-1415 (Nicole Kidman) ; Décis. NAF du 1^{er} juin 2009, n^o FA1256123 (Bill Clinton) : *cf.* L. Marino, « Un an de droit des noms de domaine », *CCE* 2009, chron. 10, n^o 21.

3563. Décis. OMPI du 16 oct. 2000, n^o D2000-0819 (< canoncopymachines.com >).

3564. Décis. OMPI du 4 août 2000, n^o D2000-0505 (< barcelona.com >).

3565. Décis. OMPI du 21 juin 2011, D2011-0026, *RD rur.* 2012, comm. 28, T. Georgopoulos.

3566. Décis. OMPI du 21 août 2000, n^o D2000-0489, *CCE* 2000, comm. 99, C. Caron.

3567. Par ex., Décis. OMPI du 3 mars 2000, n^o D2000-0022 (< diorfashion.com >) ; Décis. OMPI du 7 juill. 2000, n^o D2000-0430 (< luisvuitton.com >).

3568. Par ex. (cher à l'auteur de ces lignes !), Décis. OMPI du 3 août 2010, n^o D2010-0912 (< parisdescartes.com >) : *cf.* N. Dreyfus, « Un an de droit des noms de domaine », *Propriété ind.* 2010, chron. 11, n^o 23 ; Décis. OMPI du 2 juin 2009, n^o 2009-0947 (< surcouf.net >) : L. Marino, « Un an de droit des noms de domaine », *CCE* 2009, chron. 10, n^o 23.

3569. Par ex., Décis. OMPI du 9 avr. 2009, n^o D2009-0116 : *cf.* L. Marino, « Un an de droit des noms de domaine », *CCE* 2009, chron. 10, n^o 25 (< ccesncf.net >).

357. « Directive sur le commerce électronique », *JOCE* L 178, 17 juill. 2000, p. 1 s.
L. Grynbaum, « La Directive “commerce électronique” ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », *JCP* 2001. I. 307.

3570. Décis. OMPI du 2 août 2002, n^o D2002-0352 (< nikepark.com >, < nikepark.net >, < nikemen.com >, < nikegolf.net >, et < nikesshops.com >) ; Décis. OMPI du 10 sept. 2002, n^o D2002-0544 (< justdoit.org > et < justdoit.net >).

3571. Décis. NAF du 25 juill. 2012, n^o 1447355 (< oogle.com >).

3572. Sur l'opportunité de la voie judiciaire et de la voie extra-judiciaire, *cf.* N. Dreyfus, « Récupération d'un nom de domaine : procédure judiciaire ou extra-judiciaire ? », *RLDI* 2011/68, n^o 2219 ; et *Marques et Internet*, coll. « Axe Droit », Lamy, 2011, n^o 393 à 400 ; L. Tellier-Loniewski, A. Sebille et A. Bensoussan, « Le choix de la stratégie de récupération d'un nom de domaine », *Gaz. Pal.* 23 juill. 2008, n^o 205, p. 11.

3573. Par ex., TGI Paris, 29 mai 2009, RG n^o 07/09549, cité par M.-E. Haas, « Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propriété ind.* 2010, chron. 5, n^o 13.

3574. Paris, 17 juin 2004, *CCE* 2005, comm. 31, C. Caron ; *Rev. arb.* 2006. 161, note T. Azzi ; *Expertises* 2005, n^o 288, p. 20, obs. P. De Candé ; *RLDI* 2005/1, n^o 3, obs. F. Glaize ; Paris, 30 mars 2005, *Propri. ind.* 2005, comm. 78, P. Tréfigny.

3575. Paris, 17 juin 2004, *Ibid.*

3576. Lyon, 31 janv. 2008, *JCP* 2008, II, 10136, note G. Chabot ; *CCC* 2008, comm. 240, M. Malaurie-Vignal ; pourvoi rejeté par Com. 9 mars 2010, *CCE* 2010, comm. 47, C. Caron ; *D.* 2010. 1183, obs. G. Lardeux ; *Propri. ind.* 2010, comm. 44, J. Larrieu ; *CCC* 2010, comm. 204, M. Malaurie-Vignal ; *Expertises* 2010, n^o 352, p. 391, note Y. El Shazli.

3577. *Ibid.*

3578. *Cf.* R. Muñoz, « Première décision de la Cour arbitrale tchèque concernant le nom de domaine.eu », *CCE* 2006, alerte 145.

3579. T. arb. Rép. Tchèque, 12 nov. 2008, n^o 05162 (< munich.eu >) : *cf.* L. Marino, « Un an de droit des noms de domaine », *CCE* 2009, chron. 10, n^o 30.

358. Dir. « commerce électronique », préc., art. 9.

3580. Par ex. : T. arb. Rép. Tchèque, 13 oct. 2009, n^o 05446 (< ikea.eu >) : *cf.* L. Marino, « Un an de droit des noms de domaine », *CCE* 2009, chron. 10, n^o 31.

3581. Arrêté du 21 octobre 2011 approuvant le règlement intérieur de l'Association française pour le nommage Internet en coopération en tant qu'il définit le système de résolution de litiges, *JORF* n^o 255, 3 nov. 2011, p. 18517.

3582. Sur cette procédure, *cf.* J. Larrieu, « Un petit tour du PARL ? Bref panorama de la jurisprudence de la procédure alternative de résolution des litiges concernant le .fr », *Expertises* 2007, n^o 316, p. 255 ; L. Grynbaum, « Règlement alternatif des conflits pour l'enregistrement d'un nom de domaine en <.fr > », *RLDI* 2007/25, n^o 817. *Cf.* également les décisions citées au *RLDI* 2009/55, n^o 1817, obs. M. Trézéguet.

3583. *Cf.* C. Manara, « La nouvelle “jurispredec” : un an de procédure de résolution des cas de violations manifestes du décret du 6 février 2007 », *RLDI* 2009/53, n^o 1774.

3584. Cf. N. Dreyfus, « La procédure Syreli pour la résolution des litiges sur le .fr et sur les autres extensions nationales », *Propri. ind.* 2012, étude 3 ; R. Chapuis, « Les décisions rendues dans le cadre de la procédure Syreli de l'AFNIC : précisions précieuses ou application orthodoxe du décret du 3 août 2011 ? », *RLDI* 2012/83, n^o 2800 ; et les obs. de N. Dreyfus, *in* « Un an de droit des noms de domaine », *Propri. ind.* 2011, chron. 11.

3585.

http://www.afnic.fr/medias/documents/Reglement_du_systeme_de_resolution_de_litiges_VF.pdf

3586. Pour une application à un nom « apparenté à une collectivité locale » : Décision du 12 avr. 2012, n^o FR-2012-0046 (< vivezsaintpierre.fr >).

3587. Sur cette question, R. Chapuis, « Les décisions rendues dans le cadre de la procédure Syreli de l'AFNIC : précisions précieuses ou application orthodoxe du décret du 3 août 2011 ? », *RLDI* 2012/83, n^o 2800.

3588. Par ex., décision du 24 janv. 2012, n^o FR-2011-0011 : intérêt légitime du titulaire du nom de domaine < leclerc.fr > à « posséder un site glorifiant un élément militaire de l'histoire française », en dépit de l'existence de marques antérieures éponymes.

3589. V. ss 925-928.

359. Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, 11 oct. 2011, COM (2011), 635 final. V. M. Behar-Touchais, B. Fauvarque-Cosson, Z. Jacquemin, « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *RDC* 2012/1, p. 191 ; J.-S. Bergé, « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *RDC* 2012/2, p. 569 ; B. Fauvarque-Cosson, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012. 34 ; C. Nourissat, « Un droit commun européen de la vente », *JCP E* n^o 12, p. 39-40 ; P. Puig, « L'avènement des sources optionnelles », *RTD civ.* 2012. 493 ; W. Doralt, « De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats », *RDC* 2011/4, p. 1313 s.

Adde Actes du colloque, « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », *RDC* 2012. 1393 s.

3590. Versailles, 22 nov. 2001, *CCE* 2002, comm. 56, C. Caron.

3591. TGI Paris, 5 oct. 2007, *PIBD* 2007, n^o 846, III, 743 (< nolimitetelecom.com >) ;
cf. A. Bouvel et F. Sardain, « Actualité des noms de domaine : le droit tenté par la diversité »,
Propri. intell. 2009, n^o 32, p. 216.

3592. TGI Paris, réf., 27 juill. 2000, RG n^o 00/07681, juriscom.net (< penses-fetes.com >) ;
TGI Paris, 9 juill. 2002, *Propriété ind.* 2002, comm. 87, P. Tréfigny (< looxor.com >).

3593. TGI Paris, 16 oct. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1853, note M. Trézéguet ; *Propriété ind.* 2010, comm. 14, obs. P. Tréfigny-Goy.

3594. Paris, 16 janv. 2009, RG n^o 0522915 ; *JurisData* n^o 2009-001215 (< 800flowers.com > et < 1800flowers.com >). Cf. M.-E. Haas, « Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propriété ind.* 2010, chron. 5, n^o 30.

3595. TGI Paris, 27 janv. 2012, RG n° 10/09708, legalis.net.

3596. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 327.

3597. TGI Nanterre, 4 nov. 2002, *RLDA* 2003, n^o 3545, obs. L. Costes (< e-qualite.com >).

3598. TGI Paris, 16 oct. 2009, *RLDI* 2010/56, n^o 1853, note M. Trézéguet ; *Propriété ind.* 2010, comm. 14, obs. P. Tréfigny-Goy ; v. ss 1014.

3599. Pour un exemple : Paris, 15 mai 2012, *CCE* 2012, chron. 11, n^o 17, obs. N. Dreyfus.
Cf. également TGI Paris, 5 oct. 2007, *PIBD* 2007, n^o 846, III, 743.

36. Loi type CNUDCI sur la signature électronique, adopté en Assemblée générale le 12 décembre 2001, A/RES/56/80, www.uncintral.org.

360. Loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JO* n^o 143, 22 juin 2004, p. 11168 s. ; *D.* 2004. 1868.

J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à électronique », *JCP* 2004. I. 178 ; L. Grynbaum, « Après la loi “économie numérique”, pour un Code européen des obligations... raisonné », *D.* 2004. Chron. 2213 ; N. Mathey, « Le commerce électronique dans la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 », *CCC* 2004, Chron. n^o 13 ; J. Rochfeld, « Économie numérique », Chron. légis. *RTD civ.* 2004. 574 ; Ph. Stoffel Munck, « La réforme des contrats du commerce électronique », *CCE* n^o spécial sept. 2004 sous la dir. X. Linant de Bellefonds, Chron. n^o 30 ; *RDC* 2005, n^o 2, p. 533 s., « Le contrat selon la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique » avec les articles de D. Ferrier, J. Huet, B. Reynis, A. Raynouard, P.-Y. Gautier, L. Grynbaum, X. Linant de Bellefonds, M. Vivant ; J.-C. Hallouin, H. Causse (dir.), *Le contrat électronique, Au cœur du commerce électronique*, LGDJ, 2005 ; F. Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, LGDJ, 2005, préf. M. Vivant.

3600. V. ss 988.

3601. Paris, 16 janv. 2009, RG n^o 0522915 ; *JurisData* n^o 2009-001215.

3602. TGI Paris, 30 sept. 2009, RG n^o 08/09407.

3603. Paris, 5 juill. 2013, *Propriété ind.* 2013, comm. 80, P. Tréfigny.

3604. V. ss 948.

3605. V. ss 763.

3606. TGI Le Mans, 29 juin 1999, *PIBD* 1999, n^O 692, III, 91 ; *Expertises* avr. 2000, p. 107, obs. s. Vital-Durant.

3607. TGI Paris, 5 oct. 2007, *PIBD* 2007, n^o III, 743 (< nolimitelecom.com >) ; TGI Nanterre, 2 févr. 2012, *Propriété ind.* 2012, comm. 72, P. Tréfigny (< inad.info>).

3608. TGI Nanterre, 4 nov. 2002, *RLDA* 2003, n^o 3545, obs. L. Costes (< e-qualite.com >).

3609. V. ss 1023 s.

361. J. Dionis du Séjour, « Renforcer la confiance dans l'économie numérique », Rapport deuxième lecture, A. N. 10 déc. 2003, *JOAN* Doc. n^o 1282, p. 7.

3610. TGI Nanterre, 4 nov. 2002, *RLDA* 2003, n^o 3545, obs. L. Costes.

3611. Paris, 5 juill. 2013, *Propriété ind.* 2013, comm. 80, P. Tréfigny.

3612. Paris, 15 sept. 2004, *PIBD* 2005. 800, III, 54 (faute de preuve d'une exploitation effective du nom de domaine < bio-attitude.com > antérieure au dépôt de la marque « Bio attitude », ce nom de domaine ne peut constituer une antériorité rendant le signe indisponible pour un dépôt à titre de marque). *Cf.* également, dans le même sens, Paris, 18 oct. 2000, *JCP E* 2001, I, n^o 8, obs. M. Vivant ; *D.* 2001. 1379, note G. Loiseau (< vie.com >) ; TGI Paris, 9 juill. 2002, *Propri. ind.* 2002, comm. 87, P. Tréfigny (< looxor.com >) ; TGI Paris, 17 janv. 2014, *RLDI* 2014/102, n^o 3384, obs. L. Costes.

3613. Paris, 18 oct. 2000, *JCP E* 2001, I, n^o 8, obs. M. Vivant ; *D.* 2001. 1379, note G. Loiseau.

3614. Trib. UE, 14 mai 2013, aff. T-321/11, *Propri. intell.* 2013, n° 49, p. 417, obs. B. Geoffray.

3615. *Cf.*, très clair en ce sens, Douai, 5 oct. 2011 (Saveurbière), *D.* 2011. 2861, obs. C. Manara ; *Propri. ind.* 2012, comm. 9, J. Larrieu ; *D.* 2012. 2344, obs. J. Larrieu ; *CCE* 2012, chron. 11, n^o 14, obs. N. Dreyfus ; *RLDI* 2011/77, n^o 2551, obs. M. Trézéguet ; *CCE* 2012, comm. 15, M. Chagny ; voir encore TGI Paris, 6 déc. 2013, *RLDI* 2014/100, n^o 3320, obs. L. Costes.

3616. A. Bouvel, « La clarification du régime juridique des noms de domaine », *Propriété intellectuelle*, 2006, n° 19, p. 128.

3617. TGI Strasbourg, réf., 29 mai 2001, *CCE* 2001, comm. 79, C. Le Stanc (risque de confusion entre < alsaceimmo.com > et < alsaceimmo.net > et < alsaceimmo.org >) ; T. com. Paris, 10 avr. 2002, *CCE* 2002, comm. 141, C. Caron (risque de confusion entre < annoncesvacances.com > et < annoncesvacances.com >) ; décision confirmée par Paris, 8 oct. 2003, *D.* 2004. Somm. 1157, obs. Y. Auguet ; Paris, 28 janv. 2004, *Prop. ind.* 2004, comm. 72, P. Tréfigny (risque de confusion entre < hotellerie.fr > et < lhotellerie.fr >) ; Paris, 15 févr. 2006, *PIBD* 2006, n^o 829, III, 345 (risque de confusion entre < tarifdouanier.com > et < tarifdouanier.com >) ; TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2168, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/68, n^o 2219, comm. N. Dreyfus ; *Prop. ind.* 2011, comm. 27, J. Larrieu (risque de confusion entre < sncf-usa.com > et < sncfusa.com >).

3618. Pour une application à la protection d'un nom commercial contre un nom de domaine : Com. 7 juill. 2004, *Propriété ind.* 2004, comm. 79, P. Tréfigny, et comm. 94, J.-P. Viennois ; *D.* 2004. 2151, obs. C. Manara (risque de confusion entre « Rennesimmo » et <rennesimmo.com>).

3619. En ce sens, TGI Paris, 8 avr. 2009, RG n^o 07/15826, cité par M.-E. Haas, « Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propriété ind.* 2010, chron. 5, n^o 44 (< comptoirdupharmacien.fr >) ; TGI Paris, 29 oct. 2010, *RLDI* 2010/66, n^o 2168, obs. L. Costes ; *RLDI* 2011/68, n^o 2219, comm. N. Dreyfus ; *Propriété ind.* 2011, comm. 27, J. Larrieu (< sncfusa.com >). *Cf.*, sur cette disposition, les obs. de A. Bouvel et F. Sardain, « Actualité des noms de domaine : le droit tenté par la diversité », *Propriété intell.* 2009, n^o 32, p. 216.

362. Projet de loi du 14 juin 2001, *JOAN* Doc. n^o 3143.

3620. Paris, 8 janv. 2009, *JurisData* n^o 2009-373708, cf. L. Marino, « Un an de droit des noms de domaine », *Propri. ind.* 2009, chron. 10, n^o 40, et M.-E. Haas, « Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propri. ind.* 2010, chron. 5, n^o 33 (absence de risque de confusion entre < larchitecture.com > et < arche-itecture.com >) ; TGI Paris, 1^{er} oct. 2010, *RLDI* 2010/65, n^o 2137, obs. M. Trézéguet ; *Propri. ind.* 2010, comm. 79, P. Tréfigny-Goy (absence de similitude entre < placedestendances.com > et < place-des-styles.com >).

3621. Par ex. : TGI Paris, 28 juin 2006, *RLDI* 2006/19, n^o 569 : confirmé en appel par Paris, 11 avr. 2008, RG n^o 06/15403 ; *JurisData* n^o 2008-361564 (< bdpme.biz >) ; Paris, 18 sept. 2013, *SAS Autoreflex c./ M. David Piquet*, *RLDI* 2014/100, n^o 3318, obs. J. De Romanet ; TGI Paris, 7 juin 2013, *PIBD* 2013, n^o 990, III, 1406 ; Paris, 20 nov. 2013, *PIBD* 2014, n^o 997, III, 13.

3622. *Ibid.*

3623. Com. 26 mai 2009, *Propriété intellectuelle* 2009, n° 32, p. 300, obs. M. Sabatier ; *RLDI* 2009/50, n° 1636, obs. M. Trézéguet.

3624. Paris, 22 juin 2011, *PIBD* 2011, n^o 947, III, 585.

3625. V. ss 842.

3626. Paris, 2 févr. 2011, *D.* 2011. 741, obs. C. Manara ; *RLDI* 2011/71, n^o 2238, comm. É. Tardieu-Guigues ; *CCE* 2011, comm. 52, C. Caron.

3627. Par ex., Paris, 21 juin 2013, RG n° 12/11394 (*Hifissimo*).

3628. TGI Nanterre, réf., 30 janv. 2007, *Propriété ind.* 2007, comm. 46, note J. Larrieu ; *RLDI* 2007/28, n^o 907, obs. F. Glaize et A. Nappey.

3629. Paris, 28 janv. 2003, *D.* 2003. 690, obs. C. Manara.

363. Préc.

3630. Paris, 29 mars 2013, *PIBD* 2013, n^o 984, III, 1202 ; *RLDI* 2013/93, n^o 3085, obs.
J. De Romanet.

3631. V. ss 925.

3632. En ce sens, *cf.* not. G. Loiseau, note sous Paris, 18 oct. 2000, *D.* 2001. 1379, n^o 3 ; J. Lackner, note sous Com. 23 janv. 2007, *RLDI* 2007/26, n^o 839 ; A. Bouvel, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, Litec, 2004, p. 94 ; A. Bouvel et F. Sardain, « Actualité des noms de domaine : le droit débordé par la technique », *Propri. intell.* 2008, n^o 26, p. 37 ; C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 395 ; É. Tardieu-Guigues, « Attribution et contentieux des noms de domaine », *J.-Cl. Com.*, fasc. 805 (2011), n^o 57.

3633. C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, Litec, 2012, n^o 395.

3634. TGI Lille, réf., 10 juill. 2001, *Expertises* 2001, n^o 253, p. 382, obs. J. Larrieu ;
Gaz. Pal. 12 juill. 2002, n^o 193, p. 24, obs. M.-E. Haas et V. Brunot.

3635. Douai, 9 sept. 2002, *D.* 2003. 2410, obs. C. Manara ; *CCE* 2002, comm. 141, obs. C. Caron.

3636. Par ex., Paris, 5 mai 2010, RG n^o 07/18057, cité par N. Dreyfus, « Un an de droit des noms de domaine », *CCE* 2011, chron. 11, n^o 16 (< coursier.com >) ; Paris, 23 févr. 2011, RG n^o 09/18144, cité par M.-E. Haas, « Un an de droit français des noms de domaine », *Propri. ind.* 2012, chron. 5, n^o 25 (< adomicilestudies.com >) ; et les références citées en note suivante.

3637. Paris, 9 mars 2001, RG n^O 2000/21057 : « considérant qu'il apparaît que [...] le nom de domaine dont l'identifiant est le mot "hôtels" ne saurait bénéficier d'une protection, en raison de son caractère manifestement générique » ; *cf.* toutefois, sens contraire, dans la même affaire, au fond : TGI Paris, 23 janv. 2003, *Sarl Star 3, Sa Astotel / Association Hotels, Sa Voldiscount*, legalis.net : sanction de l'utilisation du nom de domaine concurrent < hotel.fr > en raison de l'existence d'un risque de confusion.

3638. Paris, 27 févr. 2004, RG n° 03/12096, legalis.net : « le nom “armoirelit” n'est nullement original et distinctif, mais est au contraire un terme générique, usuel et descriptif, et par conséquent, insusceptible de protection faute de pouvoir créer une confusion dans l'esprit du public ».

3639. T. com. Lyon, réf., 16 juin 2004, *Propriété ind.* 2004, repère 11, C. Caron.

364. Projet de loi « pour la confiance dans l'économie numérique » 15 janv. 2003, *JOAN* Doc. n^o 528.

3640. Paris, 25 mai 2005, *D.* 2005. 1846, obs. C. Manara : « seul est protégeable un nom de domaine distinctif ».

3641. Com. 23 janv. 2007, *CCE* 2007, comm. 55, C. Caron ; *CCC* 2007, comm. 100, M. Malaurie-Vignal ; *Propr. ind.* 2007, comm. 27, P. Tréfigny et comm. 35, J. Larrieu ; *RLDI* 2007/26, n^o 839, comm. J. Lacker ; *D.* 2007. 795, obs. C. Manara.

3642. Com. 8 avr. 2008, *PIBD* 2008, n^o 876, III, p. 374 ; *RLDI* 2008/5, n^o 1164, obs. L. Costes ; *RLDI* 2008/6, n^o 1290, obs. J. Lacker ; *Propr. intell.* 2008, n^o 7, p. 359, note J. Passa ; *Propr. ind.* 2009, comm. 27, C. Le Goffic.

3643. Versailles, 17 juill. 2012, *CCE* 2012, chron. 11, n^o 15, obs. N. Dreyfus.

3644. Toulouse, 28 avr. 2010, *RLDI* 2010/61, n^o 2016, obs. L. Costes.

3645. Douai, 5 oct. 2011, *D.* 2011. 2861, obs. C. Manara ; *Propri. ind.* 2012, comm. 9, J. Larrieu ; *D.* 2012. 2344, obs. J. Larrieu ; *CCE* 2012, chron. 11, n^o 14, obs. N. Dreyfus ; *RLDI* 2011/77, n^o 2551, obs. M. Trézéguet ; *CCE* 2012, comm. 15, M. Chagny.

3646. Bastia, 20 mars 2013, *RLDI* 2013/94, n⁰ 3128, obs. L. Costes.

3647. T. com. Paris, 24 mai 2013, *Propriété ind.* 2013, comm. 58, obs. P. Tréfigny.

3648. Lyon, 31 janv. 2008, *JCP* 2008, II, 10136, note G. Chabot ; *CCC* 2008, comm. 240, M. Malaurie-Vignal.

3649. Com. 9 mars 2010, *CCE* 2010, comm. 47, C. Caron ; *D.* 2010. 1183, obs. G. Lardeux ; *Propr. ind.* 2010, comm. 44, J. Larrieu ; *CCC* 2010, comm. 204, M. Malaurie-Vignal ; *Expertises* 2010, n^o 352, p. 391, note Y. El Shazli.

365. Première lecture A.N, 26 févr. 2003, projet de loi, *JOAN* Doc. n^o 89 ; Avis de la Commission des Lois Sénat, A. Türk, 11 juin 2003, *JO* Doc. Sénat 2003, n^o 351 ; Première lecture, Sénat, 25 juin 2003, *JO Sénat*, Doc. n^o 140 ; *CCE* sept. 2003, comm. n^o 84. Deuxième lecture A.N., le 8 janvier 2004, *JOAN* Doc. n^o 235, *CCE*, févr. 2004, comm. n^o 17 ; Deuxième lecture Sénat, 8 avr. 2004, *JO Sénat* Doc. n^o 71.

3650. Com. 8 avr. 2008, *PIBD* 2008, n° 876, III, p. 374 ; *RLDI* 2008/5, n° 1164, obs. L. Costes ; *RLDI* 2008/6, n° 1290, obs. J. Lacker ; *Propr. intell.* 2008, n° 7, p. 359, note J. Passa ; *Propr. ind.* 2009, comm. 27, C. Le Goffic.

3651. TGI Strasbourg, réf., 29 mai 2001, *CCE* 2001, comm. 79, C. Le Stanc (risque de confusion avec < alsaceimmo.net > et < alsaceimmo.org >).

3652. T. com. Paris, 10 avr. 2002, *CCE* 2002, comm. 141, C. Caron (risque de confusion avec < annonces-vacances.com >) ; décision confirmée par Paris, 8 oct. 2003, *D.* 2004. Somm. 1157, obs. Y. Auguet.

3653. Paris, 28 janv. 2004, *Propriété industrielle* 2004, comm. 72, P. Tréfigny (risque de confusion avec < lhotellerie.fr >).

3654. Paris, 15 févr. 2006, *PIBD* 2006, n^o 829, III, 345 (risque de confusion avec < tarif-douanier.com >).

3655. Paris, 25 mai 2005, *D.* 2005. 1846, obs. C. Manara : « seul est protégeable un nom de domaine distinctif ».

3656. J. Lacker, note sous Com. 23 janv. 2007, *RLDI* 2007/26, n^o 839.

3657. TGI Paris, 4 avr. 2007, *RLDI* 2007/32, n^o 1067.

3658. Paris, 30 nov. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2595, obs. L. Costes ; *PIBD* 2012, n^o 955, III, 106.

3659. TGI Paris, 2 avr. 2009, *RLDI* 2009/53, n^o 1759, obs. L. Costes ; jugement confirmé sur ce point par Paris, 30 nov. 2011, *RLDI* 2012/78, n^o 2595, obs. L. Costes.

366. Texte définitif établi par la Commission mixte paritaire le 27 avril 2004, adopté par A.N., 6 mai 2004 : *JOAN* Doc. n^o 285 ; puis par Sénat, 13 mai 2004 : *JO Sénat* Doc. n^o 75, *CCE* 2004, comm. n^o 78.

3660. Douai, 5 oct. 2011, *D.* 2011. 2861, obs. C. Manara ; *Propri. ind.* 2012, comm. 9, J. Larrieu ; *D.* 2012. 2344, obs. J. Larrieu ; *CCE* 2012, chron. 11, n^o 14, obs. N. Dreyfus ; *RLDI* 2011/77, n^o 2551, obs. M. Trézéguet ; *CCE* 2012, comm. 15, M. Chagny.

3661. Not. sur la question : s. Soltani, « “Big data” et le principe de finalité », *RLDI* oct. 2013, p. 74.

3662. Groupe européen des autorités de protection, également dénommé G29, il a été institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 (sur ce texte, v. ss 1101 s.) d'où son nom.

3663. Avis n° 00569/13/EN, WP 203. Consultable sur
www.cnpd.public.lu/fr/publications/groupe-art29/wp203_en.pdf.

3664. Dan Ariely, professeur en Caroline du Nord a proposé une formule percutante pour montrer combien ce mot est utilisé alors même que peu de personnes en comprennent le sens : « *Big data is like teenage sex : everyone talks about it, nobody really knows how to do it, everyone thinks everyone else is doing it, so everyone claims they are doing it* ». Que l'on peut traduire par « Le *Big Data* c'est comme le sexe chez les adolescents : tout le monde en parle, personne ne sait vraiment comment le faire, tout le monde pense que tout le monde le fait, donc tout le monde prétend le faire ».

3665. Chiffres proposés dans l'article de L. Marino, « Le big data bouscule le droit », *RLDI* n° 99, déc. 2013, p. 55.

3666. Not. sur la question : T. Saint-Aubin, « Les nouveaux enjeux juridiques des données (big data, web sémantique et linked data) », *RLDI* mars 2014, p. 94.

3667. Ainsi en 2009, en pleine pandémie de grippe H1N1, le ministère américain de la santé a demandé l'aide de Google. En localisant sur une carte la position et la provenance des mots-clés tapés dans le célèbre moteur de recherche, les ingénieurs ont pu dessiner la carte de l'épidémie et ainsi anticiper son évolution.

3668. TNS Sofres, févr. 2012.

3669. s. Tisseron, *L'intimité surexposée*, Hachette littératures, 2001, p. 52. Ce concept y est décrit comme « le mouvement qui pousse chacun à mettre en avant une partie de sa vie intime, autant physique que psychique ».

367. Décision 10 juin 2004, n^o 2004-496, *JO* 22 juin.

3670. Directive n^o 2002/58 du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques »).

3671. Directive n^o 2009/136/CE du 25 novembre 2009 dite « Droits des citoyens ».

3672. Ord. n^o 2011-1012 relative aux communications électroniques.

3673. *Ibid.*

3674. Directive n^o 2009/136/CE du 25 novembre 2009 dite « Droits des citoyens ».

3675. Art. 2 de la directive de 2009/136/CE.

3676. Ord. n^o 2011-1012 relative aux communications électroniques.

3677. Lire notamment : C. Avignon, « La nouvelle recette des cookies à la française », *Gaz. Pal.* 15 oct. 2011, n^o 288, p. 9 ; F. Guthfreund-Roland et E. Marrache, « Ordonnance n^o 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques et transposition du troisième “Paquet télécom” », *RLDI* 1^{er} déc. 2011, n^o 77, p. 88 ; A-L. Falkman, « Cookies : l’“opt-in” va-t-il changer les choses ? », *CCC* 1^{er} oct. 2011, n^o 10, p. 2.

3678. Précisions données sur le site de la Cnil, dans une fiche pratique du 26 avril 2012 titrée « Ce que le paquet télécom change pour les cookies ».

3679. Un rapport d'information de l'Assemblée nationale n° 627 du 23 janvier 2008, sur la mise en application de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, présenté par J. Dionis du Séjour et C. Erhel évoque cette nouvelle nuisance numérique.

368. V. ss 1255, sur le contentieux de la société de l'information.

3680. Lire notamment, très détaillé sur la question : C. Feral-Schuhl, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz, coll. « Praxis », 6^e éd., n^o 43 s.

3681. « Le Publipostage électronique et la protection des données personnelles », Cnil,
Rapport présenté par Madame Cécile Alvergnat, adopté le 14 octobre 1999.

3682. Directive n^o 2002/58 du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

3683. Loi n^o 2004-575.

3684. Art. 13 : « Communications non sollicitées. 1. L'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur consentement préalable ».

3685. Les dispositions de cet article sont également reproduites dans l'art. L. 121-20-5 du Code de la consommation.

3686. En effet le § 5 de l'art. 13 de la directive du 12 juillet 2002 dispose que « les paragraphes 1 et 3 s'appliquent aux abonnés qui sont des personnes physiques. Les États membres veillent également, dans le cadre du droit communautaire et des législations nationales applicables, à ce que les intérêts légitimes des abonnés autres que les personnes physiques soient suffisamment protégés en ce qui concerne les communications non sollicitées ».

3687. L'alinéa 4 de l'art. L. 34-5 du CPCE prévoit en effet que par exception « la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées du destinataire ont été recueillies auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi n^O 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées au moment où elles sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé au cas où il n'aurait pas refusé d'emblée une telle exploitation. »

3688. La Cnil a dans ce cadre élaboré une norme simplifiée. La norme n° 48. Cnil, délib. n° 2005-112, 7 juin 2005, portant création d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel relatifs à la gestion des fichiers clients et de prospects. Cette délibération a depuis été abrogée et remplacée, par la délibération n° 2012-209 du 21 juin 2012.

3689. *Ibid.*

369. Préc.

3690. Pour illustration : T. corr. Lyon, 20 févr. 2001 ; T. corr. Paris, 24 mai 2002 ; T. corr. Le Mans, 7 nov. 2003.

3691. V. ss 1092 s.

3692. La société Directannonces a ainsi écopé d'une sanction pécuniaire de 40 000 euros pour l'usage d'un logiciel aspirateur, cette collecte étant considérée déloyale : Cnil, délib. n^o 2009-148 du 26 février 2009. Publication de la sanction sur le site de la Cnil et sur le site Légifrance.

3693. Le BEFTI est un service de la Direction régionale de la police judiciaire de Paris créé en février 1994 ayant pour mission essentielle de lutter contre les atteintes aux systèmes de traitements automatisés de données (STAD), qu'il s'agisse des réseaux informatiques ou télématiques, ou des systèmes de télécommunications (GSM, autocommutateurs d'entreprises...).

3694. C. Feral-Schuhl, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, réf. préc. n^o 43.47.

3695. Dans le rapport mentionné dans la note suivante la Cnil désigne d'ailleurs nommément les entreprises qu'elle a dénoncées au parquet dans le cadre de cette opération « boîte à spams ». Suite à ces démarches, le dirigeant de la société ABS a d'ailleurs été condamné : Crim. 14 mars 2006, n^o 05-83423, *RTD com.* 2006. 925, obs. Bouloc. La Cour de cassation a motivé sa décision en affirmant qu'« est déloyal le fait de recueillir, à leur insu, des adresses électroniques personnelles de personnes physiques sur l'espace public d'Internet, ce procédé faisant obstacle à leur droit d'opposition ». Elle a aussi considéré qu'une telle collecte de données nominatives est illicite même si elle est réalisée sans fichage des données collectées, l'envoi du message étant instantané, dès lors que les adresses sont mémorisées ne serait-ce qu'un instant dans la mémoire vive de l'ordinateur.

3696. Rapport adopté le 24 octobre 2002 intitulé « opération “boîte à spams” : les enseignements et les actions de la Cnil en matière de communications électroniques non sollicitées », et présenté par Madame Cécile Alvergnat.

3697. www.signal-spam.fr.

3698. Présentation proposée sur le site signal-spam. Lire sur la question : C. Feral-Schuhl, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, réf. préc. n^o 43.42.

3699. Information donnée sur le site de la Cnil.

37. Dir. 1999/93/CE, 13 déc. 1999, *JOCE* L 013, 19 janv. 2000, p. 12, (4) de l'exposé des motifs.

370. Préc.

3700. Certains fournisseurs, tel Yahoo, ont mis en place des dossiers mailing. Ce système permet un filtrage automatique permettant le captage des spams et un archivage durant 30 jours.

3701. Des spammeurs ont ainsi été condamnés à des peines allant de deux à neuf ans d'emprisonnement. Sur la question : C. Feral-Schuhl, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, réf. préc. n^o 43.49.

3702. Ainsi, le 29 octobre 2009, la Northern California District Court a condamné une société américaine à verser 711 millions de dollars de dommages et intérêts au profit de Facebook. Sur cette législation : C. Feral-Schuhl, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, réf. préc., n^o 43.48 et 24-51.

3703. C. Feral-Schuhl, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, réf. préc., n^o 24-52 et n^o 43.13.

3704. De tels codes ont ainsi été créés par L'union Française du Marketing Direct (UFMD) et par le Syndicat National de la Prospection Directe (SNPD). Ces deux codes ont été validés par la Cnil. Ils rappellent notamment que le consentement ne peut être présumé et qu'il ne doit pas non plus être dilué dans les conditions générales de vente. Il existe également le code de la Fédération des entreprises de vente à distance (FEVAD) ou celui de la Fédération of Européen Direct and Interactive marketing (FEDMA). Le contenu de ces divers codes est proposé en lien sur le site de la Cnil.

3705. V. not. : TGI Rochefort-sur-Mer, 28 févr. 2001 ; TGI Paris, ord. réf., 15 janv. 2002.
Pour une présentation de ces jugements : lire V. Fauchoux et P. Deprez, *Le droit de l'Internet*, Litec, coll. « Litec professionnel », 2009, n^o 236.

3706. Lire notamment sur la question : E. A. Caprioli, « L'enjeu de la protection des données à caractère personnel en matière de publicité ciblée », *CCE*, 6 juin 2009, comm. 60.

3707. Rapport du 5 février 2009 relatif à « La publicité ciblée en ligne », consultable sur le site de la Cnil.

3708. Avis 2/2010, WP 171, adopté le 22 juin 2010, p. 5 et 6. Consultable sur le site www.europa.eu.

3709. Sur la question : l'avis 5/2009, WP 163, sur les réseaux sociaux en ligne, adopté par le G29 le 12 juin 2009 p. 5. Consultable sur le site www.europa.eu.

371. Sur la responsabilité de ces prestataires, v. ss 1238 s.

3710. Propos de A. Lewis, cité par J.-E. Ray, « Actualité des TIC », *Dr. soc.* 2011, n^o 9-10, p. 933.

3711. Chiffre proposé dans un article publié sur le site Les échos.fr : C. Vincent, « La ruée vers l'or des données personnelles », 7 mars 2013. Une autre enquête réalisée pour l'émission Capital diffusée sur la chaîne M6 fait état d'une rémunération de 5 centimes pour la vente d'une adresse mail et de 15 à 60 euros en cas de cession d'un contenu de profil plus ou moins complet.

3712. Sur la question, lire l'article proposé sur le site de la Cnil le 28 février 2012, intitulé « Les nouvelles règles de confidentialité de Google soulèvent des inquiétudes ». Et plus spéc. sur la question : v. ss 1077, 1081.

3713. Art. précité de Vincent C., *Les échos*.

3714. Art. Les échos.fr, précité.

3715. Soc., 25 juin 2013, n° 12-17037 , FS P+B+I, *JCP* 2013, p. 1619, obs. A. Debet ; *JCP E* 2013, p. 1422, note J.-B. Seube ; s. Soubelet-Caroit et L. Soubelet, « L'étrange extracommercialité du fichier non déclaré à la Cnil », *RLDI* 2013, p. 29 ; P. Storrer, « Pour un droit commercial de l'exploitation des données à caractère personnel », *D.* 2013. 1844.

3716. *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, janv. 2013, La documentation française.

3717. Définition proposée à l'art. 2 d) de la directive du 12 juillet 2002 citée ci-dessous.

3718. Directive n^o 2002/58 du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques).

3719. Information révélée sur le site de la Cnil.

372. Dir. « commerce électronique », art. 2-e.

3720. Art. 5-1.

3721. *Ibid.*

3722. Cette notion est définie à l'art. 2 de la directive comme « tout service qui exige le traitement de données relatives au trafic ou à la localisation, à l'exclusion des données qui ne sont pas indispensables pour la transmission d'une communication ou sa facturation ».

3723. *Ibid.*

3724. Art. 15-1.

3725. CPCE, art. L. 34-1 III et décr. du 26 mars 2006, cité ci-dessous. Sur la question : W. Duhén, « L'imbroglio juridique de la conservation des données de connexion », *RLDI* avr. 2014, p. 81.

3726. Décr. n° 2006-358, relatif à la conservation des données des communications électroniques.

3727. Décr. n° 2007-1145, portant création d'un système automatisé de données à caractère personnel dénommé « système de transmission d'interceptions judiciaires ».

3728. Décr. n° 2011-219 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne. Dans une décision n° 347349 du 20 novembre 2013, le Conseil d'Etat a rejeté une demande d'annulation pour excès de pouvoir visant ce texte.

3729. CPCE, art. L. 34-1.

373. Loi n° 2014-344 relative à la consommation.

Sur le projet de loi « Hamon » du 2 mai 2013 : *JO AN* Doc. n° 2015 ; 1^{re} lecture AN, 3 juill. 2013, *JO AN* Doc. n° 176 ; 1^{re} lecture Sénat, 13 sept. 2013, *JO Sénat* Doc. n° 213. X. Delpech, « Loi sur la consommation, présentation de l'avant projet », *D.* 2013. 831 ; V. Legrand, « Les contrats conclus à distance et hors établissement dans le projet de loi consommation », *LPA* n° 111, 4 juin 2013, p. 5. ; G. Notte, *JCP E* 2013, act. 356.

Loi n° 2014-344, *JO* 18 mars 2014, p. 5400 ; G. Raymond, « Inventaire des mesures relatives au droit de la consommation », *JCP E* 2014, act. 213 ; aperçus rapides par N. Ferrier, A.-C. Martin, M. Bacache, *JCP* 2014, n° 375 à 377 ; L. Grynbaum, « Loi “Hamon” : une transposition d'importance », *RLDI* 2014/103, n° 3345.

3730. Art. L. 34-1, II du même Code. Ajout de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme.

3731. Art. L. 39-3 du même code.

3732. Même texte *in fine*.

3733. Paris 12 juin 2013, décision n° 13/06106. La première décision avait enjoint à l'hébergeur de mettre en place un dispositif de signalement des contenus illicites facilement accessible et visible. La cour d'appel a considéré que Twitter n'avait pas satisfait à cette injonction. Lire le commentaire de F. Chafiol-Chaumont et A. Canivez, « Affaire Twitter c/UEJF : suite et fin ? », *RLDI* n° 97, oct. 2013, p. 31.

3734. T. com. Paris, ord. réf., 1^{er} févr. 2013, *Uptoten/Google Ireland*. Décision consultable sur le site www.legalis.net.

3735. Ordonnance rendue par le juge des requêtes du TGI de Paris statuant en référé.

3736. CJCE 29 janv. 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06.

3737. Rapport remis le 13 mai 2013 par P. Lescure, intitulé « Acte II de l'exception culturelle : contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique ». Rapport disponible sur le site du ministère de la Culture et de la Communication.

3738. Loi du 28 octobre 2009, n^o 2009-1311, dite « Hadopi 2 ».

3739. Art. L. 34-1-1 du même Code.

374. Préc.

3740. Initialement de tels pouvoirs étaient également conférés, non pas seulement dans le cadre de la prévention des actes anti-terrorisme, mais également dans celui de leur répression. À l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité du 19 janvier 2006 (n^o 2005-532), le Conseil constitutionnel a cependant considéré que de telles réquisitions administratives, réalisées dans un objectif de répression et en dehors de toute autorisation judiciaire, méconnaissaient le principe de la séparation des pouvoirs et devaient de ce fait être déclarées inconstitutionnelles. Le reste de cet article a été jugé conforme à la constitution.

3741. Circ. NOR INT/C/1318958 C.

3742. The Onion Reuter.

3743. Not. sur la question :C. Lavardet, « Bitcoin : par ici la cryptomonnaie ! », *RLDI* 2014, p. 90.

3744. Directive 2006/24 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE.

3745. Art. 1-1.

3746. Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, concernant la directive sur la conservation des données (directive 2006/24/CE), COM (2011) 225 final.

3747. *Affaire Digital Rights Ireland, Minister of communications, Marine and Natural Resources et autres,* C-293/12, C-594/12.
<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-04/cp140054fr.pdf> CJUE,
communiqué, 8 avr. 2014.

3748. Dans ce sens : lire l'avis 1/2008 du G29, WP 148, sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche. Consultable sur le site de la Cnil, spécialement p. 13 où il est clairement indiqué « que les moteurs de recherche ne relèvent pas de la définition de services de communications électroniques ».

3749. Notamment sur la question : M.-P. Fenoll-Trousseau, « Les moteurs de recherche : un piège pour les données à caractère personnel », *CCE*, n^o 1, janv. 2006, étude 3.

375. Art. 2.

3750. Phrase citée dans l'ouvrage de L. Paillet, *Les réseaux sociaux sur Internet et le droit au respect de la vie privée*, Larcier, coll. « Droit des technologies », 2012, p. 118.

3751. Avis 1/2008, référence précitée.

3752. En ce sens : C. Féral-Schuhl, *op. cit.*, n^o 26.37.

3753. Lire en ce sens un article publié le 9 mai 2011 sur le site de la Cnil, intitulé « Durée de conservation des données par les moteurs de recherche : un pas en arrière ».

3754. Dans un tout autre domaine, on peut noter que cette seule détermination de l'appareil sur lequel a été commis le fait délictueux n'empêche pas, malgré l'absence d'identification précise de l'auteur des faits, une condamnation du titulaire de la connexion Internet, sur le fondement de la loi Hadopi relative à la protection des droits d'auteurs.

3755. Art. 2 alinéa 2 de cette loi. L'art. 2 a) de la directive 95/46 du 25 octobre 2005 définit quant à lui la donnée personnelle comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou **identifiable** » et ajoute « qu'est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou **indirectement**, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale ».

3756. Avis 4/2007, WP 136. Exemple n^o 15 donné dans l'avis, p. 18.

3757. Paris, 13^e ch., sect. A, 15 mai 2007.

3758. Paris, 13^e ch., sect. B, 27 avr. 2007.

3759. Paris, 14^e ch., sect. A, 12 déc. 2007.

376. Loi « confiance dans l'économie numérique », art. 22 ; sur cette question v. ss 130.

3760. Crim. 13 janv. 2009, n^o 08-84088.

3761. *Ministère public, SCPP, SACEM c/ J.-P.*

3762. V. not. : CE 23 mai 2007, *Sacem et autres/Cnil*, req. n^o 288149.

3763. CJCE 29 janv. 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06.

3764. Pour une présentation des formalités préalables, v. ss 1136 s.

3765. Sur les litiges opposant la Cnil et les sociétés de protection des droits d'auteurs :
C. Féral-Schuhl, *op. cit.*, n^o 75-51 s.

3766. Rapport d'information du Sénat, n^o 441 du 27 mai 2009.

3767. Recommandation n^o 10 du rapport.

3768. Pour une présentation de ce projet de réforme, v. ss 1103 s.

3769. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), Bruxelles, le 25 janvier 2012, COM (2012) 11 final.

377. Dérogations prévues aux art. 1369-5 et 1369-6, C. civ., issus de la loi « confiance dans l'économie numérique », art. 25 ; sur cette question v. ss 130 s.

3770. *Ibid.*

3771. *Ibid.*

3772. Toujours art. 4 de la proposition de règlement, préc.

3773. Avis 01/2012, WP 191, sur les propositions de réforme de la protection des données, spéc. p. 10.

3774. Par le biais d'une loi sur la protection des données, promulguée en 1970.

3775. Loi n^o 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite « loi Foyer ».

3776. Directive n^o 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données.

3777. Notamment sur la question : G. Desgens-Pasanau, *La protection des données à caractère personnel, La loi informatique et libertés*, LexisNexis, 2012.

3778. Loi n^o 2004-801 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

3779. Décr. n^o 2005-1309 modifié par un décr. n^o 2007-451 du 25 mars 2007.

378. Loi « confiance dans l'économie numérique », art. 16, I, 2°, 3° ; Dir. « commerce électronique », art. 1, 5, d.

3780. Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus. Ce projet avait été révélé par un article du *Monde*, écrit par P. Boucher, et publié le 21 mars 1974. Il était intitulé « Safari ou la chasse aux Français ».

3781. Cette expression est directement tirée du célèbre ouvrage de George Orwell, intitulé *1984*. Écrit en 1949 ce roman d'anticipation décrit un État policier et totalitaire dans lequel la liberté d'expression est anéantie et une organisation très pointue permet la surveillance quotidienne du citoyen.

3782. Exploitation Documentaire et Valorisation de l'Information Générale.

3783. Décr. n^o 2008-632 du 27 juin 2008 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « EDVIGE ». Ce fichier, qui concernait les personnes de 13 ans et plus, permettait (art. 1^{er} du texte) de :

- « centraliser et d'analyser les informations relatives aux personnes physiques ou morales ayant sollicité, exercé ou exerçant un mandat politique, syndical ou économique ou qui jouent un rôle institutionnel, économique, social ou religieux significatif, sous condition que ces informations soient nécessaires au Gouvernement ou à ses représentants pour l'exercice de leurs responsabilités ;

- De centraliser et d'analyser les informations relatives aux individus, groupes, organisations et personnes morales qui, en raison de leur activité individuelle ou collective, sont susceptibles de porter atteinte à l'ordre public. »

Même si cela devait se faire « à titre exceptionnel », ce fichier autorisait la collecte d'informations relatives à la santé ou à l'orientation sexuelle.

Le décret a finalement été retiré par un autre décret du 19 novembre 2008 (décr. n^o 2008-1199).

3784. Fichier Exploitation Documentaire et Valorisation de l'Information Relative à la Sécurité Publique.

3785. Lire notamment : le quotidien *Libération* du 17 octobre 2008, « Edvirsp, nouvel Edvige qui ne convainc pas » par G. Cogné.

3786. Spécialement sur les risques liés à la commercialisation des données : v. ss 1050 s.

3787. V. la feuille de route du gouvernement sur le numérique, Mesure n^o 13. Document présenté sur le site www.gouvernement.fr. Cette feuille de route est structurée selon trois axes : « une chance pour la jeunesse », « une économie plus compétitive » et « promouvoir les valeurs républicaines ».

3788. Sur la question : « Les informations personnelles issues de la voix et de l'image et la protection de la vie privée et des libertés fondamentales », rapport présenté à la Cnil par L. Cadoux, le 12 décembre 1995.

3789. Délibération n° 2013-420. E. Derieux, B. Pautrot, « Loi “informatique et libertés”, Cnil et moteurs de recherche », *RLDI* mars 2014, p. 73 et 77.

379. *Cf.* dir. « commerce électronique », art. 8 qui régit les conditions dans lesquelles ces professions pourront recourir à la publicité et la modification de l'art. 3 bis de la loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971, par l'art. 13 de la loi « Hamon » du 17 mars 2014, préc. qui élargit les possibilités de publicité et de sollicitation par cette profession.

3790. *Ibid.* Spécialement sur les règles de confidentialité de Google : v. ss 1077, 1081.

3791. *Ibid.*

3792. V. ss 1053 s.

3793. V. ss 1058 s.

3794. Art. 5 de la loi.

3795. Art. 4 de la loi de 1978 d'origine.

3796. L'art. 14 du texte annonce en effet que « la commission nationale de l'informatique et des libertés, veille à ce que les traitements automatisés, publics ou privés, d'informations nominatives, soient effectués conformément aux dispositions de la présente loi ».

3797. Pour une présentation de ce fichier : v. ss 1068.

3798. Art. 4 de la loi de 1978 d'origine et art. 2 de la loi de 1978 modifiée.

3799. La directive confirme le champ d'application de ce texte en précisant dans le considérant n^o 24 que « les législations relatives à la protection des personnes morales à l'égard du traitement des données qui les concernent ne sont pas affectées par la présente directive ».

38. Proposition de règlement sur « l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur », 4 juin 2012, COM (2012) 238 final ; *cf.* E Caprioli, « La régulation du marché européen de la confiance numérique : enjeux et perspectives de la proposition de règlement européen sur l'identification électronique et les services de confiance », *CCE* 2013. Étude 3 ; Th. Piette-Coudol, « Une législation européenne pour la signature électronique (À propos du règlement européen sur l'identification électronique et les services de confiance) », *RLDI* 2012, n^o 84, p. 78.

380. *Cf.* Com. 26 nov. 2013, n° 12-25.191, *CCE* 2014, comm. 5, note G. Loiseau.

3800. Affaire *Les Editions R. / Google France, Google Inc.* Jugement intégralement reproduit sur le site [Legalis.net](http://legalis.net).

3801. L'association préjudiciable des mots ne pouvait donc être sanctionnée sur le fondement de la loi de 1978. Elle pouvait par contre permettre une action sur le fondement de la diffamation, mais celle-ci était en l'espèce prescrite.

3802. T. com. Paris, *M. X c/ Google Inc, Google France*, *RLDI* avr. 2014, p. 57, obs. L. Costes. Décision intégrale proposée sur le site www.legalis.net.

3803. TGI Paris, 17^e ch. civ., 23 oct. 2013, *Bruno L., Ressources et actualisation / Google Inc., Google France*, *RLDC* avr. 2014, p. 80, obs. J.-M. Bruguière ; *RLDI* mars 2014, p. 37, obs. O. Roux. Décision intégralement disponible sur le site [Legalis.net](http://legalis.net).

3804. Civ. 1^{re}, 19 juin 2013, n° 12-17.591, *D.* 2013. 2491, obs. P. Trefigny; *CCE* 2013, comm. 94, A. Lepage.

3805. Commission générale de terminologie et de néologie, avis, *JO* 20 mai 2005, p. 8803.

3806. En 2005, on comptait 7,4 millions d'utilisateurs de blogs en France, ce qui représente 28,6 % de la population du réseau Internet. Près de 80 000 nouveaux blogs seraient créés chaque jour dans l'hexagone. Chiffre proposé dans l'ouvrage de V. Fauchoux et P. Deprez, *Le droit de l'Internet*, réf. préc., n^o 377.

3807. Délib. n° 2005-284. Cette délibération sera également l'occasion de prévoir une dispense de déclaration préalable pour ces sites personnels.

3808. CJCE 6 nov. 2003, aff. 101/01.

3809. Art. 26 de la loi de 1978. Dérogation déjà prévue par les art. 15 et 19 *in fine* de la loi de 1978 d'origine.

381. Loi « confiance dans l'économie numérique », art. 16, I, 1°.

3810. Art. 41 de la loi de 1978. Dérogation déjà prévue dans l'art. 39 de la version initiale de la loi de 1978.

3811. Art. 44-IV de la loi de 1978.

3812. V. not. la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur « l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ».

3813. Indication donnée dans la rubrique « Article » intitulé : « Vous êtes établi hors de France ».

3814. Document de travail WP 56 adopté le 30 mai 2002, relatif à « l'application internationale du droit de l'UE en matière de protection des données au traitement des données à caractère personnel sur Internet par des sites web établis en dehors de l'UE ».

3815. Décision consultable sur le site www.legalis.net.

3816. Décision consultable sur le site www.legalis.net. On note que cette ordonnance permettra cependant la condamnation de Google Inc.

3817. UEJF et autres/Twitter Inc. et Twitter France. Décision consultable sur le site www.legalis.net. On précise que bien que cette décision ait été prononcée sur le fondement de la loi LCEN, elle concerne cependant directement la question des critères d'applicabilité de la loi informatique et libertés, l'article 14 de la loi LCEN conditionnant également l'application de cette loi au fait que la personne est établie en France.

3818. Paris, 12 juin 2013, n° 13/06106. Lire sur la question : F. Chafiol-Chaumont et A. Canivez, « Affaire Twitter c/UEJF : suite et fin ? », *RLDI* n° 97, oct. 2013, p. 31.

3819. Affaire *Mathieu S/Twitter Inc.* Décision consultable sur le site www.legalis.net.

382. V. ss 1238 s., sur le contentieux de la société de l'information.

3820. Délibération n° 2013-420.

3821. Sur la question, v. ss 1077, 1081.

3822. Ord. n° 374595, *RLDC* avr. 2014, p. 75, obs. A. Favreau.

3823. Pour une présentation de cette réforme : v. ss 1103 s.

3824. Art. 5 de la loi du 6 janvier 1978.

3825. Site de la Cnil dans la rubrique « Article », intitulé : « Vous êtes établi hors de France ».

3826. Document relatif à « l'application internationale du droit de l'UE en matière de protection des données au traitement des données à caractère personnel sur Internet par des sites web établis en dehors de l'UE », document WP 56, adopté le 30 mai 2002.

3827. Lire sur le site de la Cnil l'article intitulé « Contrôler Latitude ».

3828. Pour une présentation de ce nouveau service : lire l'article proposé sur le site de la Cnil, en date du 15 octobre 2010, intitulé « Facebook Places en question ».

3829. Condamnation en date du 17 mars 2011. Sur la question, lire l'article publié sur le site de la Cnil en date du 21 mars 2011 intitulé : « Google “Street View” : la Cnil prononce une amende de 100 000 euros ».

383. V. ss 1238 s., le contentieux de la société de l'information.

3830. Délibération n° 2013-420.

3831. *Ibid.*

3832. *UEJF et autres/Twitter Inc. et Twitter France.* Décision consultable sur le site www.legalis.net.

3833. *Ibid.*

3834. Paris, 12 juin 2013, n° 13/06106.

3835. Également à l'art. 4 de la directive de 1995.

3836. Réf. préc.

3837. Même décision.

3838. V. ss 1078.

3839. Affaire *Les Editions R. / Google France, Google Inc.*, jugement intégralement reproduit sur le site [Legalis.net](http://www.legalis.net).

384. Loi « confiance dans l'économie numérique », art. 6 I 1.

3840. T. com. Paris, 28 janv. 2014, *M. X c/ Google Inc, Google France, RLDI* avr. 2014, p. 57, obs. L. Costes. Décision intégrale proposée sur le site [Legalis.net](http://legalis.net).

3841. *M^{me} C./Google France et Inc.* Décision consultable sur le site [Legalis.net](http://legalis.net).

3842. TGI Paris, 17^e ch. civ., 23 oct. 2013, *Bruno L., Ressources et actualisation / Google Inc., Google France, RLDC* avr. 2014, p. 80, obs. J.-M. Bruguière. Décision intégralement disponible sur le site [Legalis.net](http://legalis.net).

3843. Civ. 1^{re}, 19 juin 2013, n° 12-17.591, *D.* 2013. 2491, obs. P. Trefigny ; *CCE* 2013, comm. 94, A. Lepage.

3844. Lettre disponible sur le site de la Cnil, proposée en lien d'un article intitulé « Les gardiens de la vie privée exhortent Google à respecter les lois ».

3845. Pour une présentation de cet accord : v. ss 1112.

3846. Également sur la question : v. ss 1077, 1081.

3847. Lire sur la question, l'article proposé sur le site de la Cnil en date du 28 février 2012 et intitulé : « Les nouvelles règles de confidentialité de Google soulèvent des inquiétudes ».

3848. Sur la question, lire l'article publié sur le site de la Cnil en date du 18 février 2013, intitulé « Règles de confidentialité de Google : vers une action répressive et coordonnée des autorités européennes. ». Egalement un autre article publié sur le site le 2 avril 2013 et intitulé : « Règles de confidentialité de Google : six autorités européennes lancent, le même jour, une action répressive concertée ».

3849. Délib. n° 2013-420 du 3 janv. 2014.

385. Loi « confiance dans l'économie numérique » art. 6. I 2.

3850. *Ibid.*

3851. *Ibid.*

3852. Sur les règles d'application territoriale de la loi du 6 janvier 1978 : v. ss 1076 s.

3853. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), 2012/0011 (COD). Consultable sur le site de la Cnil. Sur la question : v. ss 1103 s.

3854. Art. 3, 2 a) et b) du projet de règlement.

3855. Pour une présentation complète de cette question : C. Féral-Schuhl, *op. cit.*, n° 15.00 s. ; A. Bensoussan, *Informatique et libertés*, éd. F. Lefebvre, 2^e éd., n° 2900 s.

3856. Art. 68 de la loi du 6 janvier 1978. La directive de 1995 parle quant à elle d'un niveau de protection « adéquat ».

3857. Art. 70 de la loi du 6 janvier 1978.

3858. Document de travail WP 12, adopté le 24 juillet 1998, intitulé « Transferts de données personnelles vers des pays tiers : application des articles 25 et 26 de la directive de l'UE relative à la protection des données ». Le G29 a ainsi conclu dans ce document que « ces dérogations, formulées de manière restrictive, ne doivent concerner que des cas dans lesquels les risques pour la personne concernée sont relativement faibles, ou des cas dans lesquels d'autres intérêts (qu'ils soient publics ou propres à la personne concernée elle-même) priment le droit de la personne concernée au respect de sa vie privée ».

3859. À ce titre un accord entre les autorités de supervision française et américaine, relativement à la surveillance des réseaux d'audit mondiaux, a été validé par la Cnil ce qui vaut autorisation de transfert international des données. Cnil, Communiqué du 5 mars 2013.

386. Sur l'éventuelle responsabilité du fait de cette activité, v. ss 1287 s.

3860. Les BCR désignent un code de conduite qui définit la politique interne d'un groupe en matière de transferts de données personnelles hors de l'Union européenne.

3861. Pour une présentation de cet accord : v. ss 1112.

3862. Art. 32 I 7° de la loi du 6 janvier 1978.

3863. Lire sur la question : C. Causse-Gabarrou, « Les transferts internationaux de données à caractère personnel dans la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil et compétitivité des entreprises : perspectives d'amélioration », *RLDI* 2013, p. 79.

3864. « Le fait, hors les cas prévus par la loi, de procéder ou de faire procéder à un transfert de données à caractère personnel faisant l'objet ou destinées à faire l'objet d'un traitement vers un État n'appartenant pas à la Communauté européenne en violation des mesures prises par la Commission des Communautés européennes ou par la Commission nationale de l'informatique et des libertés mentionnées à l'article 70 de la loi n^o 78-17 du 6 janvier 1978 précitée est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende ».

3865. CJCE 6 nov. 2003, *Lindqvist*, aff. n^o C-101/01, *D.* 2004. 1062.

3866. Délib. n^o 2006-147 du 23 mai 2006.

3867. Le budget de la Cnil est rattaché au ministère de la Justice.

3868. Art. 13 de la loi du 6 janvier 1978.

3869. Il y a trois personnes qualifiées pour leurs connaissances de l'informatique ou des questions touchant aux libertés individuelles nommées par décret et deux autres personnes qualifiées pour leurs connaissances de l'informatique désignées respectivement par le président de l'Assemblée nationale et par le président du Sénat.

387. C'est pourquoi un site qui se présente comme un comparateur de prix doit indiquer clairement qu'il référence de manière prioritaire les commerçants qui rémunèrent ses services de « référencement » et indiqué qu'il est un site publicitaire : Com. 4 déc. 2012, pourvoi n^o 11-27729, *RLDI* 2013, n^o 89, p. 27 note L. Grynbaum ; *CCE* 2013, comm. ; n^o 14 note G. Loiseau ; Sur cette question et les pratiques commerciales trompeuses, v. ss 215 s., « le droit du marché ».

3870. Art. 14 de la loi du 6 janvier 1978.

3871. L'actuelle Présidente est Madame Isabelle Falque-Pierrotin. Le 27 février 2014, elle a également été élue pour deux ans à la tête du Groupe de l'article 29.

3872. CJCE 9 mars 2010, *Commission des Communautés européennes/république fédérale d'Allemagne*, aff. C-518/0.

3873. Pour une présentation des risques liés au numérique : v. ss 1031 s.

3874. Pour une présentation de ces formalités préalables : v. ss 1136 s.

3875. Rapport présenté par Madame I. Falque-Pierrotin, nouvelle présidente de la Cnil, le 23 avril 2013. La documentation française. Consultable sur le site de la Cnil dans la rubrique « Documentation/rapport d'activité. »

3876. Art. 44 III.

3877. *Rapport d'activité 2013.* Référence précitée.

3878. Initialement le texte prévoyait la compétence du président du tribunal de grande instance.

3879. Loi n° 2014-344 relative à la consommation, L. Grynbaum, « Loi “Hamon” : une transposition d'importance », *RLDI* avr. 2014, p. 73.

388. Loi « confiance dans l'économie numérique » art. 20.

3880. Y. Padova, « La Cnil, nouvel acteur du contrôle dans le cyberspace ? », *RLDI* févr. 2014, 101. On précise que le Conseil constitutionnel a déclaré cette loi pour l'essentiel conforme à la constitution : Cons. const. 13 mars 2014, n° 2014-690 DC.

3881. Art. 51 de la loi du 6 janv. 1978.

3882. Art. 21 de la loi de 1978. Sur la question : Cons. const. 29 juill. 2004, n^o 2004-499 DC.
Également Cnil, Délibération n^o 2006-173 du 28 juin 2006.

3883. Art. 44, IV de la loi de 1978.

3884. Art. insérés dans une section 5 relative « aux atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques ».

3885. Not. sur la question : C. Bloud-Rey, « Quelle place pour l'action de la Cnil et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ? », *D.* 2013. 2795.

3886. CE 19 févr. 2008, juge des référés, req. n^o 311974.

3887. Par une délibération du 5 mai 2011, la Commission a élu les six membres de la formation contentieuse dont le président. Cette élection fait suite à l'entrée en vigueur, le 31 mars 2011, de la loi relative au Défenseur des droits qui dispose que désormais le président et les deux Vice-présidents de la Cnil ne sont plus éligibles à la formation contentieuse de la Commission. La nouvelle formation siège depuis le mois de juin 2011. On précise que le Conseil d'État a rejeté une QPC contestant le nouveau régime juridique des sanctions de la Cnil résultant de cette loi : CE 12 mars 2014, n° 353.193, *RLDI* avr. 2014, p. 55, obs. L. Costes.

3888. Art. 46 de la loi de 1978.

3889. Cnil, Délib. n^o 2010-113 du 22 avr. 2010.

389. Dir. art. 6 a) et b).

3890. Décis. n^o 340026.

3891. CE 12 mars 2014, n° 354.629, *RLDI* avr. 2014, p. 54, obs. L. Costes.

3892. Cons. const. 30 déc. 1997, n^o 97395 DC.

3893. Art. 47 de la loi de 1978.

3894. Art. 3 de l'art. 47.

3895. Loi organique n^o 2011-333. On précise que le Conseil d'État a rejeté une QPC contestant le nouveau régime juridique des sanctions de la Cnil résultant de cette loi : CE 12 mars 2014, n^o 353.193, *RLDI* avr. 2014, p. 55, obs. L. Costes.

3896. Art. 45 II de la loi du 6 janvier 1978.

3897. Art. 45 II 4° de la loi de 1978.

3898. Cnil, Communiqué du 11 juin 2012.

3899. Décision de la formation restreinte de la Cnil prononcée le 3 janvier 2013,
Communiqué du 23 janvier 2013.

39. Proposition transmise au Parlement européen le 23 déc. 1998 ; COM (1998) 586 final : *JOCE* C 30, 5 févr. 1999, p. 4 ; cf. J. Huet, « La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998 », *CCE* 1999, Chron. n^o 4.

390. Paris, pôle 1, ch. 3, 22 janv. 2013, n^o 11/05403, *SA Concurrence c/ Sté Google Inc. et SARL Google France*, CCE 2013, comm. n^o 53, note G. Loiseau.

3900. On peut par exemple citer le très complet guide des professionnels de santé.

3901. En janvier 2013, elle a ainsi mis en ligne 5 fiches pratiques sur les données personnelles au travail. Ces documents ont fait l'objet de plus de 30 000 téléchargements.

3902. Cnil, Communiqué du 25 février 2013.

3903. 3°, c) de l'art. 11 de la loi du 6 janvier 1978.

3904. Sur la question : v. ss 1083 s.

3905. Ce rôle d'expert est spécialement envisagé au 4° de l'art. 11 de la loi du 6 janvier 1978.

3906. Cnil, Communiqué du 12 décembre 2012.

3907. Cnil, Communiqué du 15 octobre 2012.

3908. Cnil, Communiqué du 30 octobre 2012.

3909. Cnil, Communiqué du 26 novembre 2012.

391. C. consom., art. L. 121-15-3 al. 2.

3910. Cnil, Recommandation du 25 juin 2012. Not. sur la question : M-C. Roques-Bonnet, « *Cloud computing* : les actions de la Cnil démontrant l'existence d'un nouveau mode de régulation », *RLDI* n° 98, nov. 2013, p. 126 ; N. Dubois et C. Hellendorff, « La protection des données et le *cloud computing* », *RLDI* n° 98 de nov.2013, p. 121.

3911. Cnil, communiqué du 24 janv. 2013.

3912. Cnil, recommandation du 26 janv. 2012, n^o 2012-020.

3913. Avec L'Union Nationale des Associations Familiales (UNAF) a été organisée une journée de sensibilisation à destination des parents et un guide a été élaboré. Communiqué de la Cnil du 5 févr. 2013.

3914. Séminaire organisé le 28 février 2013 à Gennevilliers.

3915. Information communiquée sur le site de la Cnil le 6 mars 2013. Il faut indiquer à ce titre que la politique française d'ouverture des données publiques a franchi un nouveau cap, le Premier ministre ayant dévoilé le mercredi 18 décembre la nouvelle version du portail Data.gouv.fr. La plateforme “data.gouv.fr” permet aux services publics de publier des données publiques et à la société civile de les enrichir, modifier, interpréter en vue de coproduire des informations d'intérêt général. Les données à caractère personnel (données fiscales ou patrimoniales, données médicales, etc.) et celles dont la publication contrevient à la loi (secret médical, secret de la défense nationale, secret statistique, secret des affaires, etc.) ne sont évidemment pas acceptées sur cette plateforme.

3916. Art. 11 *in fine*.

3917. Pour une présentation détaillée de ce droit d'accès : v. ss 1125 s.

3918. Art. 41 et 42 de la loi du 6 janvier 1978.

3919. CE 4 nov. 2013, n° 362459, inédit au *Lebon*.

392. C. consom. art. L. 121-2 à L. 121-6.

3920. CE 29 juin 2011, req. n^o 339147.

3921. V. la feuille de route du gouvernement sur le numérique du 28 février 2013. Document présenté sur le site www.gouvernement.fr.

3922. G. Desgens-Pasanau, *Le correspondant « informatique et libertés »*, LexisNexis, 2013, 380 p.

3923. Décr. n^o 2005-1309.

3924. Art. 22 de la loi de 1978.

3925. Art. 22 III de la loi du 6 janvier 1978.

3926. Référence précitée.

3927. Guide consultable sur le site de la Cnil.

3928. Association Française des Correspondants à la protection des Données à caractère Personnel (AFCDP), le réseau des CIL de la Sécurité Sociale (CIL UCANSS), le réseau des CIL de l'enseignement supérieur et de la recherche (SUPCIL), le réseau des CIL des collectivités locales (CLUB CIL APRONET) ou enfin le réseau des CIL avocats (APACIL).

3929. Pour une présentation des formalités préalables : v. ss 1136 s.

393. C. consom. art. L. 121-6 et L. 213-1.

3930. Art. 22 III de la loi du 6 janvier 1978.

3931. Art. 6.2.2 du règlement intérieur national.

3932. F. Creux-Thomas, « Avocat-CIL, en un battement ? », *JCP* 22 octobre 2012, n^o 43, p. 1925.

3933. Pour une présentation détaillée de ce projet de règlement : v. ss 1103 s.

3934. V. le tableau synthétique réalisé par la Cnil et proposé dans un article intitulé « le Cil à l'heure du projet de règlement européen », en date du 5 avril 2012 et consultable sur le site.

3935. Art. 35 du projet de règlement européen.

3936. Un utile renvoi peut donc ici être fait aux paragraphes consacrés à la présentation de la loi du 6 janvier 1978 : v. ss 1066 s.

3937. Pour le détail des obligations du responsable du traitement : v. ss 1135 s.

3938. Intitulé de la section II de la directive.

3939. Art. 11 de la directive.

394. Pour les boissons alcooliques, CSP, art. L. 3323-2 à L. 3323-6 ; pour le tabac : CSP, art. L. 3511-1 à L. 3512-4.

3940. Art. 12 de la directive.

3941. Même article.

3942. Art. 14 de la directive.

3943. V. ss 1114 s.

3944. Art. 16 et 17 de la directive.

3945. V. ss 1136 s.

3946. Cela a par exemple été le cas de la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

3947. COM (2003) 265 final du 15 mai 2003. « Premier rapport sur la mise en œuvre de la directive relative à la protection des données ».

3948. COM (2007) 87 final du 7 mars 2007. « Suivi du programme de travail pour une meilleure mise en application de la directive sur la protection des données. »

3949. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, et au comité des régions : « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne », COM (2010) 609 final.

395. Art L. 3323-2 9° « (...) à l'exclusion de ceux qui, par leur caractère, leur présentation ou leur objet, apparaissent comme principalement destinés à la jeunesse, ainsi que ceux édités par des associations, sociétés et fédérations sportives ou des ligues professionnelles au sens du Code du sport ».

3950. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM (2012) 11 final.

3951. Le texte du projet de règlement énonce ainsi dans le point 3.1 qu'« un règlement est considéré comme l'instrument juridique le plus indiqué pour définir le cadre de la protection des données à caractère personnel dans l'Union. Son applicabilité directe, prévue à l'art. 288 du TFUE, permettra de réduire la fragmentation juridique et d'apporter une plus grande sécurité juridique, en instaurant un corps harmonisé de règles de base, en améliorant la protection des droits fondamentaux des personnes physiques et en contribuant au bon fonctionnement du marché intérieur ».

3952. V. ss 1097 s.

3953. Art. 35 du projet de règlement.

3954. Art. 51 du projet de règlement.

3955. Sur ce point lire l'article proposé le 26 janvier 2012 sur le site de la Cnil, intitulé « Projet de règlement européen : la défense de la vie privée s'éloigne du citoyen ».

3956. *Ibid.*

3957. Art. 22 du projet de règlement.

3958. Art. 31 du projet de règlement. Lire not. sur la question : O. Proust, « La notification des violations de données à caractère personnel : décryptage et analyse », *RLDI* 2013, p. 66.

3959. Art. 32 du projet de règlement.

396. Même texte.

3960. Art. 79 du projet de règlement.

3961. Art. 11 du projet de règlement.

3962. Art. 15 et 16 du projet de règlement.

3963. Art. 18 du projet de règlement.

3964. Explication donnée dans le projet de règlement au point 3.4.3.3.

3965. Art. 17 du projet de règlement.

3966. V. ss 1128 s.

3967. Sur la question : C. Causse-Gabarrou, « Les transferts internationaux de données à caractère personnel dans la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil et compétitivité des entreprises : perspectives d'amélioration », *RLDI* 2013, p. 79.

3968. Avis 01/2012 sur les propositions de réforme de la protection des données, WP 191.

3969. Document WP 199.

397. Paris, 23 mai 2012, n^o 11/15591, *CCE* 2012, Chron. n^o 7, n^o 18.

3970. Art. 40 s. du projet de règlement européen.

3971. Modalités spécialement prévues par le point 5 de l'art. 42 du projet de règlement européen.

3972. Résolution 108 du 12 mars 2013. Résolution européenne sur la protection des données personnelles.

3973. Article publié sur le site de la Cnil le 16 janvier 2013, intitulé « Satisfaction de la Cnil sur le pré-rapport concernant le projet de règlement de la Commission européenne ».

3974. Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données). (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)). Lire notamment sur la question : pour une présentation de l'analyse du groupe de travail de Trans Europe Experts, N. Martial-Braz, J. Rochfeld, E. Gattone, « Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ? », *D.* 2013. 2788 ; N. Metallinos et N. Botchorichvili, « Réforme du cadre européen de la protection des données à caractère personnel : où en est-on ? », *RLDI* n° 99, déc. 2013, p. 81.

3975. Dir. n^o 2002/58 du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques).

3976. Loi n^o 2004-575.

3977. Dir. 97/66/CE.

3978. Dir. n^o 2009/136/CE du 25 novembre 2009 dite « Droits des citoyens ».

3979. Ord. n^o 2011-1012 relative aux communications électroniques.

398. CSP, art. L. 3511-3.

3980. V. ss 1033 s.

3981. V. ss 1042 s.

3982. V. ss 1053 s.

3983. Dir. 2006/24 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la dir. 2002/58/CE.

3984. Art. 4 et 5 de la dir. du 12 juillet 2002.

3985. Art. 12 de la dir. du 12 juillet 2002.

3986. Réf. citée ci-dessus.

3987. Réf. précitée.

3988. Art. 1-1. V. ss 1106, 1057.

3989. *Affaire Digital Rights Ireland, Minister of communications, Marine and Natural Resources et autres,* C-293/12, C-594/12.
<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-04/cpl40054fr.pdf> CJUE,
communiqué, 8 avr. 2014.

399. CSP, art. L. 3511-3 al. 3, 2°.

3990. Règlement 45/2001/CE du Parlement européen et du Conseil, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes de la Communauté et à la libre circulation des données.

3991. Art. 5 de la Convention.

3992. Art. 6 de la Convention.

3993. Art. 10 de la Convention.

3994. Art. 12 de la Convention.

3995. Art. 13 de la Convention.

3996. CEDH 4 déc. 2008, *S et Marper/Royaume Uni*, req. n^o 30562/04 et 30566/04.

3997. CEDH 18 avr. 2013, *M. K. c. France*, req. n^o 19522/09.

3998. Rép. min. n° 40425, *JOAN* Q du 7 janv. 2014, p. 271.

3999. Décision n^o 2000/520/CE.

4. F. Génv, *Science et technique en droit privé positif*, T. III, Sirey, 1921, n^o 202 s.

40. Directive n^o 2000/31 « relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur », dite « Directive sur le commerce électronique », *JOCE* L 178, 17 juill. 2000, p. 1 s. L. Grynbaum, « La Directive “commerce électronique” ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », *JCP* 2001. I. 307.

400. CSP, art. L. 3511-5.

4000. V. ss 1136 s.

4001. Art. 22 III de la loi du 6 janvier 1978 : « Les traitements pour lesquels le responsable a désigné un correspondant à la protection des données à caractère personnel chargé d'assurer, d'une manière indépendante, le respect des obligations prévues dans la présente loi sont dispensés des formalités prévues aux articles 23 et 24, sauf lorsqu'un transfert de données à caractère personnel à destination d'un État non membre de la Communauté européenne est envisagé ».

4002. Pour une analyse critique du comportement de l'entité Facebook : L. Pailler, *Les réseaux sociaux sur Internet et le droit au respect de la vie privée*, éd. Larcier, coll. « Droit des technologies », 2012, p. 154 s.

4003. Lire en ce sens un article proposé sur le site de la Cnil, du 21 février 2013, intitulé « Transferts internationaux de données : vers une articulation de l'encadrement des flux entre l'Europe et la zone Asie Pacifique ? ».

4004. Il s'agit d'un réseau francophone d'autorités de protection des données, créé en septembre 2007 et réunissant 38 états.

4005. Le Burkina Faso, le Bénin, le Maroc, la Tunisie, Maurice, le Sénégal, ainsi que le Gabon.

4006. Lire sur la question l'article publié sur le site de la Cnil, le 28 novembre 2011, et intitulé « Vers une coopération internationale renforcée des autorités de protection des données ».

4007. Dir. n^o 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données.

4008. Loi n^o 2004-801 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

4009. Décr. n^o 2007-451 du 25 mars 2007 modifiant le décr. n^o 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n^o 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi n^o 2004-801 du 6 août 2004.

401. CJCE 13 juill. 2004, *JCP A* 2004. 1833, note M. Gautier ; dans le même sens Com. 5 avr. 2005, pourvoi n^o 97-21291, *CCC* 2005, comm. n^o 159, note G.

4010. Art. 32 III de la loi du 6 janvier 1978.

4011. V. ss 1114 s.

4012. Décr. n^o 2007-451 précité. Cet art. 14 modifie l'art. 91 du décr. précité du 20 octobre 2005.

4013. Même art. dans le III.

4014. Fiche pratique intitulée : « L'état des lieux en matière de procédé d'anonymisation ».

4015. IV de l'art. 32 de la loi de 1978.

4016. Décr. n^o 2005-1309.

4017. C. pén., art. 131-13.

4018. V. ss 1033 s.

4019. p. 3 de l'avis, il est ainsi indiqué que « le groupe de travail rappelle que les moteurs de recherche sont tenus d'informer clairement les utilisateurs à l'avance de toutes les utilisations prévues de leurs données, et de respecter leur droit de consulter, de vérifier ou de corriger aisément ces données personnelles conformément à l'article 12 de la directive sur la protection des données (95/46/CE) ». p. 23 est ajouté que « le groupe de travail pense que la corrélation des données à caractère personnel entre les services et les plateformes pour les utilisateurs authentifiés ne peut se faire légitimement qu'avec le consentement de l'utilisateur, après que celui-ci a été correctement informé ». Et encore p. 24 : « Les fournisseurs de moteurs de recherche devraient indiquer clairement dans quelle mesure les données sont transmises entre les services et ne procéder qu'avec le consentement des utilisateurs ».

402. Préc.

4020. 4° de l'art. 7 de la loi du 6 janvier 1978.

4021. Même texte.

4022. *SNES FSU et autres/Note2be.com*. Arrêt proposé sur le site www.legalis.net.

4023. V de l'art. 32.

4024. *Ibid.*

4025. *Ibid.*

4026. Cnil, délib. n^o 2011-203.

4027. CE 12 mars 2014, n° 353193.

4028. CJUE, 7 nov. 2013, aff. C-473/12, J. de Romanet, « Protection des données privées : les exceptions à l'obligation d'information sont optionnelles », *RLDI* 2014, n° 101, p. 59.

4029. Art. 96 du décret de 2005 modifié par celui de 2007.

403. V. ss 1358.

4030. *Ibid.*

4031. Guide disponible sur le site de la Cnil.

4032. La liste Robinson/Stop Publicité.

4033. Alinéa 2 de l'art. 38 de la loi de 1978.

4034. Lire en ce sens, le point sur le droit d'opposition, proposé sur le site de la Cnil dans la rubrique intitulée « Vos droits ».

4035. V. ss 1115 s.

4036. Terme de l'art. 39 qui révèle la volonté du législateur d'entendre de manière très restrictive cette exception.

4037. V. ss 1096.

4038. Art. 41 et 42 de la loi du 6 janvier 1978.

4039. V. la feuille de route du gouvernement sur le numérique du 28 février 2013. Document présenté sur le site www.gouvernement.fr.

404. CJUE 25 oct. 2011, *eDate Advertising GmbH c/X et Olivier Martinez et Robert Martinez c/MGN limited*, aff. jointes C-509/09 et C-161/10, M.-E. Ancel, *CCE* 2012. Chron. 1 ; *D.* 2012. 1279, note T. Azzi ; *JCP* 2012. 35, note s. Franck ; s. Bollée, B. Haftel, « Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyberdélits après l'arrêt *eDate Advertising et Martinez* », *D.* 2012. 1285 ; E Treppoz, « Territorialité et propriété intellectuelle », *RTD eur.* 2011. 849; et v. ss 1358.

4040. Crim. 6 mai 2008, n^o 07-82000.

4041. Art. précité.

4042. *Ibid.*

4043. Art. 14 du décr. du 25 mars 2007 modifiant l'art. 100 du décr. du 20 octobre 2005.

4044. 5° de l'art. 6 de la loi du 6 janvier 1978.

4045. Pour une présentation de la directive data-rétention relative à la conservation des données : v. ss 1106, 1057.

4046. *32^e rapport d'activité*, La documentation française. Document consultable sur le site de la Cnil, dans la rubrique « Documentation ».

4047. Propos exprimés dans le *Rapport d'activité 2012*, dans un article consacré, p. 83 au droit à l'oubli numérique. Rapport d'activité consultable sur le site de la Cnil, dans la rubrique « Documentation ».

4048. Affaire *Diane Z/Google*. Décision intégralement publiée sur le site www.legalis.net.

4049. TGI Paris, 17^e ch., 6 nov. 2013, *Max Mosley c. Google Inc et Google France*, RG 11/07970, *RLDC*, avr. 2014, p. 73, obs. B. Gleize.

405. V. ss 1042 s.

4050. Cnil, délib. n^o 2010-028 du 4 févr. 2010.

4051. CEDH, 18 avril 2013, *M. K. c/ France*, n° 19522/09, *JCP* 2013, act. 576, B. Pastre-Belda.

4052. Sénat, Rapport n^o 441 du 27 mai 2009, *La vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information*, La documentation française. Recommandation n^o 14.

4053. Doc. Sénat n^o 93, Proposition de loi visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique.

4054. *Ibid.* p. 15 du rapport.

4055. *Ibid.*

4056. Lire en ce sens, l'article publié sur son site en date du 16 janvier 2013, intitulé « Satisfaction de la Cnil sur le pré-rapport concernant le projet de règlement de la Commission européenne ». Propos réitéré à la p. 84 du *Rapport d'activité 2012*, consultable sur le site de la Cnil dans la rubrique « Documentation ».

4057. Sur l'applicabilité de la loi de 1978 à Google : v. ss 1081.

4058. Avis 01/2012, WP 191, sur les propositions de réforme de la protection des données.

4059. Sur la question : N. Metallinos et N. Botchorichvili, « Réforme du cadre européen de la protection des données à caractère personnel : où en est-on ? », *RLDI* déc. 2013, n° 99, p. 84.

406. Cinq délibérations dénonçaient des sociétés se livrant à l'exercice de l'activité de spamming, Délibérations : 02-075 à 02-079 du 24 octobre 2002 portant dénonciation au parquet d'infractions à la loi du 6 janvier 1978, www.legifrance.fr.

4060. Not. dans ce sens : J.-M. Bruguière, « Le “droit à” l'oubli numérique, un droit à oublier », *D.* 2014. 299.

4061. Référence précitée.

4062. Sur la question : C. Castets-Renard, G. Voss, « Le “droit à l'oubli numérique” en Europe et en Californie », *RLDI* janv. 2014, p. 51.

4063. Pour illustration : CE 12 mars 2014, n° 354.629, *RLDI* avr. 2014, p. 54, obs. L. Costes. Le Conseil d'Etat a ainsi considéré que cette holding qui avait décidé de la nature des données collectées, avait déterminé les droits d'accès à celles-ci et fixé leur durée de conservation, devait être considérée comme responsable du traitement et non simple sous-traitant.

4064. Pour une présentation très complète des modalités de formalités préalables :
A. Bensoussan, *Informatique et libertés*, éd. F. Lefebvre, 2^e éd., 2010, n^o 800 s.

4065. Cette expression est directement tirée du célèbre ouvrage de George Orwell, intitulé *1984*. Écrit en 1949 ce roman d'anticipation décrit un État policier et totalitaire dans lequel la liberté d'expression est anéantie et une organisation très pointue permet la surveillance quotidienne du citoyen.

4066. Décr. n^o 2007-451 du 25 mars 2007 modifiant le décr. n^o 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n^o 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi n^o 2004-801 du 6 août 2004.

4067. Art. 23 de la loi de 1978.

4068. CE 28 juill. 2004, req. n^o 262851.

4069. Soc. 6 avr. 2004, n^o 01-45227.

407. T. com. Paris, 8^e ch., 5 mai 2004 *Microsoft Corporation/Marko K. et AOL France/Marko K.*, www.legalis.net.

4070. Délib. n^o 2012-209 du 21 juin 2012 modifiant la norme n^o 48 relative aux traitements les plus courants en matière de gestion de fichiers de clients et de prospects. Sur la question : M. Duponchelle et R. Perray, « La nouvelle norme simplifiée n^o 48 : entre prise en compte des pratiques commerciales les plus récentes et rappels utiles en matière de protection des données personnelles », *RLDI* janv. 2013, n^o 89, p. 54 s.

4071. CE 12 mars 1982, *Confédération Générale du Travail c/ Cnil*, req. n^o 25173.

4072. 1° du II de l'art. 22.

4073. Mentionné par renvoi au 3° du II de l'art. 8 de la loi de 1978.

4074. III de l'art. 22 précité.

4075. Pour une présentation du CIL : v. ss 1097 s.

4076. Cnil, Délib. n^o 2005-284.

4077. V. ss 1137 s.

4078. III de l'art. 25 de la loi de 1978.

4079. Cnil, *Rapport d'activité 2012*, La Documentation française, disponible sur le site de la Cnil dans la rubrique « Documentation ».

408. TGI Rochefort-sur-mer, 28 févr. 2001, *Ch. G. c/ Sté France Telecom interactive SA* ; TGI Paris, réf., 15 janv. 2002, *P. V. c/ Sté Liberty Surf et a.*, CCE 2002, comm. n^o 59, note L. Grynbaum.

4080. V. ss 1152 s.

4081. V. ss 1155.

4082. Document de travail sur les listes noires, du 3 octobre 2002, WP 65.

4083. *Rapport « les listes noires »*, nov. 2003, La Documentation française, disponible sur le site de la Cnil.

4084. Pour une présentation de ce répertoire, v. sur le site de la Cnil, la fiche réalisée le 19 juin 2009, intitulée « RNIPP : Répertoire national d'identification des personnes physiques ».

4085. V. ss 1148 s.

4086. Cnil, Délib. n^o 2006-089 du 21 mars 2006, AU-006.

4087. Cnil, Délib. n^o 2008-007 du 10 janvier 2008.

4088. Cnil, Délib. n^o 2007-060 du 25 avril 2007, modifiant l'AU-03 du 1^{er} décembre 2005.

4089. *Ibid.*

409. Ce texte est repris dans C. consom., art. L. 121-20-5.

4090. Com., 25 juin 2013, n° 12-17037, FS P+B+I, *JCP* 2013, p. 1619, obs. A. Debet ; *JCP E* 2013, p. 1422, note J.-B. Seube ; s. Soubelet-Caroit et L. Soubelet, « L'étrange extracommercialité du fichier non déclaré à la Cnil », *RLDI* 2013, p. 29.

4091. V. ss 1151 s.

4092. Pour une présentation du projet de règlement : v. ss 1103 s.

4093. Soc., 23 avr. 2013, *RLDI* juill. 2013, p. 43, obs. J. Uzan-Naulin.

4094. V. ss 1097 s.

4095. Art. 22 du projet de règlement.

4096. Art. 31 du projet de règlement.

4097. Art. 32 du projet de règlement.

4098. Pour une présentation du régime applicable aux fichiers biométriques : v. ss 1148 s.

4099. Chiffre donné dans le rapport d'activité de la Cnil pour l'année 2012, La documentation française. Rapport disponible sur le site de la Cnil, dans la rubrique « Documentation ».

41. Dir. « Commerce électronique », préc., art. 9.

410. Art. 7 de la Dir.

4100. Cnil, Communication du 28 décembre 2007, « relative à la mise en œuvre de dispositifs de reconnaissance par empreinte digitale avec stockage dans une base de données ».

4101. Cnil, Délib. n^o 2012-322 du 20 septembre 2012.

4102. Cnil, Délib. n^o 2009-316 du 7 mai 2009.

4103. Cnil, Délib. n^o 2011-074 du 10 mars 2011.

4104. Règlement n^o 2252/2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres.

4105. Décr. n^o 2005-1726 relatif aux passeports électroniques. Décr. modifié par celui du 30 avr. 2008, Décr. n^o 2008-426.

4106. CE 26 oct. 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, req. n^o 317827.

4107. Décr. n^o 2012-497.

4108. Loi n° 2012-410.

4109. Cons. const. 22 mars 2012, n^o 2012-652 DC.

411. Dir. 2002/58/CE, 12 juill. 2002, dite « vie privée et communications électroniques », *JOCE* L. 201, 31 juill. 2002, p. 37 ; art. 13.

4110. Considérant 11 de la décision précitée.

4111. Délib. n° 2012-020 du 26 janvier 2012 portant recommandation relative à la mise en œuvre par les partis ou groupements à caractère politique, élus ou candidats à des fonctions électives de fichiers dans le cadre de leurs activités politiques. Cette délibération actualise la recommandation du 5 octobre 2006, relative à la mise en œuvre de fichiers dans le cadre d'activités politiques et abroge la délibération n° 2011-343 du 10 novembre 2011, portant recommandation relative à la mise en œuvre par les partis ou groupements à caractère politique, élus ou candidats à des fonctions électives de fichiers dans le cadre de leurs activités politiques.

4112. Sondage réalisé par l'IFOP du 3 au 13 févr. 2012, intitulé « Communication politique et vie privée, ce qu'en pensent les Français, l'expérience du démarchage politique », consultable sur le site de la Cnil dans la rubrique « Communication politique et vie privée ».

4113. Délib. n^o 2012-021 du 26 janvier 2012 portant adoption d'une norme simplifiée relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les partis ou groupements à caractère politique, les élus ou les candidats à des fonctions électives à des fins de communication politique

4114. *Guide de la communication politique, Obligations légales et bonnes pratiques*, Cnil, 2012, consultable sur le site dans la rubrique « Guides/Documentation ».

4115. Lire l'article du 29 mai 2012, proposé sur le site de la Cnil et intitulé « Observatoire des élections : premier bilan sur l'utilisation des fichiers pendant l'élection présidentielle ».

4116. Réf. préc. p. 24 s. Rapport disponible sur le site de la Cnil.

4117. Lire sur la question, l'article publié sur le site de la Cnil en date du 7 février 2012, intitulé « L'évaluation des parlementaires soumise au respect de la loi informatique et libertés ».

4118. Fiche pratique intitulée : « L'état des lieux en matière de procédé d'anonymisation ».

4119. Cette expression est directement tirée du célèbre ouvrage de George Orwell, intitulé *1984*. Écrit en 1949, ce roman d'anticipation décrit un État policier et totalitaire dans lequel la liberté d'expression est anéantie et une organisation très pointue permet la surveillance quotidienne du citoyen.

412. CPCE, art. L. 34-5 al. 6.

4120. Pour une présentation détaillée des différents régimes d'autorisation applicables au secteur public : A. Bensoussan, *Informatique et libertés*, éd. F. Lefebvre, 2^e éd., n^o 1007 s.

4121. V. ss 1148 s.

4122. Décr. n^o 2008-632 du 27 juin 2008.

4123. Le décret de création a finalement été abrogé par un autre décret du 19 novembre 2008 (décr. n^o 2008-1199).

4124. Décret n^o 2012-652.

4125. Lire sur la question l'analyse de la Cnil, exposée dans son rapport d'activité 2012, réf. préc. p. 22 s.

4126. Rapport de contrôle des fichiers d'antécédents judiciaires, juin 2013, disponible sur le site de la Cnil.

4127. CAA Marseille, ch. 7, 10 déc. 2013, *M. E. c/ Préfet du Var*, n° 12MA00228, *RLDI* mars 2014, p. 46, obs. J. de Romanet.

4128. Arrêté du 11 juillet 2012, publié au *JO* 10 oct. 2012.

4129. Le programme de surveillance américain PRISM permet à la NSA d'obtenir des données à l'aide d'injections de justice adressées aux sociétés technologiques. Son pendant secret serait le programme MUSCULAR. Pour la petite histoire, on indique qu'Edward Snowden travaillerait aujourd'hui en Russie et s'occuperait de la maintenance d'un grand site Internet privé.

413. Réponse ministérielle à question numéro 18350, J. Besson ; *JO Sénat*, 11 août 2011, p. 2131.

4130. Loi n° 2013-1168 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

4131. Plus largement sur la question : L. Maisnier-Boché, « Quel régime pour la conservation et l'utilisation des données de connexion par les autorités publiques et les opérateurs privés ? », *RLDI* févr. 2014, 101.

4132. Cnil, 19 déc. 2013.

4133. V. ss 1128 s.

4134. Fiche pratique proposée sur le site de la Cnil en date du 2 mai 2011.

4135. Sur la question, lire l'article proposé sur le site de la Cnil le 28 février 2012, intitulé « Les nouvelles règles de confidentialité de Google soulèvent des inquiétudes ». Et spécialement sur la question : v. ss 1077, 1081.

4136. TGI Rennes, 8 déc. 1988.

4137. TGI Créteil, *Ministère public/ Olivier L.*, décision intégralement disponible sur le site Legalis.net. Ce jugement va dans le sens de la décision rendue dans l'affaire *Kitetoo c/ le site Tati.fr*, la Cour d'appel de Paris avait en l'espèce relaxé, le 30 octobre 2002, l'animateur du site Kitetoo.com qui s'était introduit dans le site de Tati, le prévenu ayant d'ailleurs notifié la faille de sécurité aux administrateurs de la société.

4138. Art. 323-1 C. pén.

4139. Décision intégralement proposée sur le site Legalis.net.

414. CPCE, art. L. 34-5 al. 6.

4140. Guide consultable sur le site de la Cnil dans la rubrique « Documentation/Guides ».

4141. *Ibid.*

4142. Ord. n^o 2011-1012 relative aux communications électroniques. Décret d'application n^o 2012-436 du 30 mars 2012 et n^o 2012-488 du 13 avril 2012.

4143. Directive n^o 2009/136/CE du 25 novembre 2009 dite « Droits des citoyens ».

4144. Lire not. : E. Barbry et B. Rast, « L'ordonnance relative aux communications électroniques : cherchez la faille », *Gaz. Pal.* 14 oct. 2011, p. 12.

4145. Art. 31 et 32 du projet de règlement. Pour une présentation du projet de règlement : v. ss 1103 s.

4146. Art. 15 du texte.

4147. Art. 7 du texte.

4148. Pour une présentation de cette directive : E. A. Caprioli, « Publication d'une proposition de directive européenne concernant la sécurité des réseaux et de l'information (SRI) », *CCE* n^o 4, 4 avr. 2013, com. n^o 48.

4149. Notamment sur la question : F. Banat-Berger, « Archives et protection des données personnelles », *RLDI* n° 95, juill. 2013, p. 93.

415. CPCE, art. L. 34-5 al. 4.

4150. Sur les données de connexion : v. ss 1053 s.

4151. Pour une présentation de ce pouvoir de sanction parallèle : v. ss 1092 s.

4152. Loi n^o 70-643 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

4153. Décision n^o 94-352 DC, dite décision « Vidéosurveillance ».

4154. Sur la question : L. Pailler, *Les réseaux sociaux sur Internet et le droit au respect de la vie privée*, Larcier, 2012.

4155. Voir en ce sens l'article publié sur son site, le 2 octobre 2012, intitulé « Les conclusions de la Cnil sur le “bug” Facebook ».

4156. TGI Paris, 17^e ch., 27 avr. 2009, *Julien D c/ Journal l'est républicain*.

4157. Civ. 1^{re}, 12 déc. 2000, n^o 98-17521.

4158. Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n^o 94-14798.

4159. Civ., 1^{re}, 5 févr. 2014, n° 13-21.929 (n° 237 F-D QPC).

416. CPCE, art. L. 34-5 al. 5.

4160. TGI Lyon, jugement correctionnel, 28 févr. 2012, *Elisabeth C. c/ Julien L. et Malorie P.*

4161. V. ss 1173 s.

4162. Alinéa 2 du même texte.

4163. Pour une illustration des hésitations de la jurisprudence et s'agissant des arrêts de la CDEH relatifs à la famille princière de Hanovre : J.-B. Walter, « La protection du droit au respect de la vie privée : entre texte et prétextes (retour sur les arrêts *Von Hannover* de la CEDH) », *RLDI* nov. 2013, n° 98, p. 34. Et récemment, s'agissant de la médiatique action engagée par Julie Gayet contre *Closer* en vue de la protection de sa vie privée : TGI Nanterre, 1^{re} ch., 27 mars 2014, *Julie Gayet c/ Sté Mondadori magazines*, n° 14/02736, *RLDI* avr. 2014, p. 50, obs. L. Costes. Une condamnation de 15 000 euros a été prononcée.

4164. Civ. 1^{re}, 20 nov. 1990, n^o 89-12580. Confirmation : Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, n^o 99-852 et Civ. 2^e, 3 juin 2004, n^o 03-11533.

4165. V. ss 1173 s.

4166. Civ. 1^{re}, 6 oct. 2011, n^o 10-21822 ; E. Dreyer, « De l'influence du droit pénal sur le droit civil en matière de vie privée », *D.* 2011. 2771.

4167. Civ. 1^{re}, 12 déc. 2000, n^o 98-17521.

4168. Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n^o 94-14798.

4169. Pour une formulation explicite de cette règle par recopiage de la formule applicable au droit à la vie privée : Civ. 2^e, 30 juin 2004, n^o 03-13416.

417. Préc.

4170. TGI Paris, 17^e ch., 6 nov. 2013, *Max Mosley c/ Google Inc et Google France*, RG 11/07970, *RLDC* avr. 2014, p. 73, obs. B. Gleize.

4171. Civ. 1^{re}, 12 déc. 2000, n^o 98-21161.

4172. Loi n^o 2007-297 relative à la prévention de la délinquance.

4173. Affaire du mannequin Estelle Hallyday : Paris, 10 févr. 1999, *Valentin L. c./Estelle H.*

4174. Fiche pratique publiée sur le site de la Cnil, intitulée « Les conseils de la Cnil pour mieux maîtriser la publication de photos ».

4175. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n^o 98-23471.

4176. Loi n^o 1881-0729 relative à la liberté de la presse.

4177. The Onion Reuter.

4178. Document de l'Assemblée générale des Nations unies, Conseil des droits de l'homme, 25 mars 2010, A/HRC/14/23/Add.2.

4179. Loi LCEN du 21 juin 2004, n^o 2004-575.

418. Préc.

4180. Civ. 1^{re}, 27 sept. 2005, n^o 03-13622.

4181. Civ. 1^{re}, 11 févr. 2010, n^o 08-22111.

4182. Lire notamment sur la question : s. Dupuy-Busson, « La liberté d'expression sur Internet : les réseaux sociaux (Facebook, Twitter...) ne sont pas des zones de non-droit », *LPA* 15 juill. 2010, n^o 140, p. 10.

4183. Art. 39 *quinquies* et 35 *ter* et *quater* de la loi.

4184. Civ. 2^e, 24 janv. 2002, n^o 00-16985.

4185. Loi n^o 82-652.

4186. Sur la question : C. Féral-Schuhl, *op. cit.*, n^o 124.21 s. et 123 s.

4187. Notamment : Crim. 10 mai 2005, n^o 04-84705.

4188. TGI Paris, 24 nov. 2005, *Ligue des droits de l'homme c/ Gérard s.*, CCE févr. 2006, p. 42, note A. Lepage.

4189. Crim. 10 mai 2005, réf. préc.

419. CJCE 4^e ch. 16 oct. 2008, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV C/deutsche Internet versicherung AG*, aff. C-298/07.

4190. En ce sens : TGI Paris, 17^e ch., 26 nov. 2007, *SA Switch c/ Monsieur P.B.*

4191. L'art. 42 de la loi dispose en effet que « Seront passibles, comme auteurs principaux des peines qui constituent la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse, dans l'ordre ci-après, savoir : 1° Les directeurs de publications ou éditeurs... ».

4192. En ce sens : T. corr. Arras, 20 juin 2006.

4193. En ce sens : TGI Paris, ord. réf., 18 févr. 2002, *SA Télécom City et autre c/ SA Finance*.
Net (affaire *Boursorama*) ; Versailles, 14^e ch., 12 déc. 2007, n^o 07-01120.

4194. Dans ce sens : Paris, 11^e ch. B., 10 mars 2005, *CCE* 2005, n^o 177, note Lepage ; Crim. 26 mars 2008, n^o 07-83672.

4195. Crim. 16 févr. 2010, n^o 08-86301.

4196. Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n^o 12-10177.

4197. Civ. 1^{re}, 16 mai 2013, n^o 11-28252.

4198. Paris, *Gilles s. c/ Sébastien D*, décision intégralement reproduite sur le site [Legalis.net](http://legalis.net).

4199. TI Strasbourg dans une affaire relative « aux amis de la 2CV ».

42. Étude par un groupe d'universitaire, « L'introduction de la preuve électronique dans le Code civil », *JCP* 1999, I, n^o 182.

420. *Ibid.*

4200. Loi n^o 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

4201. a), b) et c) de l'article 35 de la loi du 29 juill. 1881.

4202. Cons. const. 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC, *RLDI* juill. 2013, p. 10, obs. E. Derieux.

4203. E. Derieux, « Contrôle de constitutionnalité du droit des médias », *RLDI* 2011/73, n° 2421, p. 38.

4204. TGI Paris, 17^e ch., 24 nov. 2008, *SMP/Besancenot*.

4205. Crim. 28 janv. 2014, n° 12-87987, *RLDI* mars 2014, p. 40, obs. L. Costes.

4206. Pour l'auteur d'un blog : TGI Paris, 17^e ch., 17 mars 2006 ; S'agissant d'un journalisme professionnel ayant écrit sur un blog personnel : Paris, 11^e ch., 6 juin 2007.

4207. Civ. 1^{re}, 16 mai 2013, n° 11-28.252, E. Derieux, « Droit à l'oubli. Interdiction de faire rappel de faits amnistiés », *JCP* 2013, actu. n° 592, p. 1038.

4208. Décr. n^o 2007-1527 du 24 octobre 2007, relatif au droit de réponse applicable aux services de communication au public en ligne et pris pour l'application du IV de l'art. 6 de la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

4209. V. ss 1202.

421. Préc.

4210. Art. 32 de la loi précitée.

4211. Art. 30 de la loi précitée.

4212. Art. 31 de la loi précitée.

4213. Crim. 23 juin 2009, n^o 08-88016.

4214. Art. 33 de la loi.

4215. Crim. 19 janv. 2010, n^o 08-88243.

4216. Paris, pôle 2, ch. 7, 15 mai 2013, *Google/ Groupe JPL*, décision intégralement reproduite sur le site Legalis.net.

4217. TGI Paris, 17^e ch., 18 mars 2013, *Amexs c/ Indigo Publication*. Jugement intégralement consultable sur le site [Legalis.net](http://legalis.net).

4218. Loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004.

4219. Décision n^o 2004-496 DC.

422. Préc.

4220. Loi n^o 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

4221. L'extension du délai de prescription concerne également les négations de crimes contre l'humanité.

4222. Cons. const. 12 avr. 2013, n^o 2013-302 QPC, E. Derieux, « Délais de prescription des infractions de la loi du 29 juillet 1881, Conformité à la Constitution », *RLDI* juin 2013, n^o 94, p. 78.

4223. Loi n° 2014-56 visant à harmoniser les délais de prescription des infractions prévues par la loi sur la liberté de la presse du 29 juin 1881, commises en raison du sexe, de l'orientation ou de l'identité sexuelle ou du handicap.

4224. Art. 24 de la loi de 1881.

4225. *Ibid.*

4226. TGI Paris, 18 oct. 2000. Condamnation de « Radio Islam »

4227. TGI Paris, 17^e ch., 24 nov. 2005, *Ligue des droits de l'homme c/ Gérard s.*, consultable sur le site www.legalis.net.

4228. Loi n^o 90-615 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

4229. Art. 26 de la loi de 1881.

423. Préc.

4230. CEDH, 14 mars 2013, *Eon c/ France*, aff. 26118/10, *RLDI* avr. 2013, p. 26, obs. E. Derieux.

4231. V. ss 1169.

4232. Civ. 1^{re}, 9 juill. 2003, n^o 00-20289.

4233. T. Hassler, Le respect dû à la vie privée est en déclin relatif face à la liberté d'expression, RLDI avril 2014, p. 69.

4234. Crim. 19 janv. 2010, n^o 08-88243.

4235. Civ. 2^e, 8 avr. 2004, n^o 02-17588. Décision confirmée : Civ. 1^{re}, 20 sept. 2012, n^o 11-20963.

4236. Civ. 1^{re}, 27 sept. 2005, n^o 04-12148.

4237. Paris, 4^e ch., 16 nov. 2005, *Esso c/ Greenpeace* ; Paris, 4^e ch., 17 nov. 2006, *Greenpeace c/ SPCEA (Areva)*. Arrêts consultables sur le site www.legalis.net.

4238. V. ss 1056.

4239. Not. sur la question : A. Casanova, « Le principe de neutralité d'internet ébranlé : le nuage confronté à la dure réalité des tuyaux », *RLDI* mars 2014, p. 127.

424. CJUE 5 juill. 2012, *Content Services Ltd. C/Bundesarbeitskammer*, aff. C-49/11, *RLDI* 2012, n^o 92, p. 32, note J. Huet ; *CCE* 2012, comm. n^o 110, note G. Loiseau ; *CCC* 2012, comm. n^o 92, G. Raymond.

4240. Network Neutrality, Broadband Discrimination, *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2, p. 141, 2003.

4241. Les deux directives n° 2009/140/CE et n° 2009/136/CE, toutes deux du 25 novembre 2009 constituent ce que l'on nomme le « Paquet-Télécom ».

4242. Rapport relatif à l'avis Net Neutralité n° 2013 du 1^{er} mars 2013, rapport consultable sur le site de la documentation française.

4243. Lire : L. Costes, « Vers la protection de la neutralité du net », *RLDI* avr. 2014, p. 3.

4244. Bouchet (dir.), *La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise*, Cnil, mars 2001.
Rapport disponible sur le site de la Cnil.

4245. Ces diverses fiches sont notamment consacrées au recrutement et la gestion du personnel, à la géolocalisation des véhicules, aux outils informatiques au travail et à l'accès aux locaux et au contrôle des horaires. Ces fiches sont toutes disponibles sur le site de la Cnil.

4246. *Rapport d'activité de l'année 2012*, La documentation française. Rapport disponible sur le site de la Cnil dans la rubrique Documentation/Rapport.

4247. Notamment : Soc. 16 juin 1998, n^o 96-41558, invoquant l'obligation de loyauté à l'égard d'un salarié qui est parti en vacances durant un arrêt de travail.

4248. Soc. 18 mars 2009, n^o 07-44247.

4249. Soc. 23 févr. 2013, M^{me} *X... c/ Dubus*.

425. V. ss 260 s.

4250. Soc. 12 mai 2010, n^o 08-70422.

4251. Soc. 14 mars 2000, n^o 98-42090.

4252. Bordeaux, ch. soc., section A, 15 janv. 2003. Décision intégralement consultable sur le site www.legalis.net

4253. Soc. 10 mai 2012, n^o 10-28585.

4254. Arrêt de la même date. Décision n^o 11-11060.

4255. Soc. 8 déc. 2009, n^o 08-42097.

4256. Soc. 14 avr. 2010, n⁰ 08-43258.

4257. Soc., 18 déc. 2013, n° 12-17832, *RLDI* févr. 2014, 101.

4258. Soc. 18 oct. 2006, n⁰ 04-48025.

4259. Notamment : Soc. 14 mars 2000, réf. préc.

426. V. ss 263 s.

4260. C. civ., art. 1384 alinéa 5.

4261. Aix-en-Provence, 13 mars 2006, n^o 2006/170. Décision intégralement reproduite sur le site www.juriscor.net.

4262. V. ss 1136 s.

4263. Norme simplifiée n° 42 : Délibération n° 02-001 du 8 janvier 2002 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre sur les lieux de travail pour la gestion des contrôles d'accès aux locaux, des horaires et de la restauration.

4264. Cnil, Délibération n^o 02-004 du 5 février 2002.

4265. *Ibid.*

4266. Soc. 7 juin 2006, n^o 04-43866.

4267. C. trav., art. L. 2323-4.

4268. Pour une présentation complète « des chartes d'utilisation des moyens informatiques et de communication au sein de l'entreprise » : V. Fauchoux et P. Deprez, *Le droit de l'Internet*, Litec, coll. « Litec professionnel », 2009, n^o 246 s.

4269. Notamment : Soc. 21 déc. 2006, n^o 05-41165.

427. V. ss 102.

4270. Soc. 20 nov. 1991, n^o 88-43120.

4271. Soc. 29 janv. 2008, n^o 06-45279.

4272. Lire en ce sens l'article publié sur le site de la Cnil le 7 juillet 2010 et intitulé « Quand le bracelet électronique pour personnes âgées surveille aussi les salariés ».

4273. Soc. 7 juin 2006, n^o 04-43866.

4274. Soc. 26 juin 2013, n° 12-16564.

4275. Délibération n^o 02-001 du 8 janvier 2002 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre sur les lieux de travail pour la gestion des contrôles d'accès aux locaux, des horaires et de la restauration.

4276. Sur les fichiers relatifs aux données biométriques : v. ss 1148 s.

4277. Loi n^o 95-73 du 21 janvier 1995.

4278. V. la fiche pratique élaborée par la Cnil en janvier 2013, consultable sur son site et intitulé « La vidéosurveillance-vidéoprotection au travail ».

4279. Rép. min., *JOAN Q* 16 juin 1980, p. 2152.

428. Il s'agit du professionnel qui formule une offre selon l'alinéa 1^{er} de l'art. 1369-4 C. civ.

4280. *33^e rapport d'activité de la Cnil*, La documentation française. Document consultable sur le site de la Cnil.

4281. Même source.

4282. Cnil, Décision n^o 2011-036 du 16 décembre 2011.

4283. Délibération n^o 2012-475, du 3 janvier 2013, Syndicat des copropriétaires « Arcades des champs Élysées ».

4284. Not. sur la question : D. Forest, « Géolocalisation des salariés : attention au hors-piste ! », *RLDI* janv. 2014, p. 75.

4285. 33^e *rapport d'activité de la Cnil*, réf. préc.

4286. Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation. La Cnil a publié son avis sur cette loi : Cnil, délib. n° 2013-404 du 19 déc. 2013 portant avis sur un projet de loi relatif à la géolocalisation.

4287. Ce texte vise à mettre le droit français en conformité avec les exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Uzun c/ Allemagne* du 2 septembre 2010, ainsi que la Cour de cassation dans ses arrêts du 22 octobre 2013. Le texte prévoit que la géolocalisation ne sera désormais possible qu'en cas d'investigations concernant un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement. Au cours de l'enquête, elle devra être autorisée par une décision écrite du procureur de la République, pour une durée initiale de 15 jours, qui pourra être prolongée, par le juge des libertés et de la détention, pour une durée d'un mois renouvelable. Au cours de l'instruction, elle devra être autorisée par une décision écrite du juge d'instruction, pour une durée de 4 mois renouvelable.

4288. Soc. 26 nov. 2002, n^o 00-42401.

4289. Délibération n^o 2006-066 du 16 mars 2006 portant adoption d'une recommandation relative à la mise en œuvre de dispositifs destinés à géolocaliser les véhicules automobiles utilisés par les employés d'un organisme privé ou public.

429. Préc.

4290. Soc. 3 nov. 2011, n^o 10-18036.

4291. Cnil, Délibération de la formation restreinte n^o 2012-213 portant sanction pécuniaire à l'encontre de la société Équipements Nord Picardie.

4292. Norme simplifiée n° 51 : Délibération n° 2006-067 du 16 mars 2006 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés.

4293. Pour une présentation des formalités préalables à effectuer auprès de la Cnil et de l'intérêt des normes simplifiées, v. ss 1136 s.

4294. Fiche pratique éditée en janvier 2013, intitulé « la géolocalisation des véhicules », consultable sur le site de la Cnil.

4295. Délibération n^o 2005-278 du 17 novembre 2005.

4296. Loi n^o 2011-267 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

4297. Loi n^o 91-646 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques.

4298. Loi n^o 2004-669.

4299. Tel est le cas dans le célèbre arrêt *Nikon* développé plus loin.

43. Projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, Doc. Sénat, 1^{er} sept. 1999, n^o 488.

V. P. Catala, « Écriture électronique et actes juridiques », in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz/Litec, 1999, p. 91 s. ; P.-Y. Gautier, « Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions », *LPA*, 7 févr. 2000, p. 4 s. ; L. Grynbaum, « La preuve littérale et la signature à l'heure de la communication électronique », *CCE* 1999, Chron. n^o 2 ; J. Huet, « Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique », *D.* 2000. 95 ; M. Vivant, « Un projet de loi sur la preuve pour la société de l'information », *Cahier Lamy, Droit de l'informatique*, 2 oct. 1999, p. 1.

430. Préc.

4300. TGI Paris, 1^{er} juin 2007, *Oddo et Cie/Trinh Nghia T. et Trung T.*, consultable sur le site www.legalis.net.

4301. Soc. 2 oct. 2001, n^o 99-42942.

4302. Soc. 18 oct. 2006, n⁰ 04-48025.

4303. Soc. 9 juill. 2008, n^o 06-45800.

4304. Soc. 9 oct. 2010, n^o 08-45253.

4305. Soc. 12 févr. 2013, n^o 11-28649, *RLDI* mars 2013, n^o 91, p. 46, note L.L.

4306. Soc., 19 juin 2013, n° 12-12138, *D.* 2013. 2803, note J.-D.B ; *D.* 2013. 2490, note P.T.

4307. Soc. 10 juin 2008, n^o 06-19229.

4308. Soc. 21 oct. 2009, n^o 07-43877.

4309. Soc. 10 mai 2012, n^o 11-13884.

431. C. civ., art. 1369-4 al. 2, 4°.

4310. Soc. 4 juill. 2012, n^o 11-12502.

4311. Soc. 16 mai 2013, n⁰ 12-11866.

4312. Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, n^o 09/00316 et 09/00343. Pour un commentaire de cette décision : G. Hass, « e-réputation : le dénigrement sur Facebook peut être un motif de licenciement pour faute grave », publié le 22 novembre 2010 sur le site www.journauldunet.com.

4313. Soc. 26 juin 2012, n^o 11-15310.

4314. Soc. 17 mai 2005, n^o 03-40017. Confirmé par Soc. 10 juin 2008, n^o 06-19229, la Cour de cassation ayant ici considéré que l'employeur avait « des raisons légitimes et sérieuses de craindre que l'ordinateur mis à la disposition de la salariée avait été utilisé pour favoriser des actes de concurrence déloyale ».

4315. *Ibid.*

4316. Paris, 17 déc. 2001, *Françoise V., Marc F., Hans H. c/ Min. public.*

4317. Pour des développements plus complets sur le droit comparé : C. Féral-Schuhl, *op. cit.*, n^o 39 s.

4318. Recommandation du 18 janvier 1989.

4319. Sondage évoqué dans l'ouvrage précité de C. Féral-Schuhl.

432. C. civ., art. 1369-4 al. 2, 5°.

4320. CEDH 18 déc. 2012, n^o 3111/10, *Ahmet Yildirim c/ Turquie* ; CCE 2013, comm. n^o 77 ; obs. A. Debet.

4321. Art. 14. Proposition transmise au Parlement européen le 23 déc. 1998, COM (1998) 586 final, *JOCE* C 30, 5 févr. 1999, p. 4 ; J. Huet, « La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998 », *CCE* 1999. Chron. 4.

4322. Parlement Européen, avis, 6 mai 1999, *JOCE* C 279, 1^{er} oct. 1999, p. 389, amendement n^o 48, p. 400.

4323. Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM/99/0427 final, *JOCE* C 248E, 29 août 2000, p. 69–96, art. 2.3.3.

4324. Directive sur le commerce électronique », *JOCE* L 178, 17 juill. 2000, p. 1 s.
L. Grynbaum, « La Directive “commerce électronique” ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », *JCP* 2001, I, 307.

4325. Dir. comm. élec. préc., art. 12, 3.

4326. Dir. comm. élec., préc., art. 14.

4327. n^o 2000-719.

4328. TGI Paris, réf., 20 sept. 2000 : *CCE* 2000, n^o 131, note J.-Ch. Galloux.

4329. V. ss 100.

433. Sur le caractère déloyal de la pratique consistant au renvoi à des labels ou des chartes trompeuses, v. ss 207 s.

4330. Décis. n^o 2000-433 DC, 27 juill. 2000, *JO* 2 août 2000, p. 11922 ; *JCP* 2000, Act. n^o 35, p. 1534.

4331. TGI Paris, réf., 18 févr. 2002, *CCE* 2002, comm. 102. TGI Toulouse, réf., 5 juin 2002, *CCE* 2002, comm. 118. Pour un site illicite, TGI Paris, ord. réf., 17 janv. 2003, *CCE* 2003, comm. n^o 50.

4332. Civ. 1^{re}, 14 janv. 2010, n^o 06-18855, *Bull. civ.* I, n^o 8 ; *RLDI* 2010, n^o 1933 avec les commentaires d'A. Cousin, C. Castets-Renard, A. Saint Martin.

4333. Com. 13 juill. 2010, n^o 06-20230, *Bull. civ.* IV, n^o 124 ; *RLDI* 2010/63, n^o 2063, note C. Castets-Renard ; *JCP E* 2010, n^o 44-45, p. 28-35, note C. Caron.

4334. L. n^o 2004-575, 14 juin 2001, *JO* Doc. AN n^o 3143.

4335. V. ss 100.

4336. *JOAN* Doc. n^o 528.

4337. *JOAN* Doc. n^o 285.

4338. *JO Sénat* Doc. n^o 75.

4339. *CCE* juin 2004, comm. n^o 78.

434. G. Brunaux, *Le contrat à distance au XXI^e siècle*, LGDJ, coll. « Bibl. de dt. privé », t. 524, 2010, préf. N. Sauphanor-Brouillaud, p. 348 s. ; G. Busseuil, « La phase précontractuelle, La formation du contrat électronique », in J. Rochfeld (dir.), *op. cit.*, p. 72 s.

4340. Projet de loi « confiance dans l'économie numérique » du 21 janv. 2003, *JOAN* Doc. n^o 528, préc.

4341. 8 janv. 2004, *JOAN* n^o 235

4342. 8 avr. 2004, *JO Sénat* Doc. n^o 71.

4343. Art. 6, I, 6, LCEN, préc.

4344. V. ss 1266.

4345. n^o 2004-496, 10 juin 2004, *JO* 22 juin.

4346. Art. 6, IV et 6, V de la loi

4347. *JO* 22 juin 2004, p. 11168 ; *D.* 2004. législ. 1868 ; J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à électronique », *JCP* 2004, I, 178 ; L. Grynbaum, « Une immunité relative des prestataires de services Internet », *CCE* 2004, Chron. n° 28 ; N. Mathey, « Le commerce électronique dans la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 », *CCC* 2004, Chron. n° 13 ; J. Rochfeld, « Économie numérique », Chron. légis. *RTD civ.* 2004. 574 ; Ph. Stoffel Munck, « La réforme des contrats du commerce électronique », *CCE* 2004, Chron. n° 30.

4348. Paris, 10 févr. 1999 ; *JCP* II, 10 101, note Olivier et Barbry ; *D.* 1999. 389, note Mallet Poujol ; *CCE* 1999, comm. n^o 34, note R. Desgorces.

4349. La décision de première instance, TGI Nanterre, 8 déc. 1999, *CCE* 2000, comm. n^o 40, note A. Lepage.

435. V. ss 133, sur l'acceptation de l'offre.

4350. Versailles, 8 juin 2000, *CCE* 2000, comm. n^o 81, note J.-Chr. Galloux ; pour le Minitel *cf.* Paris, 25^e ch. B, 26 oct. 2001, *CCE* 2002, comm. n^o 90, note Ph. Stoffel-Munck.

4351. *Ibid.*

4352. V. ss 1241.

4353. TGI Paris, réf., 20 sept. 2000, *CCE* 2000, n^o 131, note J.-Ch. Galloux.

4354. 27 juill. 2000, n^o 2000-433 DC, *JO* 2 août 2000, p. 11922 ; *JCP* 2000, Act. n^o 35, p. 1534.

4355. Pour des faits de dénigrement sur un forum de discussion, TGI Paris, réf., 18 févr. 2002, *CCE* 2002 comm. n^o 102 ; TGI Toulouse, réf., 5 juin 2002, *CCE* 2002, comm. n^o 118. Pour un site illicite TGI Paris, ord. réf., 17 janv. 2003, *CCE* 2003, comm. n^o 50.

4356. Pour une décision mentionnant ces deux textes, TGI Marseille, 11 juin 2003, *CCE* 2003, comm. n^o 85.

4357. Sur la portée de ces arrêts, v. ss 1275 s.

4358. Civ. 1^{re}, 14 janv. 2010, préc.

4359. Com. 13 juill. 2010, préc.

436. C. Bigot, « Publicité et usage de la langue française, Réflexions sur la loi du 4 août 1994 », *Gaz. Pal.* 1995. 1, p. 262 ; L. Bernardeau, « Étiquetage et langue française : les enseignements de l'arrêt *Casino* », *CCC* 2001, Chron. n^o 10 ; H. Claret, « La loi Toubon du 4 août 2004 est-elle conforme au droit communautaire ? », *CCC* 2001, Chron. n^o 5 ; A.-M. Leroyer, « Langue française », *J.-Cl. Communication*, Fasc. 1500 ; R. Libchaber, « Retour sur le droit de la langue française », *RTD civ.* 2001. 709 s. ; J. Pertek, « Cour de justice, Renvoi préjudiciel en interprétation et appréciation de validité », *J.-Cl. Europe*, Fasc. 360, 361 et 362 ; J.-M. Woehrling, « Quelques réflexions sur le droit des langues en Alsace-Moselle », in *Histoire du droit local*, actes du colloque de Strasbourg du 19 oct. 1989, 1990.

4360. TGI Paris, réf., 22 mai 2000 et 11 août, *CCE* 2000, comm. n^o 92, note J.-Chr. Galloux ; 20 nov. 2000, *CCE* 2000, comm. n^o 132, note J.-Chr. Galloux ; J. R. Reidenberg, « L'affaire Yahoo ! et la démocratisation internationale d'Internet », *CCE* 2001, Chron. n^o 12 ; v. encore TGI Paris, réf., 30 oct. 2001, *CCE* 2002, comm. n^o 8, note Ch. Le Stanc ; sur les infractions pénales, TGI Paris, 17^e ch., 26 févr. 2002, *CCE* 2002, comm. n^o 77, note A. Le Page ; T. corr. Paris, 17^e ch., 11 févr. 2003, *CCE* 2003, act. n^o 61.

4361. *Ibid.*

4362. United-States District Court for the Northern District of California, San Jose Division,
7 nov. 2001, *CCE* 2002, comm. n^o 9 et la note.

4363. TGI Paris, 11 févr. 2003, *CCE* déc. 2003, comm. n^o 121.

4364. TGI Paris, réf., 6 août 2010, *RLDI* 2010/63, n^o 2083 et la note ; *RLDI* 2010/64, n^o 2103.

4365. Décision n^o 2004-496, 10 juin 2004, préc.

4366. Décision préc., considérant n^o 9.

4367. TGI Paris, réf., 4 avr. 2013, *RLDI* 2013/94, n^o 3129 ; Paris, pôle 1, ch. 2, 4 avr. 2013, www.legalis.net ; O. Roux, « Le contenu manifestement illicite...n'est toujours pas évident », *RLDI* 2013/95, n^o 3159.

4368. V. ss 347 s.

4369. *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09 ; *JDI* 2013-1, p. 14 ; obs. T. Azzi ; *CCE* 2011, comm. n^o 23, note A. Debet et comm. n^o 99, C. Caron ; *RLDI* 2011/74, n^o 2459, note L. Grynbaum et n^o 2460, note C. Castets-Renard.

437. Crim. 14 nov. 2000, *Bull. crim.* n^o 342.

4370. V. ss 1303 s.

4371. *Ibid.*

4372. § 121 de la présente décision CJUE *EBay*.

4373. § 122 de la présente décision CJUE *EBay*.

4374. Civ. 1^{re}, 17 févr. 2011, n^o 09-67896, *Bull. civ.* I, n^o 30 ; *JCP* 2011. 520, note A. Debet ; *D.* 2011. 1113, note L. Grynbaum ; *RCA* 2011, Étude n^o 8, note L. Marino.

4375. V. ss 1277.

4376. Préc.

4377. Paris, pôle 5, ch. 2, 21 juin 2013, n^o 11/09195, www.juriscor.net, *RLDI* 2013/95, n^o 3166, obs. L. C.

4378. Préc.

4379. Art. 12.

438. Crim. 4 nov. 2004, *Bull. crim.* n^o 266.

4380. Affaires *Yahoo !* TGI Paris, réf., 22 mai 2000 et 11 août, préc. ; v. ss 1250.

4381. TGI Paris, réf., 25 mars 2005, *CCE* 2005., comm. n^o 118, note L. Grynbaum.

4382. TGI Paris, réf., 6 août 2010, ARJEL, préc.

4383. *Ibid.*

4384. Com. 10 déc. 2013, n° 12-28 488 et 12-28492, *CCE* 2014, comm. n° 17, note G. Loiseau.

4385. *Ibid.*

4386. Art. 6, II, bis

4387. Décr. n^o 2011-219, 25 févr. 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne, *JO* 1^{er} mars 2011, p. 3643, texte n^o 32.

4388. La loi n^o 2012-1432 du 21 décembre 2012 a prorogé ces dispositions jusqu'au 31 décembre 2015.

4389. Sur le fondement de l'art. 43-9 de la loi du 30 septembre 1986 qui prévoyait la même obligation de conservation v. Paris, 4 févr. 2005, *CCE* 2005, comm. n^o 71, note L. Grynbaum.

439. C. Bigot, art. préc., p. 264.

4390. Art. 6, III, 2 LCEN préc. et qui renvoie à la sanction pénale de la violation du secret professionnel, art. 226-14 et 226-14 du Code pénal.

4391. Art. 6, III, 1, LCEN, préc.

4392. Art. 6, III, 2, LCEN, préc.

4393. Art. 6, II al. 2 et III, 2 LCEN, préc.

4394. Décr. n^o 2011-219, 25 févr. 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne, *JO* 1^{er} mars 2011, p. 3643, texte n^o 32.

4395. Décr. n^o 2011-219, préc., art. 1, 3^o.

4396. Décr. n^o 2011-219, préc., art. 1, 4^o.

4397. Décr. n^o 2011-219, préc., art. 1, 1^o.

4398. Décr. n^o 2011-219, préc., art. 1, 2^o.

4399. Décr. n^o 2011-219, préc.

44. Rapport C. Jolibois, Doc. Sénat, 2 févr. 2000, n^o 203, p. 44.

440. H. Claret, art. préc.

4400. Décr. n^o 2011-219, préc., art. 2.

4401. Art. 6, VI, 1, LCEN ; pour une application *cf.* TGI Paris, réf., 17 oct. 2006, *CCE* 2006, comm. n^o 159, note L. Grynbaum.

4402. Art. 43-9 inséré par la loi n^o 2000-719 du 1^{er} août 2000 dans la loi du 30 septembre 1986.

4403. TGI Paris, réf., 2 févr. 2004, *SA Régie publicitaire des transports parisiens Métrobus c/ SA coopérative Ouvaton*, CCE 2004, comm. n^o 29.

4404. Paris, 4 févr. 2005, préc.

4405. Art. 6 I, 7 LCEN.

4406. Préc.

4407. Art. 6, 1, 7 LCEN.

4408. *Ibid.*

4409. *Cf.* art. 61 L. n° 2010-476, 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (v. *supra* sur le régime de cette activité) qui permet au président de l'ARJEL de saisir le juge des référés pour faire prononcer l'interdiction d'accès aux sites illicites et l'art. 1 du décr. n° 2011-2122 relatif aux modalités d'arrêt de l'accès à une activité d'offre de paris ou de jeux d'argent et de hasard en ligne non autorisée. Ce dispositif a reçu une validation quant à sa conformité à la constitution : Com. 18 juin 2013, n° 12-28.488, n° 12-28.489, n° 12-28.490, n° 12-28.491 et n° 12-28.492 ; Com. 12 juill. 2013, n° 13-11.704 et n° 13-15.548 ; A. Debet, « Refus de transmission de QPC sur les jeux en ligne par la Cour de cassation », *CCE* 2013, comm. n° 114.

441. R. Libchaber, « Retour sur le droit de la langue française », art. préc., p. 713.

4410. *Ibid.*

4411. Art. 6, I, 7 *in fine* et 6, VI, 1 LCEN.

4412. Art. 6-I, 1, al. 1^{er}, LCEN.

4413. Préc.

4414. Préc.

4415. V. *supra*, section précédente.

4416. V. ss 1272 s.

4417. Littré, V^0 Neutralité, sens 2.

4418. Préc.

4419. § 114 de CJUE 23 mars 2010, *Google France SARL c/ Louis Vuitton Malletier SA et autres*, aff. jointes C-236/08 à C-238/08 ; L. Idot, *Europe*, mai 2010, comm. n° 181 ; *D.* 2010. 885 note C. Manara ; L. Marino, *JCP* 2010. 1190-1193 ; M.-E. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* janv. 2011, p. 15 s. ; *RLDI* 2010/60, n° 1980, note L. Grynbaum.

442. *Ibid.*

4420. § 116 de la décision CJUE *Google*, préc.

4421. § 118 de la décision CJUE *Google*, préc.

4422. CJUE 11 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324-09, *RLDI* 2011/74, n^o 2459, 2460, notes C. Castets-Renard, L. Grynbaum ; v. § 111 de cette décision.

4423. § 113 de la décision CJUE *eBay*.

4424. *Ibid.*

4425. § 115 de la décision CJUE *eBay*.

4426. § 116 de la décision CJUE *eBay*.

4427. V. ss 1306 sur le refus de la jurisprudence française de considérer eBay comme un hébergeur.

4428. Civ. 1^{re}, 14 janv. 2010, préc.

4429. *Ibid.*

443. L. Bernardeau, art. préc., p. 5.

4430. V. ss 1276 arrêt *Google*, Com. 13 juill. 2010, préc.

4431. Civ. 1^{re}, 17 févr. 2011, préc., v. *infra*.

4432. V. ss 1272.

4433. CJUE 23 mars 2010, préc.

4434. Com. 13 juill. 2010, préc. ; position reprise dans Paris, pôle 2, 11 déc. 2013, *Sté Google Ireland et. c/Olivier M.*, *RLDI* 2014/101, n° 3362, obs. L. C.

4435. Civ. 1^{re}, 17 févr. 2011, préc.

4436. Civ. 1^{re}, 14 janv. 2010, préc., v. ss 1275.

4437. Com. 3 mai 2012, n^o 11-10508, *Bull. civ.* IV, n^o 89 ; n^o 11-10505 et 11-10507, *D.* 2012. 1261, note C. Manara ; *JCP* 2012. 1111, note A. Debet ; *CCE* 2012, comm. n^o 74, note C. Caron ; *RCA* 2012 ; comm. n^o 210, note s. Hocquet-Berg ; *RLDI* 2012/83, n^o 2751, obs. L. Costes.

4438. TGI Paris, 22 nov. 2012, *Sté Lilads c/ Assoc. Les Arnaques.com*, n^o 10/17057, *RLDI* 2013/89, n^o 2979, obs. L. C.

4439. *Ibid.*

444. Les exceptions à l'interdiction des restrictions d'importation ne concernent pas l'emploi des langues nationales « *Les dispositions des articles 28 et 29 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres.* »

4440. Préc.

4441. Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, *JOAN* Doc. n^o 528, 15 janv. 2003, présentation des motifs, art. 2.

4442. *Ibid.*

4443. Avis au nom de la Commission des lois constitutionnelles, M. Tabarot, *JOAN* Doc. n^o 608, 11 févr. 2003, p. 25.

4444. Rapport Commission des affaires économiques, P. Hérisson et B. Sidot, *JO Sénat* Doc. n^o 345, 11 juin 2003, p. 35.

4445. Débat Sénat, séance 25 juin 2003, compte rendu intégral, p. 10.

4446. *Ibid.*, intervention de la ministre déléguée, N. Fontaine.

4447. Rapport Commission mixte paritaire, J. Dionis du Séjour, P. Hérisson et B. Sidot,
JOAN Doc. n^o 1553, 4 mai 2004, p. 23.

4448. N. Fontaine, préc.

4449. V. ss 1255 s.

445. Arrêts *Piageme*, 18 juin 1991, aff. C-369/89, *Rec. CJCE* 1991, I, p. 2971 ; 12 sept. 2000, *Geffroy et Casino*, aff. C-366/98, *Rec. CJCE* 2000, I, p. 6579.

4450. B. Audit, *Droit international privé*, Économica, 5^e éd., 2008, n^o 403 s.

4451. Par ex., Civ. 1^{re}, 6 juill. 2000, *JDI* 2000. 1054, note I. Pingel-Lenuzza.

4452. Décis. n^o 98-408 DC, 22 janv. 1999, *Rec. Cons. const.* 1999, p. 29 ; puis art. 67 al. 2 de la Constitution.

4453. Cass., ass. plén., 9 mai 1984, *D.* 1984. 525, note F. Chabas ; *JCP* 1984, II, 20255, note N. Dejean de la Bâtie ; *RTD civ.* 1986. 120, obs. J. Huet.

4454. C. civ., art. 414-3.

4455. Cass., ass. plén., 25 févr. 2000, *Costedoat*, *Bull. civ.*, n^o 2 ; *RTD. civ.* 2000. 582, obs. P. Jourdain ; *D.* 2000. jurispr. 673, note Ph. Brun ; *RCA* 2000. Chron. 22, Ch. Radé. Cass., ass. plén., 14 déc. 2001, *Cousin*, *Bull. civ.*, n^o 17 ; *JCP* 2002, II, 10026, note M. Billiau ; *RTD civ.* 2002. 108, obs. P. Jourdain.

4456. Civ. 2^e, 20 déc. 2007, *Bull. civ.* II, n^o 274 ; *RTD civ.* 2008. 315, obs. P. Jourdain.

4457. Sur ces arrêts, v. ss 1275 s.

4458. Aut. conc. n^o 12-A-20 du 18 sept. 2012, relatif au fonctionnement du commerce électronique, *RDC* 2013/1, p. 139, note M. Behar-Touchais ; M. Chagny, « L'éviction des cybermarchands fera-t-elle long feu ? », *CCE* 2013, comm. 43. V. *supra*, « La distribution par Internet : une concurrence imparfaite ».

4459. V. ss 1255 s.

446. 3 juin 1999, aff. C-33/97, *Rec. CJCE* I, p. 3175.

4460. s. Bouvier-Ravon, « Condamnation du moteur de recherche pour contrefaçon de marque », *Expertises*, déc. 2003, p. 427 ; N. Dreyfus, G. Jobbe-Duval, « Publicité sur Internet et droit des marques », *Propriété ind.* janv. 2006, Chron. n° 1 ; C. Fabre, « Moteur de recherche et positionnement publicitaire par lien hypertexte : qualification juridique et responsabilité », *Expertises*, oct. 2005, p. 340 (1^{re} partie) – nov. 2005, p. 376 (2^e partie) ; B. Joslove, J. Larrieu, « Liens sponsorisés : quels risques pour les moteurs de recherche...et pour les autres ? », *Expertises*, févr. 2004, p. 55 ; s. Lipovetsky, F. Perbost, « Référencement des sites et droit des marques », *CCE* oct. 2003, Chron. n° 25 ; C. Manara, note sous TGI Nanterre, 13 oct. 2003, *Viaticum*, D. 2003. jurispr. 2285.

Adde. F. Sardain, « La contrefaçon du fait des liens hypertextes », *CCE* 2005, Chron. n° 21 ; E. Tardieu Guigues, « L'utilisation des marques par les moteurs de recherche comme mots de références est-elle toujours une contrefaçon ? », *Propriété ind.* 2005, Chron. n° 21.

4461. TGI Nanterre, 17 janv. 2005, *Accor c. /Overture*, ww.legalis.net.

4462. TGI Nanterre, 13 oct. 2003 *Viaticum* c/ *Google*, ww.legalis.net ; confirmée par Versailles, 10 mars 2005 ww.legalis.net. TGI Nanterre, 16 déc. 2004, *Hôtels Méridien*, c/ *Google*, ww.legalis.net.

4463. TGI Paris, 4 févr. 2005, *Louis Vuitton c/ Google*, *Propriété ind.* 2005, comm. n° 31 ; www.legalis.net. Paris, 4^e ch., sect. A, 28 juin 2006, *Google France / Louis Vuitton Malletier*, www.legalis.net.

4464. *Ibid.*

4465. 9th Cir., 14 janv. 2004, *Playboy v. Netscape*, 69 USPQ 2D 1417, *CCE* 2004. Alerte 61 ; citée par F. Sardain, « La contrefaçon du fait des liens hypertextes », *CCE* juin 2005, Chron. n^o 21, www.lexisone.com. Pour la décision contraire de première instance, *cf.* United States District Court Central District of California, Southern Division, 12 sept. 2000, *Playboy Enterprises v. Netscape and Excite, Expertises*, févr. 2001, p. 79, citée par s. Lipovetsky, F. Perbost, « Référencement des sites et droit des marques », *CCE* oct. 2003, Chron. n^o 25.

4466. Landsgericht Hamburg, 14 nov. 2003, *Metaspinner GmbH c/ Google Deutschland*, case 312 O 887/02, F. Sardain, « La contrefaçon du fait des liens hypertextes », *CCE* juin 2005, Chron. n^o 21.

4467. TGI Paris, 8 déc. 2005, *Kertel c/ Google*, www.legalis.net. V. aussi TGI de Nice, 7 févr. 2006, *TWD Industries c/ Google France*, www.legalis.net.

4468. TGI Paris, 8 déc. 2005, *Kertel c/ Google*, préc.

4469. CJCE 4 nov. 1997, *Parfums Christian Dior SA c/ Evora BV*, aff. C-337/95, *Rec. CJCE* 1997, I, p. 6013, point 54 ; *D.* 1998. jurispr. 587, note M.-C. Bergeres ; dans le même sens CJCE 23 févr. 1999, *BMW*, *PIBD* 676/1999 III, p. 221 ; *RDPI* 1999, n^o 98, p. 28.

447. Instruction aux services pour l'application de la loi n^o 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, *BOCCRF* 26 avr. 2005.

4470. Paris, 4^e ch., sect. A, 28 juin 2006, *Google France / Louis Vuitton Malletier*, www.legalis.net.

4471. Paris, 4^e ch., sect. A, 28 juin 2006, *Google France / Louis Vuitton*, préc. ; TGI Nanterre, 8 mars 2004, *Viaticum c/ Google France*, www.legalis.net.

4472. Par application de l'art. L. 121-1 du même code, dans sa rédaction antérieure à la réforme des pratiques commerciales déloyales par la L. 2008-776, 4 août 2008 ; v. ss 203 s.

4473. Paris, 4^e ch., sect. A, 28 juin 2006, *Google France / Louis Vuitton*, préc.

4474. Com. 20 mai 2008, 3 arrêts, *D.* 2009. 1065, note I. Gavanon, J. Huet ; *CCE* 2009, comm. n^o 4, obs. C. Caron ; G. Cordier, « Les liens sponsorisés devant la CJCE : point d'étape (et réflexion) sur la notion d'hébergement », *CCE* 2009, Chron. n^o 27.

4475. V. ss 1289.

4476. § 114 de CJUE 23 mars 2010, *Google France SARL c/ Louis Vuitton Malletier SA et autres*, aff. jointes C-236/08 à C-238/08 ; L. Idot, *Europe*, mai 2010, comm. n° 181 ; *D.* 2010. 885 note C. Manara ; L. Marino, *JCP* 2010. 1190-1193 ; M.-E. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* janv. 2011, p. 15 s. ; *RLDI* 2010/60, n° 1980, note L. Grynbaum.

4477. Com. 20 mai 2008, préc.

4478. Sur la protection des signes, v. ss 720 s.

4479. Cette solution est retenue par la CJUE y compris pour la marque notoire, ce qui est discutable sur ce point.

448. Préc.

4480. §57 de l'arrêt.

4481. *Ibid.*

4482. V. ss 1272 s.

4483. CJUE 23 mars 2010, préc.

4484. § 110 de l'arrêt.

4485. § 113 de l'arrêt.

4486. Pour une défense de la neutralité de Google dans son activité ; *cf. s.* Lemarchand, M. Barbier, « Le fournisseur d'hébergement au sens de l'article 4 de la directive 2000/31 et la (nouvelle ?) condition de neutralité », *RLDI* 2009. 1804.

4487. § 115 de l'arrêt.

4488. § 116 de l'arrêt.

4489. Com. 13 juill. 2010, n^o 06-20230, *Bull. civ.* IV, n^o 124 ; *RLDI* 2010/63, n^o 2063, note C. Castets-Renard ; *JCP E* 2010, n^o 44-45, p. 28-35, note C. Caron.

449. Art. 21 de la loi « confiance dans l'économie numérique » qui renvoie aux art. L. 121-2 s. du Code de la consommation sur la répression des pratiques commerciales trompeuses.

4490. Préc., v. *supra*.

4491. Com. 29 janv. 2013, n^o 11-24-713, non publ. *cf.* *RLDI* 2013/92, n^o 3051, M. de Guillenchmidt.

4492. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n^o 20358, *Bull. civ.* I, n^o 168 ; *D.* 2012. 1880, note C. Manara ; C. Castets-Renard, « Hébergement et contrefaçon en ligne : clarification du droit de la responsabilité sur l'Internet », *D.* 2012. 2075 ; *RTD com.* 2012. 771, obs. F. Pollaud-Dullian. V. ss 556 s. la protection des artistes-interprètes.

4493. *Ibid.*

4494. Civ. 1^{re}, 19 févr. 2013, n^o 12-12798, publ. au bull., *CCE* 2013, Comm. n^o 57, note A. Lepage ; *D.* 2013. 2487, obs. P. Trefigny.

4495. Civ. 1^{re}, 19 juin 2013, n^o 1217591, publ. au bull. ; *RLDI* 2013/95, n^o 3168 ; C. Castets-Renard, « La fonctionnalité Google Suggest mise hors de cause », *RLDI* 2013/96, n^o 3204 ; *JCP* 2013. 1568, note A. Lepage ; *D.* 2013. 2487, obs. P. Trefigny.

4496. Paris, pôle 2 ch. 17, 14 déc. 2011, www.legalis.net.

4497. TGI Paris, 17^e ch., 23 oct. 2013, *RLDI* 2013/99, n° 3297 et note. O. Roux 2014/102, n° 3387.

4498. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, préc.

4499. Civ. 1^{re}, 19 juin 2013, préc.

45. *JO* 14 mars 2000, p. 3968 s. ; *JCP* 2000, III, 20259.

V. E. Caprioli, « La loi française sur la preuve et la signature électroniques dans la perspective européenne », *JCP* 2000, I, 224 ; P.-Y. Gautier, X. Linant de Bellefonds, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *JCP* 2000, I, 236 ; L. Grynbaum, « Loi du 13 mars 2000 : la consécration de l'écrit et de la preuve électroniques au prix de la chute de l'acte authentique », *CCE* 2000, Chron. n^o 7 ; P. Leclercq, « Le nouveau droit civil et commercial de la preuve et le rôle du juge », *CCE* 2000, Chron. n^o 9 ; A. Raynouard, « Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique », *Deffrénois* 2000, art. 37174 ; F. G. Trebulle, « La réforme du droit de la preuve et le formalisme », *LPA* 2000, n^o 79, p. 10 ; B. Reynis, « Signature électronique et acte authentique : le devoir d'inventer... », *JCP N* 2001, p. 494 ; F. Schwerrer, « Réflexions sur la preuve et la signature dans le commerce électronique », *CCC* 2000, Chron. n^o 16.

450. Sur ces obligations v. ss 124 s.

4500. C. Castets-Renard, « La fonctionnalité Google Suggest mise hors de cause », préc.

4501. V. ss 1275 s.

4502. Ce texte a été transposé à l'article L. 32-3-4 du CPCE qui reprend les termes de la directive.

4503. TGI Paris, 5^e ch., 1^{re} sect., 25 mai 2010, *RLDI* 2010/62, n^o 2053 ; Refus de qualifier eBay en société de ventes volontaires : en attendant la transposition de la directive « services », *RLDI* 2010/66, n^o 2172 ; F. Valentin, X. Près, « Des ventes aux enchères électroniques et des biens culturels : vers une clarification (provisoire ?) du rôle des intermédiaires sur Internet », *RLDI* 2010/66, n^o 2138.

4504. Paris, pôle 5, 11^e ch., 25 mai 2012, n^o 10/13925, *CCE* 2012, comm. n^o 92, note A. Debet.

4505. Civ. 1^{re}, 19 févr. 2013, n^o 11-23287, publ. au bull. ; *RLDI* 2013/92, n^o 3070, obs. L. C.

4506. V. *supra*, « Les contrats à distance du consommateur ».

4507. TGI Paris, 5 févr. 2013, *UFC que Choisir c/ Sté eBay International AG*, www.juriscom.net ; *RLDI* 2013/92, 3072, obs. L. Costes.

4508. CJUE 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09 ; *JDI* 2013-1, p. 14 ; obs. T. Azzi ; *CCE* 2011, comm. n^o 23, note A. Debet – comm. n^o 99, C. Caron ; *RLDI* 2011/74, n^o 2459, note L. Grynbaum, n^o 2460, note C. Castets-Renard.

4509. V. ss 1241.

451. Toulouse, Ch. 2, sect. 1, 2 févr. 2011, 09/0005, *JurisData* n^o 2011-009253.

4510. V. ss 1272.

4511. § 114 de l'arrêt CJUE 23 mars 2010, *Google France SARL c/ Louis Vuitton Malletier SA et autres*, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, *Europe* 2010, comm. n° 181, note L. Idot ; *D.* 2010. 885 note C. Manara ; L. Marino, *JCP* 2010. 1190-1193 ; M.-E. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* janv. 2011, p. 15 s. ; *RLDI* 2010/60, n° 1980, note L. Grynbaum.

4512. § 116 de la décision CJUE *Google*, préc.

4513. § 118 de la décision CJUE *Google*, préc.

4514. V. ss 1272.

4515. § 113 de la présente décision CJUE *eBay*.

4516. *Ibid.*

4517. § 115 de la présente décision CJUE *eBay*.

4518. § 116 de la présente décision CJUE *eBay*.

4519. T. com. Paris, 1^{re} ch., sect. B, 30 juin 2008, *Louis Vuitton Malletier c/ eBay inc., eBay International AG ; Christian Dior Couture c/ eBay inc., eBay International AG ; Parfums Christian Dior et a. c/ eBay inc., eBay International AG* ; A. Debet, « L'industrie du luxe gagne la première manche dans le bras de fer qu'elle a engagé avec eBay », *CCE* 2008, n^o 113. Paris, 14^e ch., sect. B, réf., 9 nov. 2007, *eBay Europe – eBay France c/ SARL DWC*.

452. Com. 28 avr. 1998, *RTD civ.* 1999. 81, obs. J. Mestre.

4520. TGI Troyes, ch. civ., 4 juin 2008, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 13 mai 2009, *L'oréal et autres c/ e-Bay et autres*, www.legalis.net ; TI Vienne, 12 nov. 2010, *M. et L. c/ eBay*, www.legalis.net.

4521. Paris, pôle 5 ch. 2, 3 sept. 2010. *C. Dior Couture c/ e-Bay ; e-Bay c/ Louis Vuitton*, www.legalis.net. V. J. Huet, « eBay n'est pas un hébergeur », *D.* 2008. 1032 ; « eBay n'est pas un hébergeur (suite) », *D.* 2008. 2261. Dans le même sens T. com. Paris, 15^e ch., 31 mai 2013, *sté P2B c/ Sté Trokers*, www.legalisnet ; *RLDI* 2013/95, n^o 3169, obs. L. Costes.

4522. Rennes, 6 nov. 2012, *Viagogo c/ assoc. Les vieilles charrues*, www.legalis.net ; T. com. Nanterre, réf., 13 mars 2013, *RLDI* 2013/92, n^o 3071 ; TGI Paris, 27 févr. 2012, *Cité de la musique, Salle Pleyel c/ Viagogo*, www.legalis.net ; T. com. Paris, réf., 20 mars 2013, *CCE* 2013, comm. n^o 68, obs. A. Debet ; Cf. Vandavelde, *RLDI* 2013/93, n^o 3088.

4523. Com. 3 mai 2012, n^o 11-10508, *Bull. civ.* IV, n^o 89 ; n^o 11-10505 ; 11-10507 ; *D.* 2012. 1261, note C. Manara ; *JCP* 2012. 1111, note A. Debet ; *CCE* 2012, comm. n^o 74, note C. Caron ; *RCA* 2012 ; comm. n^o 210, note s. Hocquet-Berg ; *RLDI* 2012/83, n^o 2751, obs. L. Costes.

4524. Com. 3 mai 2012, n^o 11-10508, *Bull. civ.* IV, n^o 89.

4525. Com. 3 mai 2012, n^o 11-10507, non publ.

4526. Com. 3 mai 2012, n^o 11-10505, non publ.

4527. Enquête de 2011 de la Business Software Alliance, *RLDI* 2012/78, p. 27, L. Costes.

4528. V. ss 612 s.

4529. Ph. le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 7^e éd., 2012, n^o 4.9.

453. G. Busseuil, « La phase précontractuelle, La formation du contrat », préc., spéc.
p. 108 s.

4530. *Ibid.*

4531. V. ss 612.

4532. Avant-projet de réforme du droit des obligations (C. civ., art. 1101 à 1386) et du droit de la prescription (C. civ., art. 2234 à 2281), du 22 sept. 2005, Rapport de P. Catala.

4533. Le texte (art. 1371) *in extenso* est ainsi libellé : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables. »

V. Avant-projet, préc. ; De la responsabilité civile, exposé des motifs par M^{elle} G. Viney, p. 141 s. spéc. p. 148.

4534. Exposé des motifs par M^{elle} G. Viney, préc., p. 148.

4535. B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations, I. Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd., 1996, n^o 1335.

4536. R. Rodière, E. du Pontavice, *Droit maritime*, Dalloz, 12^e éd., 1997, n^o 317 et 318.

4537. B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *eod. loc.*

4538. Premier avocat général Lindon, note sous Paris, 13 févr. 1971, *JCP* 1971, II, 16774.

4539. *Ibid.*

454. Paris, 25 nov. 2010, n^o 08-22287, *SA Karavel c/ M. et M^{me} C*, CCE 2011, comm. n^o 56, note A. Debet.

4540. D. Fasquelle, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 20 nov. 2002, n^o 232, p. 27, article qui s'insère dans les actes du colloque du CEDAG, M. Behar-Touchais (dir.), « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », *LPA* 20 nov. 2002, n^o 232.

Approuvant les conclusions de D. Fasquelle, *cf.* Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, « Dalloz Action », 2004, n^o 48-1.

Adde, D. Fasquelle, R. Mésa, « Les fautes lucratives et les assurances de dommages », *RGDA* 2005. 351 s.

4541. D. Fasquelle, « L'existence de fautes lucratives en droit français », préc., p. 29.

4542. *Ibid.*, p. 30.

4543. *Ibid.*

4544. *Ibid.*

4545. *Ibid.*, p. 30-31.

4546. *Ibid.*, p. 32 s.

4547. V. M.-A. Frison-Roche, « Les principes originels du droit de la concurrence et du parasitisme », *RJDA* 6/94, p. 483 s., spéc. n^o 20.

4548. R. Mésa, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012. 2754.

4549. Ph. Pierre, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – Rapport français », *RDC* 2010/3, p. 1117.

455. Cette dérogation a été instaurée par l'art. 11, 1. de la dir. « commerce électronique », préc.

4550. M.-A. Frison-Roche, art. préc.

4551. *Ibid.*, n^o 16.

4552. *Ibid.*, n^o 17.

4553. V. *supra*, « La protection des créations intellectuelles ». Le logiciel peut être défini comme « un programme d'instructions générales ou particulières, adressées à une machine, en vue du traitement d'une information donnée », cf. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n^o 81.

4554. CPI, art. L. 112-2, 13°. La protection du logiciel par le droit d'auteur a été instaurée par la loi n° 85-660 du 3 juill. 1985.

4555. V. *supra*, « La protection des créations intellectuelles ».

4556. V. *supra*, « La protection des créations intellectuelles ». Pour une approche critique de l'influence de la protection du logiciel par le droit d'auteur, P. Sirinelli, « Le droit d'auteur à l'aube du 3^e millénaire », *JCP* 2000, I, 194, spéc. n^o 12. Pour une contestation de la qualification de la création de logiciel d'œuvre, F. Pollaud-Dullian, *Le droit d'auteur*, Economica, collec. « *Corpus* », 2005, n^o 212 s.

4557. La Cour de cassation a retenu l'originalité du logiciel dès lors qu'un « effort personnalisé » du créateur qui a réalisé un « apport intellectuel » est constaté : Cass., ass. plén., 7 mars 1986, *Babolat c/ Pachot*, JCP 1986, II, 14713, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié, M. Vivant ; D. 1986. 405, concl. Cabannes, note B. Edelmann.

Cf. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n^o 82 et les développements critiques de F. Pollaud-Dullian, *op. cit.*, n^o 219 s.

4558. Un procédé technique tel que le « clic » peut faire l'objet d'un brevet, *cf.* P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n^o 81.

4559. Sur la proposition de directive du 20 févr. 2002 COM(2002) 92 final (*JOCE* C 151, 25 juin 2002, p. 129), qui avait pour objet de rendre brevetable le logiciel ; *cf.* C. Caron, « L'Europe timide des brevets de logiciels », *CCE* 2002, Chron. n^o 20.

Cette directive a fait l'objet d'un vote négatif à 98 % en deuxième lecture du Parlement européen le 6 juillet 2005 ce qui a mis fin à sa procédure d'adoption (*Bull. UE* 7/8 2005, point 1. 3. 33).

Toutefois, depuis 1998, l'Office européen des brevets délivre des brevets européens de logiciels dès lors que le logiciel produit un effet technique supplémentaire, *cf.* « La protection des créations intellectuelles ».

456. L'exception a été introduite par l'art. 11, 3. de la Dir. « commerce électronique », préc.

4560. CPI, art. L. 121-7.

4561. CPI, art. L. 113-9. *Cf.* P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n^o 83.

4562. Sur la nature des droits d'exploitation, v. ss 620 s.

4563. CPI, art. L. 122-6-1, II. La mise à disposition d'une copie par le fournisseur empêche de réaliser une autre copie (Com. 22 mai 1991, *Bull. civ.* IV, n^o 172).

4564. J. Huet, « *Le reverse engineering*, ou l'ingénierie inverse et l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe : questions de droit d'auteur et de droit de la concurrence », *D.* 2001. Chron. 101.

4565. CPI, art. L. 122-6-1, IV. *Cf.* Ph. le Tourneau, *op. cit.*, n^o 4.64.

4566. CPI, art. L. 122-6-1, III. *Cf.* Ph. le Tourneau, *op. cit.* n^o 4.64 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n^o 84.

4567. Néanmoins, cette faculté, même entourée de précautions par la loi, facilite la réalisation de logiciels similaires mais avec quelques modifications, *cf.* Ph. le Tourneau, *op. cit.* 4.65.

4568. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n^o 84 ; Ph. le Tourneau, *op. cit.* n^o 4.66 et 4.67.

4569. CPI, art. L. 335-2, al. 2.

457. Sur ces contrats spéciaux du droit de la consommation v. ss 252 s.

4570. Com. 9 nov. 1993, *Bull. civ.* IV, n^o 395.

4571. Pour une présentation de cette jurisprudence, *cf.* Ph. le Tourneau, *op. cit.*, n^o 4.66.

4572. Paris, 23 sept. 1997, *Sté EDA c/ Wang*, *Dr. inf. et téléc.* 1998/1, p. 64, obs. A. Guilleux ; *Gaz. Pal.* 1999. 2, somm. p. 571, *JurisData* n^o 1997-024755.

4573. Paris, 27 mars 1998, *Gaz. Pal.* 1999. 2, somm. p. 603.

4574. TGI Colmar, 6 sept. 2001, *Gaz. Pal.* 2002. 2, somm. p. 1663.

4575. Nancy, 12 sept. 2002, *Expertises* 2003, p. 71.

4576. G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2010, n^o 57 s.

4577. M. Vivant, *op. cit.* n^o 817 ; M.-A. Ledieu, « Et si la licence de logiciel était une location ? », *CCE* 2003, Chron. n^o 27 ; Ph. le Tourneau, *op. cit.*, 4. 18.

4578. P. Y. Gautier, *op. cit.*, n^o 83-1 ; M.-A. Ledieu, art. préc. ; Ph. le Tourneau, *op. cit.*, 4. 19.

4579. M.-A. Ledieu, art. préc.

458. G. Brunaux, *Le contrat à distance au XXI^e siècle*, préc., p. 234 s. ; G. Busseuil, art. préc., p. 110.

4580. Ph. le Tourneau, *op. cit.*, 4. 26 s.

4581. P. Y. Gautier, *op. cit.*, n^o 83-1 ; M.-A. Ledieu, art. préc. ; Ph. le Tourneau, *op. cit.*, 4. 19.

J. Huet dans son article « De la vente de logiciel », préc., étudie le progiciel ; toutefois, il indique dans sa note (4) que le client qui a commandé un logiciel spécifique « devient propriétaire du logiciel qui lui est livré ».

4582. Com. 9 nov. 1993, *Bull. civ.* IV, n^o 395. Crim. 2 nov. 2005, n^o 04-86592, *Bull. crim.* n^o 273. Dans cet arrêt de 2005 la Cour de cassation utilise le terme de vente tout en indiquant que seul un droit d'usage sur le bien incorporel a été conféré « Attendu que, si c'est à tort que la cour d'appel énonce que le logiciel vendu avait perdu son caractère de bien incorporel en raison de sa large diffusion, l'arrêt n'encourt néanmoins pas la censure, dès lors que l'article L 216-1 du Code de la consommation applique aux prestations de services les dispositions de l'article L 213-1 dudit Code et que constitue une telle prestation la fourniture d'un logiciel qui ne confère au contractant qu'un droit d'usage ».

4583. J. Huet, « De la vente de logiciel », préc.

4584. Ce choix s'opère nonobstant les réserves des auteurs qui ont analysé le rapprochement entre bail et licence sous l'aspect des contrats spéciaux ; *cf.* F. Collart-Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9^e éd., 2011, n^o 360.

4585. V. ss 638 s.

4586. Crim. 10 déc. 2013, n° 13-81572, *RLDI* 2014/101, n° 3349, obs. L. Costes.

4587. TGI Paris, 3^e ch., 12 avr. 1996, *PIBD* 1996, n^o 615, III, p. 423 (5000 francs). Paris, 13^e ch., 20 janv. 2000, *CCE* 2000, comm. n^o 87, obs. C. Caron ; *JurisData* n^o 111542.

V. le cas particulier où la reproduction d'un logiciel par un salarié a donné lieu à la condamnation à 150 000 francs de dommages-intérêts bien que l'usage de ce dernier par le contrefacteur n'avait même pas été établi (Crim. 12 oct. 1994, non publ., n^o 93-84090).

4588. 20 000 francs, Paris, 4^e ch., sect. B, 30 avr. 1998, *MCP c/ Microsoft*, *JurisData* n° 1998-021894.

4589. 30 000 francs, Paris, 21 nov. 2001, *Sté transactions Internationales c/ Microsoft*, *JurisData* n^o 2001-161379.

459. J. Huet, « La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998 », *CCE* déc. 1999, Chron. n^o 5, spéc. n^o 5, n^o 13 s. ; M. Vivant, « B to C : loi applicable et juge compétent », *Légicom* 2001, 1-2, p. 95.

4590. 150 000 et 30 000 francs, Paris, 23 sept. 1997, préc.

4591. 100 000 francs, T. com. Paris, 10 avr. 1995, *Sté EGI c/ Beau et autres*, *JurisData*
n^o 1995-042488.

4592. Civ. 1^{re}, 27 nov. 2001, n^o 99-20996, non publ., www.legifrance.fr.

4593. *Ibid.*

4594. Cass., ch. mixte, 5 nov. 1976, *D.* 1977. 221, note X. Lucas.

4595. Crim. 25 sept. 2012, n^o 11-84224, *Bull. crim.* n^o 196 ; *PI* 2013/46, p. 80, note A. Lucas ; *RLDI* 2013/89, n^o 2959, note O. Pignatari.

4596. C. pén., art. 131-21 al. 10 ; A. Lucas note sous crim. 25 sept. 2012, préc.

4597. Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ;
Anexe 1 C de l'Accord de Marrakech, 15 avr. 1994, instituant l'Organisation mondiale du
commerce.

4598. Proposition de directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, COM (2003) 46(01), *cf.* p. 13-14 qui renvoient aux accord « ADPIC ».

4599. Art. 17, Proposition de directive, COM (2003) 46(01) final, préc.

46. *JO* n^o 77, 31 mars 2001 p. 5070. H. Bitan, « Un décret fixe les conditions de fiabilité de la signature électronique », *CCE* 2001, Chron. n^o 19 ; L. Jacques, « Le décret n^o 2001-272 du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique », *JCP* 2001. Actu. 160 ; I. de Lamberterie, J.-F. Blanchette, « Le décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique : lecture critique, technique et juridique », *JCP E* 2001, p. 1269.

460. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les Obligations*, Dalloz, 9^e éd., 2005, n^o 169 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, I. L'acte juridique*, Sirey, 13^e éd., 2008, n^o 157 s.

4600. *JOCE* L. 195, 2 juin 2004, p. 16 s. ; adoptée notamment en vue de respecter les Accords « ADPIC », *cf.* considérant n^o 4 et 5.

4601. G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, préc., *eod. loc.*

4602. Crim. 8 juill. 1975, *JCP* 1976, II, 18369, note M. Caleb.

4603. V. ss 1316.

4604. V. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n^o 363.

4605. *Ibid.*

4606. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n^o 363, notule 5, citant l'arrêt Civ. 3^e, 27 avr. 1982, *Bull. civ.* III, n^o 103.

4607. Préc.

4608. À l'image du doublement de la sanction pénale lorsque le contrefacteur était lié au créateur du logiciel par un autre contrat, v. ss 1318.

4609. T. Azzi, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.* 2009. 1621.

461. Pour un résumé de ces thèses, *cf.* J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n^o 168 s. ; J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 1993, n^o 351 s.

4610. Règlement n^o 44/2001, 22 déc. 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit « Bruxelles I », *JOCE* L 012 16 janv. 2001. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommière, *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, 2013, n^o 454 s. ; n^o 485-2 s.

4611. V. ss 1333.

4612. *JOCE* L 160, 30 juin 2000, p. 37.

4613. Préc.

4614. *JOCE* L 012 16 janv. 2001 ; Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommière, *op. cit.* ; P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., Montchrestien, 2010, n^o 332 s.

4615. V.1354 s., 1358 s.

4616. V. ss 1338.

4617. Sur l'applicabilité des solutions de la jurisprudence fondée sur la Convention de Bruxelles de 1968 au règlement « Bruxelles I » dès lors que les textes sont similaires, *cf.* P. Mayer, V. Heuzé, *préc.*, n^o 332.

4618. Règl. « Bruxelles I », art. 1, 2.

4619. P. Mayer, V. Heuzé, *op. cit.*, n^o 337.

462. J. Carbonnier, *op. cit.*, n^o 30 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n^o 168.

4620. V. ss 1342.

4621. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 23.

4622. V. ss 1333.

4623. Règlement n^o 864/2007, 11 juill. 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *JOCE* L. 199, 31 juill. 2007, p. 40. V. ss 1364.

4624. CJCE 30 nov. 1976, *Fondation Reinwater c/Mines de potasse d'Alsace*, *Rev. crit. DIP* 1977. 563, note P. Bourel. Pour un refus de vente, Civ. 1^{re}, 8 janv. 1991, *JDI* 1992. 195, note J. Huet.

4625. Renvoi de l'article 15 du règlement « Bruxelles I » à l'article 4 de ce règlement.

4626. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 15, 2

4627. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 15, 1, a.

4628. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 15, 1, b.

4629. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 15, 3.

463. Ph. Malaurie note sous Civ. 1^{re}, 21 déc. 1960, préc. ; plus nuancé aujourd'hui, Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les Obligations*, Cujas, 10^e éd., 1999, n^o 393.

4630. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 15, 1, c.

4631. *Ibid.*

4632. V. ss 1346 s. la jurisprudence relative aux professionnels opérant par Internet et le critère de « l'activité dirigée ».

4633. *Ibid.*

4634. Conseil de l'Union européenne 6 déc. 2012, doc. PE-CONS 56/12, 2010/0383 (COD).

4635. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 8 à 14.

4636. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 9, 1.

4637. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 9, 1.

4638. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 10.

4639. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 11.

464. Com. 7 janv. 1981, *Bull. civ.* IV, n^o 14, p. 11 ; *RTD civ.* 1981. 849, obs. F. Chabas ;
F. Terré, Y. Lequette, *GAJC*, t. II, 11^e éd., 2000, n^o 144-145.

4640. Éventuellement pour se déclarer d'office incompétent ; *cf.* art. 25 Règl. « Bruxelles I », préc.

4641. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommière, *op. cit.*, n^o 485-1 ; P. Mayer, V. Heuzé, *op. cit.*, n^o 347.

4642. *Cf.* art. 23-5, Règl. « Bruxelles I », préc.

4643. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 22, 1.

4644. *Ibid.*

4645. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 22, 4.

4646. Règl. « Bruxelles I », préc., art. 22, 5.

4647. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommière, *op. cit.*, n^o 442-1.

4648. Civ. 21 juin 1948, s. 1949, 1, p. 121, note J.-P. Niboyet.

4649. Civ. 19 oct. 1959, *Pelassa*, *Rev. crit. DIP* 1960. 215, note Y. L. ; 30 oct. 1962, *Sheffel*, *Rev. crit. DIP* 1963. 387, note P. Francescakis. V. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommière, *op. cit.*, n^o 442-2 ; P. Mayer, V. Heuzé, *op. cit.*, n^o 282.

465. Req. 21 mars 1932, *DP* 1933. 1. 65, note E. Sallé de La Marnierre ; *GAJC*, *eod. loc.*

4650. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommière, *op. cit.*, n^o 442-3 ; P. Mayer, V. Heuzé, *op. cit.*, n^o 282.

4651. V. ss 1324.

4652. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommière, *op. cit.*, n^o 447.

4653. P. Mayer, V. Heuzé, *op. cit.*, n^o 290.

4654. *Ibid.*

4655. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommière, *op. cit.*, n^o 464 ; P. Mayer, V. Heuzé, *op. cit.*, n^o 291.

4656. Civ. 1^{re}, 27 mai 1970, *Weiss*, *Rev. crit. DIP* 1971. 113, note H. Batiffol.

4657. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommière, *op. cit.*, n^o 464 s. ; P. Mayer, V. Heuzé, *op. cit.*, n^o 294 s.

4658. P. Mayer, V. Heuzé, *op. cit.*, n^o 295.

4659. V. ss 1324.

466. Soc. 11 juill. 2002, *Bull. civ.* V, n^o 254 ; *D.* 2003. 1076.

4660. V. ss 1333.

4661. V. ss 1326 s.

4662. Par application de l'article 2 du règlement « Bruxelles I », quand le défendeur est domicilié dans l'Union européenne, ou par application de l'article 42 du C. pr. civ. quand le défendeur est domicilié hors de l'Union européenne. V. ss 1344.

4663. Par application de l'article 5 du règlement « Bruxelles I », quand le défendeur est domicilié dans l'Union européenne, ou par application de l'article 46 du C. pr. civ. quand le défendeur est domicilié hors de l'Union européenne. V. ss 141, 1331, 1340.

4664. O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 365, 2002, n^o 655 s.

4665. CJUE 7 déc. 2010, *Peter Pammer c/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG ; Hotel Alpenhof GesmbH c/Oliver Helleraff*, affaires jointes C-585/08 et C-144/09, *JCP* 2011. 226, note L. D'Avout ; M.-E. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* 2011. Chron. 1 ; *JDI* 2011, p. 915, note V. Pironon ; *RDC* 2011, p. 511, obs. C. Aubert de Vincelles ; p. 567, obs. E. Treppoz.

4666. CJUE 6 sept. 2012, *Daniela Mühlleitner c/Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi*, aff. C-190/11, *RED consom.* 2013, p. 113, note M. Brkan ; *RLDI* 2012/87, n^o 2925, p. 48, obs. L. Costes.

4667. CJUE 17 oct. 2013, *L. Emrek c/V. Sabranovic*, aff. C-218/12, M.-E. Ancel, « Un an de droit du commerce électronique », *CCE* 2014. Chron. 1 ; *RLDA* 2014/89, p. 53, note B. de Clavière ; *Europe* 2013, comm. 559, note L. Idot.

4668. CJUE 14 nov. 2013, *A. et M. Maletic c/lastminute.com et TUI*, aff. C-478-12, M.-E. Ancel, « Un an de droit du commerce électronique », *CCE* 2014. Chron. 1 ; *RLDC*, 2014/111, p. 15, note C. Le Gallou.

4669. V. ss 1344.

467. O. Lando, *Principes du droit européen du contrat*, version française, G. Rouhette, Ed. Soc. de législation comparée, 2003.

4670. CJCE 7 mars 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL et Chequepoint International Ltd contre Presse Alliance SA*, aff. C-68/93, par application de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, art. 5, § 3 ; *Europe* 1995, n^o 6, p. 1.

4671. *Ibid.*

4672. CJUE 25 oct. 2011, *eDate Advertising GmbH c/X et Olivier Martinez et Robert Martinez c/MGN limited*, aff. jointes C-509/09 et C-161/10, M.-E. Ancel, *CCE* 2012. Chron. 1 ; *D.* 2012. 1279, note T. Azzi ; *JCP* 2012. 35, note s. Franck ; s. Bollée, B. Haftel, « Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyberdélits après l'arrêt *eDate Advertising et Martinez* », *D.* 2012. 1285 ; E Treppoz, « Territorialité et propriété intellectuelle », *RTD eur.* 2011. 849.

4673. *Ibid.*

4674. *Ibid.*

4675. *Ibid.*

4676. Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, n^o 10-15890, *Propri. intell.* 2012, p. 351, note A. Lucas.

4677. *Peter Pinckney c/KDG Mediatech AG*, aff. C-170/12, M.-E. Ancel, « Un an de droit du commerce électronique », *CCE* 2014. Chron. 1 ; *Europe* 2013, comm. n^o 558, note L. Idot.

4678. Civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, publ. au bull., n^o 10-15890.

4679. Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, n^o 01-03225, *Bull. civ.* I, n^o 245 ; *Rev. crit. DIP* 2004. 632 s., note O. Cachard ; *JDI* 2004. 872, note A. Huet ; *D.* 2004. AJ 276, obs. C. Manara.

468. Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, 11 oct. 2011, COM (2011), 635 final. V. M. Behar-Touchais, B. Fauvarque-Cosson, Z. Jacquemin, « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *RDC* 2012/1, p. 191 ; J.-S. Bergé, « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *RDC* 2012/2, p. 569 ; B. Fauvarque-Cosson, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012. 34 ; C. Nourissat, « Un droit commun européen de la vente », *JCP E* n° 12, p. 39-40 ; P. Puig, « L'avènement des sources optionnelles », *RTD civ.* 2012. 493 ; W. Doralt, « De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats », *RDC* 2011/4, p. 1313 s.

Adde Actes du colloque, « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », *RDC* 2012. 1393 s.

4680. Com. 20 mars 2007, n^o 04-19679, *Bull. civ.* IV, n^o 91, *JCP* 2007, II, 10088, note M.-E. Ancel ; *CCE* 2007, comm. n^o 119, note C. Caron ; *Prop. intell.* 2007, n^o 24, n^o 349, obs. J. Passa ; *Rev. crit. DIP* 2007. 322, note E. Treppoz.

4681. Com. 13 juill. 2010, n^o 06-20230, *Bull. civ.* IV, n^o 124 ; *RLDI* 2010/63, n^o 2063, note C. Castets-Renard ; *JCP E* 2010, n^o 44-45, p. 28-35, note C. Caron.

4682. V. ss 1287 s.

4683. Com. 23 nov. 2010, n^o 07-19543, *CCE* 2011, comm. n^o 11, note C. Caron ; *D.* 2011. 2434, obs. s. B. V. dans le même sens Com. 29 mars 2011, n^o 10-12272, M.-E. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* 2012. Chron. 1.

4684. *Ibid.*

4685. Com. 7 déc. 2010, n^o 09-16-811, *Bull. civ.* IV, n^o 189, *Propri. intell.* 2011, p. 446, note P. de Candé ; *RLDI* 2011/68, n^o 2226, obs. M. Trézéguet.

4686. CJUE 12 juill. 2011, *L'Oréal SA c/eBay international*, aff. C-324/09, *JDI* 2013. 14, obs. T. Azzi ; *CCE* 2011, comm. n^o 23, note A. Debet, comm. n^o 99, C. Caron ; *RLDI* 2011/74, n^o 2459, note L. Grynbaum, n^o 2460, note C. Castets-Renard.

4687. Règlement CE n° 593/2008, du Parlement et du Conseil, 17 juin 2008, *JOCE* L 177, 4 juill. 2008, p. 6 s. H. Kenfack, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009. 1 s. ; P. Lagarde, A. Tenenbaum, « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP* 2008. 727 ; s. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I », et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011 ; M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 111 s.

4688. Art. 28 Règl. « Rome I ».

4689. Art. 2 Règl. « Rome I ».

469. Soc. 11 juill. 2002, préc.

4690. J. Passa, « Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions », *CCE* 2005. Chron. 17.

4691. A. Huet, « Le droit applicable dans les réseaux numériques », *JDI* 2002. 737 ; M.-E. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* 2004. Chron. 1 ; C. Castets-Renard, *Droit de l'Internet : droit français et européen*, 2^e éd., Montchrestien Lextenso, 2012, n^o 1051.

4692. CJUE 25 oct. 2011, *eDate Advertising GmbH c/X et Olivier Martinez, Robert Martinez c/MGN limited*, aff. jointes C-509/09 et C-161/10 : « L'article 3 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), doit être interprété en ce sens qu'il n'impose pas une transposition sous forme de règle spécifique de conflit de lois. Néanmoins, s'agissant du domaine coordonné, les États membres doivent assurer que, sous réserve des dérogations autorisées selon les conditions prévues à l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/31, le prestataire d'un service du commerce électronique n'est pas soumis à des exigences plus strictes que celles prévues par le droit matériel applicable dans l'État membre d'établissement de ce prestataire. » ; M.-E. Ancel, *CCE* 2012. Chron. 1 ; *D.* 2012. 1279, note T. Azzi, ; *JCP* 2012. 35, note s. Franck ; s. Bollée, B. Haftel, « Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyberdélits après l'arrêt *eDate Advertising et Martinez* », *D.* 2012. 1285 ; E Treppoz, « Territorialité et propriété intellectuelle », *RTD eur.* 2011. 849.

4693. Art L. 3323-2 9° « (...) à l'exclusion de ceux qui, par leur caractère, leur présentation ou leur objet, apparaissent comme principalement destinés à la jeunesse, ainsi que ceux édités par des associations, sociétés et fédérations sportives ou des ligues professionnelles au sens du Code du sport ».

4694. CSP, art. L. 3511-3.

4695. CSP, art. L. 3511-3 al. 3, 2°.

4696. CSP, art. L. 3511-5.

4697. « L'activité définie à l'article 14 est soumise à la loi de l'État membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services L'application de l'alinéa précédent ne peut avoir pour effet :

1° De priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France. Au sens du présent article, les dispositions relatives aux obligations contractuelles comprennent les dispositions applicables aux éléments du contrat, y compris celles qui définissent les droits du consommateur, qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter ; ».

4698. O. Cachard, « Définition du commerce électronique et loi applicable », *CCE* 2004.
Étude 31 ; C. Castets-Renard, *op. cit.*, n^o 1052.

4699. Convention de Vienne, art. 2.

47. *JO* 19 avr. 2002, p. 6944 ; *CCE* 2002, comm. n^o 101, L. Grynbaum ; A. Penneau, « La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques », *D.* 2002. Chron. 2065.

470. V. ss 1321 s., sur le droit international privé.

4700. Convention de Vienne, art. 1.

4701. Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, 11 oct. 2011, COM(2011), 635 final. V. M. Behar-Touchais, B. Fauvarque-Cosson, Z. Jacquemin, « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *RDC* 2012/1. 191 ; J.-S. Bergé, « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *RDC* 2012/2. 569 ; B. Fauvarque-Cosson, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012. 34 ; C. Nourissat, « Un droit commun européen de la vente », *JCP E* 2012, n^o 12, p. 39-40 ; P. Puig, « L'avènement des sources optionnelles », *RTD civ.* 2012. 493 ; W. Doralt, « De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats », *RDC* 2011/4. 1313 s.

Adde Actes du colloque, « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », *RDC* 2012. 1393 s.

G. Dannemann, s. Vogenauer, *The Common European Sales Law in context, Interactions with English and German Law*, Oxford University Press, 2013 ; O. Deshayes (dir.), *Le droit commun européen de la vente – Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, Sté de législat. comparé, coll. « TEE », 2012 ; R. Schulze (dir.), *Common European Sales Law (CESL), Commentary*, CH Beck-Hart-Nomos, 2012.

4702. Règl. « Rome I », art. 3, § 2.

4703. Règl. « Rome I », art. 3, § 4.

4704. T. Azzi, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *D.* 2008. 2169.

4705. H. Muir Watt, D. Bureau, *Droit international privé*, t. II, 2^e éd., PUF, 2010, n^o 924 s. ;
O. Boskovic, « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2175.

4706. Pour une affaire opposant un consommateur français à un professionnel étranger sous l'empire de la convention de Rome de 1968 *cf.* Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, n^o 03-15.637, *Richt Meyer c/SA Commerzbank*, *D.* 2006. 1597 ; *RDC* 2006/4, obs. P. Deumier, p. 1253 ; *D.* 2006. 2798, note M. Audit ; P. de Vareilles-Sommières, « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », *D.* 2006. 2464.

4707. V. ss 1333.

4708. *Cf.* considérant 24, du préambule du Règlement « Rome I ».

4709. CJUE 7 déc. 2010, *Peter Pammer c/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG ; Hotel Alpenhof GesmbH c/Oliver Heller*, aff. jointes C-585/08 et C-144/09, *JCP* 2011. 226, note L. D'Avout ; M.-E. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* 2011. Chron. 1 ; *JDI* 2011, p. 915, note V. Pironon ; *RDC* 2011. 511, obs. C. Aubert de Vincelles ; 567, obs. E. Treppoz.

471. Com. 7 janv. 1981, préc.

4710. CJUE 14 nov. 2013, *A. et M. Maletic c/lastminute.com et TUI*, aff. C-478-12 ; M.-E. Ancel, « Un an de droit du commerce électronique », *CCE* 2014. Chron. 1 ; *RLDC*, 2014/111, p. 15, note C. Le Gallou.

4711. CJUE 7 déc. 2010, *Peter Pammer c/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG ; Hotel Alpenhof GesmbH c/Oliver Heller*, aff. jointes C-585/08 et C-144/09, préc.

4712. CJUE 17 oct. 2013, *L. Emrek c/V. Sabranovic*, aff. C-218/12, M.-E. Ancel, « Un an de droit du commerce électronique », *CCE* 2014. Chron. 1 ; *RLDA* 2014/89, p. 53, note B. de Clavière ; *Europe* 2013, comm. n^o 559, note L. Idot.

4713. Règlement n° 864/2007, *JOCE* L 199, 31 juill. 2007, p. 40 ; C. Brière, « Le règlement CE n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (“Rome II”) », *JDI* 2008. 31 ; s. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008 ; T. Kadner Graziano, « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité, extracontractuelle », *Rev. crit. DIP* 2008. 445 ; *D.* 2007. 2569, obs. L. d'Avout ; F. Guerchoun, s. Piedelièvre, « Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (“Rome II”) », *Gaz. Pal.* 21-23 oct. 2007, p. 4 s., 28-30 oct. 2007, p. 9 s. ; M.-E. Ancel, *Dr. et patr.* déc. 2007, p. 77 s.

H. Muir Watt, D. Bureau, *Droit international privé*, t. II, 2^e éd., PUF, 2010, n° 1002 s. ; M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 93 s.

4714. Règl. « Rome II », art. 3.

4715. Règl., « Rome II », art. 31.

4716. Règl. « Rome II », art. 28, § 1.

4717. Règl. « Rome II », art. 28, § 2.

4718. Règl. « Rome II », art. 1, § 2 g.

4719. Arrêt de principe Civ. 25 mai 1948, *Lautour c/V^e Guiraut*, *Rev. crit. DIP* 1949. 89.

472. Préc.

4720. L. d'Avout, « Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques », *D.* 2009.
1629.

4721. Règl. « Rome II », art. 14, § 1. V. O. Boskovic, « L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II », *D.* 2009. 1639.

4722. *Ibid.*

4723. *Ibid.*

4724. Règl. « Rome II », art. 14, § 2.

4725. Règl., « Rome II », art. 14, § 3.

4726. C. Castets-Renard, *op. cit.*, n^o 1027 ; V. Pironon, « les nouveaux défis du droit international privé : site actif, site passif, activité dirigée ? », *in* J. Rochfeld (dir.), *op. cit.*, LGDJ, 2010, p. 93.

4727. O. Boskovic, *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé » t. 407, 2003.

4728. G. Lardeux, « Les cyberdélits », *RLDI* 2012/81, n^o 2726.

4729. Règl. « Rome II », art. 1, § 2 g.

473. V. ss 137.

4730. C. Nourissat, « Le champ d'application du règlement Rome II », *in s.* Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable [...]*, préc., p. 23 ; T. Kadner Graziano, art. préc., spéc. p. 495 ; E. Putman, « La protection internationale des droits de la personnalité sur le web », *RLDI* 2012/81, n^o 2727 ; H. Muir Watt, D. Bureau, *Droit international privé*, t. II, préc., n^o 973-1.

4731. Résolution du Parlement européen du 10 mai 2012 contenant des recommandations à la Commission sur la modification du règlement (CE) n^o 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) (2009/2170(INI)).

4732. Civ. 1^{re}, 13 févr. 1988, *Sté Jours de France c/Farah Diba*, *Rev. crit. DIP* 1988. 546, note P. Bourel ; *JCP* 1988, II, 21320, note E. Putman.

4733. Civ. 1^{re}, 14 janv. 1997, *Sté Gordon and Breach*, D. 1997. 177, note M. Santa-Croce ; *JCP* 1997 II, 22903, note H. Muir Watt ; Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n^o 401-2.

4734. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n^o 406.

4735. En ce sens, E. Putman, « La protection internationale des droits de la personnalité sur le web », *RLDI* 2012/81, n^o 2727 ; L. Perreau-Saussine, « Les mal-aimés du règlement Rome II : les délits commis par voie de média », *D.* 2009. 1647 s., spéc. n^o 9 et 11.

4736. CJCE 7 mars 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL et Chequepoint International Ltd* contre *Presse Alliance SA*, aff. C-68/93, par application de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, art. 5, 3 ; *Europe* 1995, n^o 6, p. 1.

4737. *Ibid.*

4738. CJUE 25 oct. 2011, *eDate Advertising GmbH c/X et Olivier Martinez, Robert Martinez c/MGN limited*, aff. jointes C-509/09 et C-161/10, préc.

4739. *Ibid.*

474. *Ibid.*

4740. *JOCE* L 281, 23 nov. 1995 p. 31, V. C. Castets-Renard, *op. cit.*, n^o 1035 s.

4741. Il est utile de consulter les travaux du Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données. Ce groupe de travail a été établi en vertu de l'article 29 de la directive 95/46/CE. Il s'agit d'un organe consultatif européen indépendant sur la protection des données et de la vie privée. Ses missions sont définies à l'article 30 de la directive 95/46/CE et à l'article 15 de la directive 2002/58/CE. Son avis 1/2008, du 4 avril 2008 (00737/FR, WP148) sur les aspects de la protection des données liées aux moteurs de recherche fournit des pistes de réflexion.

4742. Proposition de règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), 25 janv. 2012, COM(2012) 11 final. V aussi « *Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)* » (COM(2012)0011), 21 nov. 2013, dans lequel il est proposé que le futur règlement s'applique aux sociétés établies hors de l'Union européenne lorsque leurs activités de traitement visent l'offre, même à titre gratuit, de biens ou de services dans l'Union, ou lorsqu'elles concernent l'analyse (« monitoring ») des individus eux-mêmes (amendement à l'article 3.2 de la proposition de règlement).

4743. TGI Paris, ord. réf. 14 avr. 2008, n^o 08/52010, M.-E. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* 2009, Chron. n^o 1 ; J. Lackner, « Google sage comme une image ? ou l'application du droit américain à un site à destination du public français », *RLDI* 2008/42, p. 19 ; V. L. Marino, R. Perray, « Les nouveaux défis du droit des personnes », in *Les nouveaux défis du commerce électronique*, préc., p. 60.

4744. *Ibid.*

4745. E. Putman, « La protection internationale des droits de la personnalité sur le web », préc.

4746. T. Azzi, « Atteintes aux droits de propriété intellectuelle et conflits de lois. De l'utilité de l'article 8 du règlement Rome II », *Propri. intell.* 2009, p. 324 ; E. Treppoz, « La *lex loci protectionis* et l'article 8 du règlement Rome II », *D.* 2009. 1643 ; M. Vivant, « Propriété intellectuelle, *lex protectionis* et loi réelle », *D.* 2011. 2351.

4747. V. Civ. 1^{re}, 3 arrêts, 10 avr. 2013, n^o 11-12.508 ; n^o 11-12.509 ; n^o 11-12.510, *JCP G* 2013, 493, A. Lucas-Schloetter ; *JCP G* 2013, 701, E. Treppoz ; *D.* 2013. 2004, note T. Azzi ; M. Vivant, « Droit d'auteur : déroutante territorialité », *D.* 2013. 1973 ; M.-E. Ancel, « Reportages en quête d'auteur : de la loi applicable à la titularité initiale des droits sur une œuvre de l'esprit », *CCE* 2013, Étude n^o 18.

4748. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n^o 11-15165 ; n^o 11-15188, *Bull. civ.* I, n^o 162 ; *D.* 2012. 1879, obs. C. Manara ; *D.* 2012. 2075, note C. Castets-Renard ; *D.* 2012. 2071, concl. C. Petit, p. 3339, obs. L. d'Avout ; M.-E. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* 2013. Chron. 1.

4749. *Ibid.*

475. V. ss 10.

4750. *Ibid.*

4751. C. Castets-Renard, *op. cit.*, n^o 1031.

4752. *Ibid.*

4753. Com. 11 janv. 2005, n^o 02.18381, *Bull. civ.* IV, n^o 8 ; *JCP E* 2005, II, 571, note C. Castets-Renard ; *CCE* 2005, comm. n^o 37, note C. Caron.

4754. CJUE 12 avr. 2011, *DHL c/Chronopost*, aff. C-235/09, *D.* 2011. 2434, obs. L. A. ; *RTD eur.* 2010. 939, obs. E. Treppoz.

4755. Civ. 1^{re}, 10 juill. 2007, n^o 05-18571, *Bull. civ.* IV, n^o 189 ; *D.* 2007. 2122, obs. J. Daleau ; *RLDI* 2007/31, n^o 1024, obs. E. Tardieu-Guigues ; *CCC* 2007, comm. n^o 275, note M. Malaurie-Vignal ; *JCP E* 2007, 2269, note J. Passa.

4756. CJUE 12 juill. 2011, *L'Oréal c/eBay*, aff. C-324/09, M.-E. Ancel, « Un an de droit des activités numériques », *CCE* 2012, Chron. n^o 1 ; *CCE* 2011, comm. n^o 99, Ch. Caron ; *D.* 2011. 2054, note P.-Y. Gautier ; *Propri. industr.* 2011, comm.n^o 71, note A. Folliard-Monguiral ; *RLDI* 2011/74, n^o 2459, note L. Grynbaum et n^o 2460, note C. Castets-Renard ; *Europe* 2011, comm. n^o 320, obs. L. Idot ; *Gaz. Pal.* 2011, n^o 299-300, p. 19, obs. L. Marino.

4757. CJUE 12 juill. 2011, aff. C-324/09, préc., pt. 62.

4758. Sur la concurrence, v. L. d'Avout, « Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques », *D.* 2009. 1629, spéc. n^o 14 ; V. Pironon, *in s.* Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable [...]*, préc., p. 111.

4759. Règl. « Rome II », art. 6, § 4.

476. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n^o 212.

4760. C. Castets-Renard, *Droit de l'Internet : droit français et européen*, 2^e éd., Montchrestien, 2012, n^o 961 s. et n^o 1070 s. ; D. Chilstein, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2003 ; V. Fauchoux, P. Deprez, J.-M. Bruguière, *Le droit de l'Internet*, 2^e éd., LexisNexis, 2013, n^o 99 s. ; J. Huet, E. Dreyer, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, 2011, n^o 207 s. – J. Francillon, « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et à la cybercriminalité », *RLDI* 2012/81 n^o 2728 ; A. Huet, « Droit pénal international et Internet », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 663 s. ; A. Lepage, « Droit pénal et Internet : la part de la tradition, l'œuvre de l'innovation », *AJ pénal* 2005. 217 s. ; M. Vivant, « Cybermonde : droit et droits des réseaux », *JCP* 1996, I, n^o 3969.

4761. J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.*, n^o 209.

4762. *Eod. loc.*, n^o 211.

4763. *Ibid.*

4764. Grenoble, ch. 1, 10 déc. 2013, *Procureur général c/ Patrick C.*, *RLDI* 2014/102, n° 3398, obs. J. de R.

4765. Crim. 30 avr. 1908, *D.* 1909, 1, p. 241, note G. Le Poitevin.

4766. Paris, 11^e ch., 17 mars 2004, *CCE* 2004, comm. n^o 72, obs. A. Lepage.

4767. T. corr. Paris, 17^e ch., 3 mars 2011, M.-E. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* 2012, Chron. n^o 1.

4768. Crim. 29 nov. 2011, n^o 09-88250 ; *Bull. crim.* n^o 240 ; *RSC* 2012. 167, obs. J. Francillon ; *Propri. intell.* 2012, n^o 42, p. 41, obs. A. Lucas ; *JCP* 2012. 248, note E. Dreyer ; M.-E. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* 2013, Chron. n^o 1.

4769. Crim. 14 déc. 2010, *D.* 2011. 1055, note E. Dreyer.

477. A. Lebois, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », *CCC* 2002, Chron. n^o 19.

4770. Crim. 19 juin 2007, n^o 06-88165, *Bull. crim.* n^o 166 ; *JDI* 2007. 1229, obs. s. Jarvin, C. Muyl et A. Nicaud ; J. Passa, « Propriété intellectuelle et droit pénal international : incompétence de la loi et du juge français à l'égard d'actes accomplis à l'étranger – À propos de Cass. crim., 19 juin 2007 », *JCP E* 2007. 2504, n^o 13 à 17.

4771. Crim. 9 sept. 2008, n^o 07-87281 ; Versailles, 9^e ch., 4 mars 2009, M.-E. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* 2010, Chron. n^o 1.

4772. Arrêt de principe en matière de presse, Crim. 30 avr. 1908, préc.

4773. J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.*, n^o 220.

4774. *Eod. loc.*, n^o 234.

4775. *Ibid.*

4776. Préc.

4777. J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.*, n^o 242.

478. *Ibid.*

479. Angers, 8 janv. 2001, *Revue juridique de l'Ouest* 2002. 92, note A. Lebois ; *JCP* IV. 2857.

48. Arr. 31 mai 2002, *JO* 8 juin 2002, p. 10223 ; *CCE* 2002, comm. 117, L. Grynbaum.

480. Par ex. Civ. 3^e, 18 juill. 2001, *D.* 2002. 680, note C. Castets.

481. Note C. Castets sous Civ. 3^e, 18 juill. 2001, préc.

482. TGI Pau, 7 janv. 1982, *JCP* 1983. II. 1999, note N. Coiret.

483. Angers, 8 janv. 2001, préc.

484. Civ. 1^{re}, 4 juill. 1995, *Bull. civ.* I, n^o 303 ; *D.* 1997. 206, note A.-M. Luciani ; *CCC* 1995, comm. n^o 181, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 1995. 881, obs. J. Mestre.

485. TI Strasbourg, 24 juill. 2002, *D.* 2003. 2434, note C. Manara ; *CCE* 2004, comm. n^o 7, note L. Grynbaum.

486. C'est au cours de la deuxième lecture devant l'Assemblée nationale que la disposition a été introduite et votée, *cf.* projet de loi modifié par l'Assemblée nationale en seconde lecture, pour la confiance dans l'économie numérique, 8 janv. 2004, *JOAN* Doc. n^o 235 ; *CCE* 2004, comm. n^o 17, obs. L. Grynbaum.

487. Préc.

488. *JOUE* L 306/64, 22 nov. 2011.

489. Préc.

49. Décr. n^o 2005-973 modifiant le décr. n^o 71-941 du 26 nov. 1971 relatif aux actes établis par les notaires ; *JO* 11 août 2005, p. 13096 ; *CCE* 2005, comm. n^o 156, obs. L. Grynbaum ; décr. 2005-972, modifiant le décr. du 29 févr. 1956, pour les huissiers de justice, *JO* n^o 186, 11 août 2005, texte n^o 33, p. 13095.

Sur les deux textes v. J. Huet, « L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi », *D.* 2005. 2903.

490. V. ss 267 s.

491. Préc.

492. O. Deshayes, « Les nouvelles règles européennes d'attribution des risques de la chose transportée : un renforcement de la responsabilité du fournisseur à distance ? », *RDC* 2012/1, p. 88.

493. V. ss 268.

494. V. ss 102.

495. Un auteur indique que c'est une conception large du commerce qui a été retenue par le législateur : O. Cachard, « Définition du commerce électronique et loi applicable », *CCE* 2004, Chron. n° 31.

496. Cf. Rapport, 1^{re} partie, sur le projet de loi modifié par le Sénat (n^o 991) pour la confiance dans l'économie numérique, par J. Dionis du Séjour, *JOAN* Doc. n^o 1282, 30 déc. 2003, p. 49 : « Le rapporteur lui a répondu, d'une part, que le commerce en ligne au sens de la définition proposée correspondait à une activité réalisée à titre professionnel ».

497. J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats a l'électronique », *JCP* 2004. I. 178.

498. Éditeurs de contenu en ligne, publicité en ligne, moteurs de recherche, fournisseurs d'accès et hébergeurs.

499. J. Dionis du Séjour, Rapport, 1^{re} partie, sur le projet de loi modifié par le Sénat (n^o 991) pour la confiance dans l'économie numérique, préc., p. 23.

En première lecture à l'Assemblée nationale une disposition de cette nature avait été déjà adoptée, puis non votée par le Sénat. Elle est reprise en seconde lecture à l'Assemblée nationale.

5. J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Études Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 103. V. M. Gobert, « Évocation de Jacques Flour », *Deffrénois* 2000, art. 37208.

50. Préc.

500. Séance 8 janv. 2004, *JOAN* Débats, 9 janv. 2004, p. 193-194.

501. Intervention de J. Dionis du Séjour, rapporteur, Séance 8 janv. 2004, *ibid.*

502. Ph. Stoffel-Munck, « La réforme des contrats du commerce électronique », *CCE* 2004, Chron. n^o 30.

503. *Ibid.*

504. J.-M. Bruguière, « L'inexécution du contrat électronique », in J.-C. Hallouin, H. Causse (dir.), *Le contrat du commerce électronique, Au cœur du commerce électronique*, LGDJ, coll. « Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 2005, p. 71 s., spéc. p. 85 ; J. Huet, « Encore une modification du Code civil... », préc., n^o 22.

505. J. Dionis du Séjour, Rapport, 1^{re} partie, sur le projet de loi modifié par le Sénat (n^o 991) pour la confiance dans l'économie numérique, préc., p. 23 ; Séance 8 janv. 2004, *JOAN* Débats, 9 janv. 2004, p. 193-194.

506. *Ibid.*

507. J. Dionis du Séjour, Rapport préc., p. 23

508. Séance 8 janv. 2004, *JOAN Débats*, *op. cit.*

509. Pour des précisions sur ce contrat spécial de voyage à forfait conclu par un consommateur v. ss 274.

51. I Dauriac, La signature électronique : *in Officiers ministériels et officiers publics à l'heure de l'écrit électronique*, actes du colloque de La Rochelle 2003, publ. sur CD-Rom, par Droit *in situ* ; F. G. Trébulle, « La réforme du droit de la preuve et le formalisme », préc.

510. *Ibid.*

511. G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2006, n^o 530.

Un autre exemple de responsabilité de plein droit est fourni par la responsabilité du fait des produits défectueux (C. civ., art. 1386-11).

512. Dans le même sens J.-M. Bruguière, « L'inexécution du contrat électronique », préc., p. 83 ; O. Cachard, « Définition du commerce électronique... », préc., n^o 13.

513. Le gardien de la chose à l'origine du dommage ne peut s'exonérer qu'en démontrant la force majeure ou la faute de la victime.

514. Sur cette question v. G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.*, n^o 527-2 et 530.

515. *Ibid.* « L'obligation de résultat emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la prestation fournie et le dommage invoqué », Civ. 1^{re}, 16 févr. 1988, *Bull. civ.* I, n^o 42.

516. J. Huet, art. préc., J.-M. Bruguière, art. préc.

517. V. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 6^e éd., 2013, n^o 948.

518. V. ss 147.

519. V. ss 274.

52. L. n° 2002-575, *JO* n° 143, 22 juin 2004, p. 11168 ; J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », *JCP* 2004, I, 178 ; Ph. Stoffel Munck, « La réforme des contrats du commerce électronique », *CCE* n° spécial sept. 2004 sous la dir. X. Linant de Bellefonds, *Chron.* n° 30 ; J. Rochfeld, « Économie numérique », *RTD civ.* 2004. 574 s. ; L. Grynbaum, « Après la loi "économie numérique", pour un Code européen des obligations... raisonné », *D.* 2004. 2213 ; « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », *RDC* 2005, n° 2, p. 533 s. ; v. la rubrique « Débats » de la *RDC* 2005, n° 2, p. 533 s. consacrées au thème « Le contrat selon la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique » avec les art. de D. Ferrier, J. Huet, B. Reynis, A. Raynouard, P.-Y. Gautier, X. Linant de Bellefonds, M. Vivant.

520. Civ. 1^{re}, 26 mai 1999, *Bull. civ.* I, n^o 175.

521. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9^e éd., 2011, n^o 921.

522. Civ. 3^e, 11 mai 2006, *Bull. civ.* III, n^o 119 ; *RDC* 2006. 1214, obs. G. Viney ; Poitiers, 7 juin 2000, *JurisData* n^o 2000-170260,

523. Paris, 5^e ch. sect. B, 24 mai 1991, *JurisData* n^o 1991-022212.

524. O. Deshayes, note sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, *RDC* 2009/2, p. 515 ; M. Bacache, « Les nouveaux défis du droit de la responsabilité : l'article 15 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique consacre-t-il un nouveau cas de responsabilité contractuelle autonome du fait d'autrui », préc., p. 31.

525. V. ss 148.

526. On peut estimer que la livraison d'un bien ayant fait l'objet d'un travail spécifique et qui relèverait d'un contrat d'entreprise serait soumise aux mêmes règles : v. ss 145 sur l'utilisation ambiguë du terme « acheteur » à l'art. 15 I.

527. Sur ces dispositions v. ss 148.

528. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, *Bull. civ.* I, n^o 263 ; *D.* 2009. 393, note E. Poillot.

529. J. Huet, art. préc.

53. Préc.

530. M. Bacache, art. préc.

531. Par ex. Civ. 1^{re}, 14 déc. 2004, *Bull. civ.* I, n^o 326 ; *D.* 2005. IR 594 ; *JCP* 2005. I. 141, obs. Y.-M. Serinet ; *RTD civ.* 2005. 123, obs. J. Mestre, B. Fages.

532. Par ex. Civ. 3^e, 24 avr. 2003, *Bull. civ.* III, n^o 86 ; *D.* 2003. IR 1341.

533. CJCE 25 avr. 2002, aff. C. 52/00, aff. C-154/00, C-183/00, *D.* 2002. 1670 et note C. Larroumet, p. 2462 ; *RTD civ.* 2002, obs. P. Jourdain ; *RDC* 2003. 107, obs. Ph. Brun ; J. Calais-Auloy, « Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel », *D.* 2002. Chron. 2458 ; CJCE 10 janv. 2006, aff. C-402/03, *JCP* 2006. II. 10082 note L. Grynbaum.

534. CJCE 25 avr. 2002, préc.

535. *Ibid.*

536. CJCE 10 janv. 2006, aff. C-402/03, préc.

537. *Ibid.*

538. Ph. Stoffel-Munck, art. préc.

539. Civ. 24 janv. 1874, *DP* 1876. 1. 133 ; Com. 23 nov. 1999, *Bull. civ.* IV, n^o 210, *Defrénois* 2000. 245, obs. D. Mazeaud.

54. *JO* 17 juin 2005, p. 10342 ; *CCE* 2005, comm. n^o 139.

540. Com. 26 mars 1996, *Bull. civ.* I, n^o 96.

541. Civ. 1^{re}, 8 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1984. 1, p. 384.

542. *Chronopost*, puis *Faurecia*, v. ss 192 s.

543. H. Micklitz, « La modernisation du droit des obligations : l'intégration du droit de la consommation et l'eupéanisation », *RED consom. janv.* 2003, p. 3 s. ; E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006, n^o 61 s.

544. Colloque « Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD com.* 1998, v. notamment : D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », p. 95 s. Dans le même esprit, Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012. 705.

545. J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, coll. « Thémis », 1996.

546. Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM (2010) 348 final, 1^{er} juill. 2010

547. C. consom., anc. art. L. 132-1.

548. C. consom. art. L. 132-2 s.

549. Implicitement, Civ. 1^{re}, 16 juill. 1987, *D.* 1988. 49, note J. Calais-Auloy ; *JCP* 1988. II. 21001, note G. Paisant ; très nettement, Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *D.* 1991. 449, note J. Ghestin ; *RTD civ.* 1991. 526, obs. J. Mestre.

55. Com. 8 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n^o 224 ; *D.* 1997. 504, note A. Fauchon ; *RTD civ.* 1997. 137, obs. J. Mestre.

550. Dir. n^o 93/13 du 5 avr. 1993.

551. n^o 2008-776.

552. Sur ce nouveau régime v. ss 170.

553. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, du 8 octobre 2008, COM (2008) 614 final, *RDC* 2009/1, p. 11, J. Rochfeld.

554. Conseil de l'Union européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative au droit des consommateurs, 10 déc. 2010, CONSOM 140, JSTCIV 212, CODEC 1379.

555. CJUE 4 juin 2009, *Pannon*, aff. C-243/08, *Rec. Jurisp.* 2009, p. I-04713 ; *RDC* 2010. 648, obs. C. Aubert de Vincelles.

556. Loi n° 2014-344 relative à la consommation.

Sur le projet de loi « Hamon » du 2 mai 2013 : *JO AN* Doc. n° 2015; 1^{re} lecture AN, 3 juill. 2013, *JO AN* Doc. n°176 ; 1^{re} lecture Sénat, 13 sept. 2013, *JO Sénat* Doc. n° 213. X. Delpech, « Loi sur la consommation, présentation de l'avant projet », *D.* 2013. 831 ; V. Legrand, « Les contrats conclus à distance et hors établissement dans le projet de loi consommation », *LPA* n° 111, 4 juin 2013, p. 5. ; G. Notte, *JCP E* 2013, act. 356.

Loi n° 2014-344, *JO* 18 mars 2014, p. 5400 ; G. Raymond, « Inventaire des mesures relatives au droit de la consommation », *JCP E* 2014, act. 213 ; aperçus rapides par N. Ferrier, A.-C. Martin, M. Bacache, *JCP* 2014, n° 375 à 377; L. Grynbaum, « Loi “Hamon” : une transposition d'importance », *RLDI* 2014/103, n° 3345.

557. Sur la définition v. ss 158.

558. J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7^e éd., 2006, n^o 7 s.

559. Préc.

56. Civ. 3^e, 3 mai 1968 ; Civ. 1^{re}, 3 nov. 1969, *D.* 1970. 641, note R. Savatier ; Civ. 2^e, 17 mai 1977, *Bull. civ.* II, n^o 133.

560. Loi n^o 72-6 du 3 janvier 1972 relative au démarchage financier (intégrée dans le Code monétaire et financier), suivie par une loi n^o 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile (intégrée dans le Code de la consommation).

561. *Propositions pour un Code de la consommation*, La Documentation française, 1990, art. 3.

562. Civ. 1^{re}, 28 avr. 1987, *Bull. civ.* I, n^o 134 ; *D.* 1988. 1, note Ph. Delebecque ; *JCP* 1987. II. 20893, note G. Paisant.

563. *Ibid.*

564. Civ. 1^{re}, 24 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n^o 54 ; *D.* 1995. 327, note G. Paisant ; *CCC* 1995, comm. 84, obs. L. Leveneur.

565. Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, *Bull. civ.* I, n^o 377, *CCC* 1997, obs. L. Leveneur.

566. Civ. 1^{re}, 10 juill. 2001, *RTD civ.* 2001. 873, obs. J. Mestre, B. Fages.

567. Civ. 2^e, 19 févr. 2009, pourvoi n^o 08-15.727.

568. Lyon, 18 sept. 1998, *CCC* 1999, comm. n^o 119, obs. G. Raymond.

569. Rouen, 10 nov. 1999, *RJDA* 2000/6, n° 722.

57. L. n^o 90-1270 sur la réglementation des télécommunications telle que modifiée par L. n^o 96-659 du 26 juillet 1996.

570. Dijon, 23 mars 2000, *BICC* 2001, n^o 149.

571. Civ. 1^{re}, 2 avr. 2009, n^o 08-11.231.

572. J. Beauchard, « Remarques sur le Code de la consommation », *Écrits en hommage à G. Cornu*, 1995, p. 9 s. ; D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », in « Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD com.* 1998. 95 s.

573. J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *op. cit.*, n^o 13 ; L. Leveneur, « Vente entre professionnels et clause limitative de responsabilité », *CCC* 1994. Chron. 3 ; G. Paisant, note au *JCP* 1996. II. 22747.

574. *JOAN* Doc. n^o 2015.

575. R. Hammadi, A. le Loch, Rapport sur le projet de loi relatif à la consommation, *JOAN*
Doc. n^o 1156, 13 juin 2013, p. 105.

576. *JOUE* L 306/64, 22 nov. 2011.

577. Art. 1^{er} Dir. n^o 99/44, 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

578. Dir. n^o 97/7 du 30 mai 1997, art. 2.

579. CJCE 3 juill. 1997, *F. Benincasa*, *Rec. CJCE* I, p. 3767.

58. Com. 2 déc. 1997, *D.* 1998. 192, note D. R. Martin ; *JCP E* 1998, p. 178, note Th. Bonneau ; *JCP* 1998. II. 10097, note L. Grynbaum ; P. Catala, P.-Y. Gautier, « L'audace technologique à la Cour de cassation : vers la libération de la preuve contractuelle », *JCP* 1998. Actu. 905.

580. Dir. n^o 93/13, préc.

581. CJCE 22 nov. 2001, *CCC* 2002, comm. n^o 18, note G. Raymond.

582. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, du 8 octobre 2008, COM (2008) 614 final, préc., art. 2.

583. Conseil de l'Union européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative au droit des consommateurs, 10 déc. 2010, CONSOM 140, JSTCIV 212, CODEC 1379 ; le texte présenté dans ce document marque l'abandon de toute réforme des clauses abusives.

584. Préc.

585. V. ss 154 s.

586. V. ss 159.

587. Depuis Civ. 1^{re}, 24 janv. 1995, préc.

588. Civ. 1^{re}, 11 déc. 2008, n^o 07-18.128.

589. *Ibid.*

59. V. ss 35 s.

590. Paris, 13 nov. 1997, *D.* 1998. IR 11 ; *D. Affaires* 1998. 60, obs. E.P.

591. Dir. n^o 93/13 du 5 avr. 1993, préc.

592. CJCE 22 nov. 2001, préc.

593. Civ. 1^{re}, 15 mars 2005, *CCC* 2005, comm. n^o 100, note G. Raymond.

594. Civ. 1^{re}, 11 déc. 2008, préc.

595. n^o 78-23, préc.

596. V. ss 152.

597. Préc.

598. n^o 95-96.

599. n^o 2008-776, préc.

6. On trouve cette position naturellement chez J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les Obligations, I. L'acte juridique*, Sirey, 15^e éd., 2012, n^o 303 ; mais également F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n^o 150 s.

A. Bénabent oppose formalisme direct à formalisme probatoire, in *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 13^e éd., 2012, n^o 104 s. Chez H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, T. II, 1^{er} vol., *Obligations, Théorie générale*, 8^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1991, n^o 71 s., dans le formalisme indirect, il est classé, les formalités *ad probationem*, les formalités d'enregistrement...

60. V. ss 22 s.

600. O. Deshayes, « Clauses abusives : les réformes récentes et attendues en 2009 », *RDC* 2009/4, p. 1602 s. ; N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives : les nouvelles clauses “noires” et “grises”. À propos du décret du 18 mars 2009 », *JCP* 2009. Actu. 168 ; J. Rochfeld, « Du droit de la consommation au droit de la régulation du marché : des dangers des listes et de l'harmonisation maximale », *RTD civ.* 2008. 732.

601. n^o 2008-776, préc.

602. Préc.

603. Dir. n^o 93/13 du 5 avr. 1993, préc.

604. CJCE 22 nov. 2001, préc.

605. Préc.

606. Civ. 1^{re}, 10 juill. 1996, *Bull. civ.* I, n^o 318, préc.

607. Civ. 1^{re}, 28 avr. 1987, préc.

608. Civ. 1^{re}, 24 janv. 1995, préc.

609. Art. 3,

61. V. dans ce sens, Civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, *D.* 1981. 32 ; Civ. 1^{re}, 6 oct. 1998, *CCC* 1999, comm. n^o 5, note L. Leveneur.

610. V. ss 160, 161.

611. V. ss 161.

612. Loi préc., art. préliminaire C. consomm. « Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

613. V. ss 161.

614. Préc.

615. V. Troisième partie.

616. Préc.

617. V. ss 190, pour la jurisprudence sur les contrats portant sur les technologies de l'information et de la communication.

618. V. N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *CCC* 2008. Étude 7.

619. Préc.

62. Com. 4 oct. 2005, n^o 04-16791, *Bull. civ.* IV, n^o 201.

620. En revanche, l'exigence de caractère non négocié du contrat et de manquement à la bonne foi et à la loyauté a été retenue dans la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente du 11 oct. 2011, COM (2011) 635 final, art. 83 de l'annexe ; reprenant en cela la directive 93/13.

621. Ord. n^o 2001-741, 23 août 2001.

622. V. ss 183.

623. Codif. de l'art. 2 du décr. du 24 mars 1978.

624. Codif. de l'art. 3 du décr. du 24 mars 1978.

625. En outre, un art. R. 132-2-1 avait été inséré dans le Code de la consommation par un décret du 25 novembre 2005 (Décr. n^o 2005-1450, *JO* 26 nov.) qui déclarait abusive la clause qui aurait mis à la charge du consommateur la preuve du respect par le professionnel de ses obligations d'information lors de services financiers offerts à distance.

626. Annexe imposée par l'art. 3,3 de la dir. 93/13, préc.

627. Préc.

628. Depuis la réforme opérée par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010, la Commission des clauses abusives est placée auprès de l'Institut national de la consommation, les textes la régissant ont été recodifiés.

629. C. consom., art. L. 534-1.

63. Civ. 3^e, 6 mars 2002, n^o 01-12751, *Bull. civ.* III, n^o n^o 54.

630. C. consom., art. L. 534-2.

631. C. consom., art. L. 534-3

632. Recommandation n^o 81-1 du 25 nov. 1980, *BOCC*, 16 janv. 1981

633. V. ss 188, la liste des recommandations relatives à ces secteurs.

634. Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, *Bull. civ.* I, n^o 399 ; *JCP* 1997. I. 4015, obs. Ch. Jamin.

635. Art. 4, décr. n^o 93-314, 10 mars 1993.

636. Avis n^o 05-05, 29 sept. 2005 relatif à des contrats d'abonnement à la télévision par câble et à l'Internet, *CCE* 2005, comm. 188, note L. Grynbaum.

637. Art. 28 du projet de loi relatif à la consommation du 2 mai 2013, *JO Sénat* Doc. n^o 725, 4 juill. 2013.

638. Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, préc.

639. Civ. 1^{re}, 31 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n^o 64 ; *RTD civ.* 1995. 620, obs. J. Mestre.

64. V. ss 28 sur l'application de l'art. 1316 du C. civ. aux copies.

640. Civ. 1^{re}, 26 mai 1993, *D.* 1993. 568, note G. Paisant.

641. Civ. 1^{re}, 3 déc. 1991, *Bull. civ. I*, n^o 342 ; Civ. 1^{re}, 21 nov. 1995, *Bull. civ. I*, n^o 422.

642. CJCE 27 juin 2000, *BICC*, n^o 1013 ; *JCP E* 2001, n^o 1281, note Carballo Fidalgo et Paisant.

643. CJUE 4 juin 2009, *Pannon*, aff. C-243/08, *Rec. Jurisp.* 2009, p. I-04713 ; *RDC* 2010. 648, obs. C. Aubert de Vincelles.

644. Loi n^o 2008-03, *JO* 4 janv., p. 258 ; G. Raymond, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n^o 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *JCP E* 2008. 1383.

645. G. Raymond, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n^o 2008-3 du 3 janvier 2008... », préc.

646. C. consomm., art. L. 141-4 al. 2 introduit par art. 81, Loi « Hamon », 17 mars 2014, préc.

647. V. ss 183 s.

648. Civ. 1^{re}, 23 nov. 2004, *Bull. civ.* I, n^o 287 ; X. Lagarde ; *D.* 2005. Chron. 2222.

649. C. consom., art. L. 132-1 al. 6 et 8.

65. F. Chamoux, « La loi du 12 juillet 1980, : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve », *JCP* 1981. I. 3008.

650. C. civ., art. 1351.

651. V. ss 176.

652. Civ. 1^{re}, 6 janv. 1994, *Bull. civ.* IV, n^o 8 ; *JCP* 1994. II. 22237, note G. Paisant.
L'art. L. 421-2 du Code de la consommation offre alors un fondement juridique idoine.

653. Civ. 1^{re}, 13 mars 1996, *Bull. civ. I*, n^o 134. Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, *Bull. civ. I*, n^o 61 ; CCC 2005, comm. n^o 95, obs. G. Raymond. Civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, n^o 05-20.637.

654. CJCE 24 janv. 2002, aff. C-372/99 ; *RTD com.* 2003. 196, obs. M. Luby.

655. Civ. 1^{re}, 3 févr. 2011, n^o 08-14402, publ. au bull., *D.* 2011. 1659, note G. Chantepie ; *JCP* 2011. 414, note G. Paisant ; *RTD civ.* 2011. 350, obs. B. Fages ; *L'essentiel Droit des contrats*, mars 2011, comm. 39, p. 1, obs. N. Sauphanor-Brouillaud.

656. Préc., art. 81.

657. C. consomm., art. L. 421-6, al. 3.

658. D. Mainguy, M. Depincé, « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP E* 2014, 1144.

659. M. Bourquin, A. Fauconnier, Rapport Sénat n° 809, *JO Débats Sénat* 24 juill. 2013, p. 34.

66. C. civ., art. 1348 al. 2, issu de L. n^o 80-525, 12 juill. 1980.

660. C. consomm., art. L. 423-9.

661. C. consomm., art. L. 423-17.

662. *Ibid.*

663. *Ibid.*

664. C. consomm., art. L. 423-18.

665. Civ. 1^{re}, 5 oct. 1999, *BICC* 2000, n^o 44 ; *D.* 2000. 110, note G. Paisant. Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, *Bull. civ.* I, n^o 59, 61 à 63 ; *JCP* 2005. II. 10057, note G. Paisant ; *CCC* 2005, comm. n^o 95, obs. G. Raymond ; *CCE* 2005, note P. Stoffel-Munck ; *RDC* 2005. 733, obs. D. Fenouillet.

666. Projet de loi relatif à la consommation du 2 mai 2013, *JO Sénat* Doc. n^o 725, 4 juill. 2013, art. 54.

667. Préc.

668. s. Amrani-Mekki, « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », *RDC* 2009/4, p. 1617 ; O. Deshayes, « Clauses abusives : les réformes récentes et attendues en 2009 », préc. ; N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives : les nouvelles clauses “noires” et “grises”... », préc. ; « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses proscrites par la jurisprudence et la Commission des clauses abusives », *RDC*, 2009/4, p. 1629 ; « Un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives dans les contrats de consommation », *RLDC*, n^o 74, p. 7 s.

669. *BOCCRF*, 27 juill. 1999 et sur le site www.clauses-abusives.fr

67. Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, n^o 04-19064, *Bull. civ.* I, n^o 503.

670. *BOCCRF*, 31 mars 2003 et sur le site www.clauses-abusives.fr

671. *BOCCRF*, 31 juill. 2007 et sur le site www.clauses-abusives.fr

672. Recommandation 07-02 relative aux contrats de vente mobilière conclus par Internet,
BOCCRF, 24 déc. 2007 et sur le site www.clauses-abusives.fr

673. Recommandation 08-01, *BOCCRF* 23 avr. 2008 et sur le site www.clauses-abusives.fr

674. Art. L. 211-16 du Code du tourisme, sur ce régime des voyages à forfait v. ss 274, contrats spéciaux.

675. Avis n^o 05-05, 29 sept. 2005, préc.

676. Sur le « spamming », v. ss 116, 1042.

677. Avis, 21 juin 2007, 07-02, « téléphonie mobile », www.clauses-abusives.fr

678. Juge de proximité de Mirande, 3 déc. 2007, www.clauses-abusives.fr

679. Avis, 17 avr. 2008, 08-01, relatif à un contrat d'assurance garantissant contre le vol du téléphone portable.

68. Civ. 1^{re}, 27 avr. 1978, *Bull. civ.* I, n^o 160 ; Com. 15 déc. 1992, *Bull. civ.* IV, n^o 419.

680. B. Gaboriau, « Les clauses abusives dans le secteur des communications électroniques », *RDC* 2009/4, p. 1674.

681. *Ibid.*, p. 1676-1677.

682. *Ibid.*

683. TGI Nanterre, 1^{re} ch. A, 2 juin 2004, *CCE* 2004, comm. 121, obs. L. Grynbaum ; TGI Paris, 1^{re} sect., 5 avr. 2005, *CCE* 2005, comm. 104, note Ph. Stoffel-Munck ; TGI Nanterre, 6^e ch., 3 mars 2006, www.clauses-abusives.fr ; TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr

684. TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr

685. TGI Nanterre, 1^{re} ch. A, 2 juin 2004, *CCE* 2004, comm. 121, obs. L. Grynbaum

686. TGI Paris, 1^{re} sect., 5 avr. 2005, *CCE* 2005, comm. 104, note Ph. Stoffel-Munck ; TGI Nanterre, 6^e ch., 3 mars 2006, www.clauses-abusives.fr ; TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr

687. TGI Bordeaux, 11 mars 2008, *UFC Que choisir c/ Cdiscount*, www.legalis.net, *CCE* 2008, comm. n^o 69, note A. Debet.

688. Versailles, 4 févr. 2004, *CCE* 2004, comm. 57, obs. Ph. Stoffel-Munck ; TGI Paris, 1^{re} sect., 5 avr. 2005, *CCE* 2005, comm. 104, note Ph. Stoffel-Munck ; TGI Nanterre, 6^e ch., 3 mars 2006, www.clauses-abusives.fr ; TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr

689. TGI Nanterre, 1^{re} ch. A, 2 juin 2004, *CCE* 2004, comm. 121, obs. L. Grynbaum ; TI Béthune, 5 avr. 2007, *CCE* 2007, comm. 135, note A. Debet ; TGI Nanterre, 3 mars 2006, 6^e ch., www.clauses-abusives.fr ; TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr

69. V. ss 38 sur l'application de l'art. 1323 du C. civ.

690. Versailles, 4 févr. 2004, *CCE* 2004, comm. 57, obs. Ph. Stoffel-Munck ; TGI Paris, 1^{re} sect., 5 avr. 2005, *CCE* 2005, comm. 104, note Ph. Stoffel-Munck ; TI Cherbourg, 12 juill. 2007, *CCE* 2007, comm. 135, note A. Debet ; TGI Nanterre, 6^e ch., 3 mars 2006, www.clauses-abusives.fr

691. TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr

692. TGI Nanterre, 1^{re} ch., 9 févr. 2006, *CCE* 2006, comm. 126, note Ph. Stoffel-Munck ; TGI Nanterre, 6^e ch., 3 mars 2006, www.clauses-abusives.fr ; TGI Bordeaux, 11 mars 2008, *UFC Que choisir c/ Cdiscount*, www.legalis.net, *CCE* 2008, comm. n^o 69, note A. Debet.

693. TGI Nanterre, 1^{re} ch. A, 2 juin 2004, *CCE* 2004, comm. 121, obs. L. Grynbaum ; TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr ; TGI Paris, 1^{re} ch., sect. soc., 28 oct. 2008, *UFC Que Choisir c/ Amazon.com et a.*, www.legalis.net, *CCE* 2009, comm. n^o 15, note A. Debet.

694. TGI Paris, 1^{re} ch., sect. soc., 28 oct. 2008, préc.

695. TGI Paris, 1^{re} ch., sect. soc., 28 oct. 2008, préc.

696. Versailles, 4 févr. 2004, *CCE* 2004, comm. 57, obs. Ph. Stoffel-Munck ; TGI Paris, 1^{re} sect., 5 avr. 2005, *CCE* 2005, comm. 104, note Ph. Stoffel-Munck ; TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr

697. TGI Bordeaux, 11 mars 2008, *UFC Que choisir c/ CDiscount*, préc.

698. TGI Nanterre, 6^e ch., 3 mars 2006, www.clauses-abusives.fr ; TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr

699. TGI Paris, 21 févr. 2006, www.clauses-abusives.fr, préc.

7. Déjà, pour une distinction nette entre preuve et règles de forme, M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, *Obligations*, 2^e partie, par P. Esmein, J. Radouant, G. Gabolde, LGDJ, 2^e éd., 1954, n^o 1408.

Toutefois, des études approfondies du formalisme distinguent nettement forme et preuve : M.-A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1975, t. 137, préface J. Vidal ; M. Nicod, *Le formalisme en droit des libéralités*, éd. La Mouette, coll. de thèses « Doctorat et notariat », 2000 ; I. Dauriac, *La signature*, thèse Panthéon-Assas (Paris II), 1997.

70. Pour des photocopies, Civ. 1^{re}, 21 avr. 1959, *D.* 1959. 521, note Ph. Malaurie ; s. 1960, p. 34, note J. Prévault. Civ. 1^{re}, 30 avr. 1969, *JCP* 1969. II. 16057, note M. A. Civ. 1^{re}, 24 mars 1998, *Bull. civ.* I, n^o 126, *D.* 1999. Somm. 310, obs. M. Nicod.

700. TGI Bordeaux, 11 mars 2008, *UFC Que choisir c/ CDiscount*, préc.

701. TGI Paris, 1^{re} ch., sect. soc., 28 oct. 2008, *UFC Que Choisir c/ Amazon.com et a.*, préc.

702. Civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, n^o 05-20637 ; *CCE* 2008, comm. n^o 7, note A. Debet ; *RTD civ.* 2008. 103, obs. B. Fages.

703. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n^o 07-15000 ; *Gaz. Pal.* 2009, n^o 112-113, p. 40, note F. Forster, M. Hadjadje.

704. Civ. 1^{re}, 28 avr. 1987, *Bull. civ.* I, n^o 134 ; *D.* 1988. 1, note Ph. Delebecque ; *JCP* 1987. II. 20893, note G. Paisant.

705. Civ. 1^{re}, 24 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n^o 54 ; *D.* 1995. 327, note G. Paisant ; *CCC* 1995, comm. 84, obs. L. Leveneur. Sur la notion de consommateur en droit des clauses abusives, v. ss 153 s.

706. V. ss 192.

707. V. ss 193.

708. Art. L. 442-6, I, 2° C. com., issu de la loi « modernisation de l'économie » du 4 août 2008, art. 93.

709. Civ. 24 janv. 1874, *DP* 1876, 1, 133. Com. 23 nov. 1999, *Bull. civ.* IV, n^o 210, *Defrénois* 2000. 245, obs. D. Mazeaud.

71. V. ss 24.

710. Com. 26 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n^o 96.

711. Civ. (2 arrêts), 3 et 4 janv. 1933, *DH* 1933, p. 113. Civ. 2^e, 17 févr. 1955, *D.* 1956. 17, note A. Esmein ; *JCP* 1955. II. 8951, et II. 8591, note R. Rodière ; *GAJC*, 11^e éd., n^o 178.

712. Com. 7 mai 1980, *Bull. civ.* IV, n^o 184 et 185 ; v. ss 194, sur la faute lourde.

713. Com. 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n^o 261 ; *D.* 1997. 121, note A. Sériaux ; *D.* 1997. Somm. 175, obs. Delebecque ; *JCP* 1997. I. 4002, n^o 1, obs. M. Fabre-Magnan ; *GAJC*, 11^e éd., t. 2, n^o 156.

714. *Ibid.*

715. Com. 9 juill. 2002, *Bull. civ.* IV, n^o 121.

716. Décr. n^o 99-269, 6 avr. 1999.

717. V. encore Com. 21 févr. 2006, n^o pourvoi 04-20139, publ. au bull., *RTD civ.* 2006. 322, obs. P. Jourdain.

718. Com. 30 mai 2006, *Bull. civ.* IV, n^o 132 ; *RTD civ.* 2006. 773, obs. P. Jourdain.

719. Com. 13 févr. 2007, *Faurecia*, *Bull. civ.* IV, n^o 43.

72. Civ. 1^{re}, 14 févr. 1995, *D.* 1995. 340, note s. Piédelièvre ; *JCP* 1995. II. 22402, note Y. Chartier ; *RTD civ.* 1996. 174, obs. J. Mestre.

720. P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n^o 979.

721. *Chronopost*, Com. 30 mai 2006, *Bull. civ.* IV, n^o 132.

722. Com. 29 juin 2010, pourvoi n^o 09-11841, publ. au bull.

723. Paris, 26 nov. 2008 ; Ph. Stoffel-Munck, « Faurecia 2 : la cour de Paris restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques », *CCE* 2009, comm. n^o 39.

724. *Ibid.*

725. *Ibid.*

726. *Ibid.*

727. *Ibid.*

728. *Ibid.*

729. Ce qui rapproche l'analyse du déséquilibre significatif des clauses abusives.

73. *Ibid.*

730. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, Sirey, 6^e éd., 2009, n^o 196 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 4^e éd., 2009, n^o 986 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, 2005, n^o 576 ; G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 2001, n^o 226.

731. G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.*, n^o 226-2.

732. Ch. mixte, 22 avr. 2005, *Bull. ch. mixte*, n^o 3 et 4 ; Com. 21 févr. 2006, *Bull. civ.* IV, n^o 48.

733. V. ss 193.

734. Com. 29 juin 2010, préc. et v. des développements v. ss 193.

735. Com. 13 juill. 2010, pourvoi n^o 09-15472, publ. au bull. ; toutefois la responsabilité du commissionnaire de transport est retenue.

736. Com. 30 mars 2010, pourvoi n^o 09-11916.

737. Com. 10 mars 2009, pourvoi n^o 08-15457, publ. au bull.

738. Montpellier, 2^e ch. A, 8 avr. 2003, *JurisData* n^o 220271.

739. Com. 18 déc. 2007, préc.

74. Civ. 1^{re}, 9 mai 1996, *Bull. civ.* I, n^o 190 ; *RTD civ.* 1997. 163, obs. P.-Y. Gautier.

740. G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.*, n^o 226-3.

741. M. Behar Touchais, « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC* 2009/1, p. 202 ; M. Chagny, « Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence », *RDC* 2009/4, p. 1642.

742. M. Malaurie-Vignal, « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *CCC*, nov. 2008, dossier 5, « Moderniser l'économie » ; s. Pech-Le Gac, « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », *CCC* 2009. Chron. 12 ; M. Pichon de Bury, C. Minet, « Incidences de la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce et de l'introduction de la notion de “déséquilibre significatif” par la LME », *CCC* 2008, Chron. n° 13.

743. M. Malaurie-Vignal, art. préc., n^o 18.

744. Com. 15 oct. 2010, pourvoi n^o 10-40039.

745. Cons. const. 13 janv. 2011, n^o 2010-85 QPC.

746. *Ibid.*

747. 6 janv. 2010, *JurisData* n^o 000338 ; *CCC* 2010, comm. n^o 71, obs. N. Mathey.

748. T. com. Lille, préc.

749. *Cf.* N. Mathey, obs. sous T. com. Lille, préc.

75. Notamment, Versailles, 25 sept. 1989, *D.* 1989. IR 293.

750. T. com. Lille, 7 sept. 2011, *Min. économie c/ SAS Eurauchan 2000*, RG n^o 2009/05105, *JCP E* 2011. 1701, note G. Chantepie ; *CCC* 2011, comm. n^o 234, note N. Mathey ; *RDC* 2012. 143, obs. M. Behar-Touchais.

751. *Ibid.*

752. *Ibid.*

753. T. com. Bobigny, 26 mai 2012, *Min. Éco. c/ SAS Éts Darty et fils*, RG n^o 2009F01541, *JCP* 2012. Doctr. 1151, n^o 1, obs. M. Chagny.

754. V. ss 152 s.

755. Directive 2005/29, 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, *JOUE* L 149/22, 11 juin 2005 ; A. Garde, M. Haravon, « Pratiques commerciales déloyales : naissance d'un concept européen », *LPA* 27 juin 2006, n^o 127, p. 9 ; M. Luby, « La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne) », *Europe* 2005. Chron. 10 ; G. Raymond, « Incidences possibles de la transposition de la directive n^o 2005 : 29 du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation », *CCC* 2006. Chron. 1.

756. J. Rochfeld, « Du droit de la consommation au droit de la régulation du marché : des dangers des listes et de l'harmonisation maximale », *RTD civ.* 2008. 732 ; Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012. 705.

757. CJCE 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, *CCC* 2009, comm. 183, obs. G. Raymond.

758. Com. 13 juill. 2010, *Bull. civ.* IV, n^o 127 ; *CCE* 2010, comm. 98, note M. Chagny.

759. Par la loi n^o 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

76. Civ. 1^{re}, 25 juin 1996, *Bull. civ.* I, n^o 270 ; *CCC* 1996, comm. n^o 183, note L. Leveneur.

760. C. consom., art. L. 120-1 al. 1^{er}.

761. Versailles, 5 mai 2011, RG n^o 09/09169, *CCE* 2011. Étude 21, par Ph. Stoffel-Munck. Pour des décisions de juges du fond v. T de proximité de Saint-Denis, 10 janv. 2012, *RLDI* 2012, n^o 83 p. 59, note M. Trézéguet ; TI Asnières, 13 sept. 2012, note L. Costes, *RLDI* 2012, n^o 86, p. 55.

762. V. ss 200.

763. CJCE 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, *CCC* 2009, comm. 183, obs. G. Raymond.

764. Civ. 1^{re}, 15 nov. 2010, n^o 09-11.161, *JurisData* n^o 2010-021425 ; *Bull. civ.* I, n^o 232 ; *CCE* 2011, comm. 5, note Ph. Stoffel-Munck.

765. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n^o 11-18.807, publ. au Bull., *CCE* 2012, comm. n^o 111, note G. Loiseau.

766. Civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, n° 13-81013, *RLDI* 2014/102, n° 3399, obs. L. C. ; *CCE* 2014, comm. n° 37, note G. Loiseau.

767. CJUE 9 nov. 2010, *Mediaprint*, aff. n^o C-450/08 ; *cf.* N. Sauphanor-Brouillaud, *RDC* 2011/4, p. 1243.

768. Loi intégrée aux art. L. 213-1 s. du C. consom.

769. J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *op. cit.*, n^o 128.

77. Com. 2 déc. 1997, préc.

770. *Ibid.*

771. Directive CE n^o 84-450 du 10 sept. 1984.

772. Directive 2005/29, 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, *JOUE* L 149/22, 11 juin 2005 ; A. Garde, M. Haravon, « Pratiques commerciales déloyales : naissance d'un concept européen », *LPA* 27 juin 2006, n^o 127, p. 9 ; M. Luby, « La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne) », *Europe* 2005. Chron. 10 ; G. Raymond, « Incidences possibles de la transposition de la directive n^o 2005 : 29 du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation », *CCC* 2006. Chron. 1.

773. Selon la commissaire européenne M. Kuneva, chargée de la protection des consommateurs, communiqué de Presse Europa, réf. IP/07/1915, 12 déc. 2007.

774. L. n^o 2008-3, 3 janv. 2008, *JO* 4 janv. 2008, p. 258 ; D. Fenouillet, *RDC* 2008. 345 ; M. Cannarsa, *JCP* 2008, I, 180 ; G. Raymond, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n^o 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *JCP E* 2008. 1383.

775. L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JO* 5 août 2008, p. 12471 ; C. Pérès, « Les pratiques commerciales trompeuses sur les sources du droit des contrats », *RDC* 2008/4, p. 1083 ; J. Rochfeld, « Du droit de la consommation au droit de la régulation... », préc.

776. L. n^o 2011-525 ; v. N. Sauphanor-Brouillaud, *RDC* 2011. 1242.

777. Préc.

778. L'art. 2 h) de la dir. du 11 mai 2005 (préc.) définit la diligence professionnelle comme étant « le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité ».

779. V. D. Fenouillet obs. sous Com. 29 nov. 2011, pourvoi n^o 10-27402, *Bull. civ.* IV, n^o 195 ; *RDC* 2011. 485.

78. *Ibid.*

780. Civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, préc. et sur cette question v. ss 201.

781. N. Sauphanor-Brouillot, *Les contrats de consommation, règles communes*, LGDJ, 2013, n^o 584.

782. *Ibid.*

783. Sur le fondement de l'ancien art. L. 121-1 C. consom. ; v. Versailles, 10 avr. 1996, *CCC* 1996, comm. n^o 96, obs. L. Vogel.

784. V. ss 199.

785. Une pratique est trompeuse « *Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent* » ; C. consom., art. L. 121-1 I, 1°.

786. C. consom., art. L. 121-1 I, 2°.

787. C. consom., art. L. 121-1 I, 3°.

788. C. consom., art. L. 121-1, II.

789. Préc.

79. *Ibid.*

790. C. consom., art. L. 121-1-1, 1° à 4°.

791. C. consom., art. L. 121-1-1, 6°.

792. C. consom., art. L. 121-1-1, 7°.

793. C. consom., art. L. 121-1-1, 11°.

794. C. consom., art. L. 121-1-1, 13°.

795. C. consom., art. L. 121-1-1, 16°.

796. C. consom., art. L. 121-1-1, 19°.

797. C. consom., art. L. 121-2.

798. C. consom., art. L. 121-3.

799. L'art. L. 121-6 du Code de la consommation renvoyant à la sanction des tromperies de l'art. L. 213-1.

8. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22^e éd., 2000, n^o 89.

80. V. ss 26.

800. C. consom., art. L. 121-6 al. 2.

801. C. consom., art. L. 121-6 al. 3.

802. C. consom., art. L. 121-4.

803. C. consom., art. L. 121-5 al. 2.

804. Crim. 11 déc. 2007, n^o 07-82.903, *CCE* 2008, comm. n^o 120, note G. Raymond.

805. TGI Paris 3^e ch., 8 avr. 2009, n^o 07-15826, *D.* 2009. 2980, note E. Fouassier, P. Fallet.

806. Crim. 15 déc. 2009, n^o C09-07.145, *Bull. crim.* n^o 212.

807. Paris, pôle 4, ch. 10, 20 sept. 2010, RG n^o 08/06734, *JurisData* n^o 2010-019465.

808. Poitiers, ch. des appels correctionnels, 25 nov. 2010, RG n^o 10/00802, *JurisData* n^o 2010-030238.

809. Préc.

81. Com. 2 déc. 1997, préc. et dans le même sens, Rép. min. n^o 44981, 17 avr. 2000, *JOAN* p. 5807 ; *CCE* 2001, comm. n^o 7, note J.-Ch. Galloux.

810. V. ss 205.

811. D. Fenouillet, « Transposition de la directive “pratiques commerciales déloyales” du 11 mai 2005 dans le Code de la consommation par la loi du 3 janvier 2008 : une loyauté conquérante en droit de la consommation », *RDC* 2008/2, p. 346, spéc. p. 348.

812. C. consom., art. L. 122-11, II, 1° à 5°.

813. Préc.

814. C. consom., art. L. 122-11-1, 2°.

815. C. consom., art. L. 122-11-1, 3°.

816. C. consom., art. L. 122-11-1, 8°.

817. C. consom., art. L. 122-11-1, 4°.

818. C. consom., art. L. 122-12.

819. C. consom., art. L. 122-13.

82. Refus d'une télécopie comme moyen de relever appel, Civ. 2^e, 28 févr. 2006, n^o de pourvoi 04-15406, *Bull. civ.* II, n^o 51.

820. C. consom., art. L. 122-14.

821. C. consom., art. L. 122-15.

822. V. ss 206.

823. Com. 29 nov. 2011, n^o 10-27402, *Bull. civ.* IV, n^o 195 ; *RDC* 2011. 485, obs. D. Fenouillet.

824. Com. 29 nov. 2011, préc.

825. D. Fenouillet, obs. sous Com. 29 nov. 2011, préc., spéc. p. 490.

826. V. ss 205.

827. Com. 4 déc. 2012, pourvoi n^o 11-27729, publ. au bull., *Propri. ind.* 2013, comm. n^o 18, note J. Larrieu, p. 34 ; *RLDI* 2013, n^o 89, p. 27, note L. Grynbaum ; *CCE* 2013, comm. n^o 14, note G. Loiseau.

828. Loi n° 2014-344 relative à la consommation, *JO* 18 mars 2014, p. 5400 ; G. Raymond, « Inventaire des mesures relatives au droit de la consommation », *JCP E* 2014, act. 213 ; aperçus rapides par N. Ferrier, A.-C. Martin, M. Bacache, *JCP* 2014, n° 375 à 377 ; L. Grynbaum, « Loi “Hamon” : une transposition d'importance », *RLDI* 2014/103, n° 3345 ; G. Loiseau, « Les contrats du commerce électronique dans la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *CCE* 2014, comm. n° 36.

829. J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 6^e éd., 2003, n^o 133 s.

83. Pour une photocopie, Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *JCP* II. 10505, note F. Nizard.

830. Direct. 84/450 CEE, 10 sept. 1984, *JOCE* L 250, 19 sept. 1984, p. 17.

831. Direct. 97/55 CE 6 oct. 1997, *JOCE* L 290, 23 oct. 1997, p. 18.

832. Direct. 2005/29 CE 11 mai 2005, *JOCE* L 149, 11 juin 2005, p. 22.

833. V. ss 216 et J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *op. cit.*, n^o 135.

834. C. consom., L. 121-8 al. 1^{er}, 1^o.

835. C. consom., L. 121-8 al. 1^{er}, 2°. V. par ex. Com. 26 mars 2008, *Bull. civ.* IV, n° 71 ; la comparaison par un laboratoire d'un produit générique par rapport à la spécialité de référence constitue bien une publicité comparative valable car la comparaison portait sur des caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces produits.

836. C. consom., L. 121-8 al. 1^{er}, 3^o.

837. C. consom., L. 121-9, 2°. V. Com. 24 nov. 2009, *Bull. civ.* IV, n^o 150 où dans une affaire de vente de compléments nutritionnels pour sportifs la défenderesse ne publiait sur son site Internet que les avis négatifs comme par ex. qualifiant les produits de l'autre de « daube ».

838. C. consom., L. 121-9, 3°.

839. J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *op. cit.*, n^o 136.

84. Civ. 2^e, 4 déc. 2008, *Bull. civ.* II, n^o 259 ; *RLDI* 2009/48, p. 37, note T. Piette-Coudol ; *CCE* 2009, n^o p. 44, obs. E. Caprioli.

840. Paris, 14^e ch., sect. B, 23 juin 2006, *SA Fnac c/ SA Rue du commerce*, *JCP E* 2006, n^o 2592, note A. du Crest.

841. V. ss 221.

842. 8 avr. 2003, aff. C-44/01.

843. 19 sept. 2006, aff. C-356/04.

844. Com. 31 oct. 2006, *Bull. civ.* IV, n^o 207.

845. T. com. Paris, 29 mars 2007, www.legalis.net ; Com. 19 janv. 2010, n^o 08-19814, *CCE* 2010, comm. n^o 50, A. Debet.

846. Com. 19 janv. 2010, préc.

847. Com. 31 oct. 2006, préc.

848. T. com. Paris, 29 mars 2007, préc.

849. T. com. Paris, 29 mars 2007, préc. ; Com. 19 janv. 2010, préc.

85. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 2010, n^o 09-1468. V. A. Raynouard, « De l'usage malheureux des “copies électroniques” (libres propos sur la jurisprudence relative à la preuve de l'envoi des lettres de clôtures adressées par les CPAM) », *LPA* 2008, n^o 126, p. 7 ; E. Debiès, « Échanges électroniques dans la sphère sociale », *RLDI* 2012, n^o 84, p. 57.

850. V. ss 228.

851. Le règlement UE n° 330/210, 20 avr. 2010, concernant l'application de l'article 101 § 3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* L 102, 23 avr. 2010, p. 1, art. 1 (1) (e) définit la distribution sélective comme suit : « *un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système* ».

852. Aut. conc. n^o 12-A-20 du 18 sept. 2012, relatif au fonctionnement du commerce électronique ; *RDC* 2013/1, p. 139, note M. Behar-Touchais ; M. Chagny, « L'éviction des cybermarchands fera-t-elle long feu ? », *CCE* 2013, comm. n^o 43.

853. V. ss 228.

854. L. Idot, « Retour sur la pratique des engagements au cours du second semestre 2007 », *RDC* 2008/2, p. 331.

855. Comm. UE, « Lignes directrices sur les restrictions verticales », *JOUE* C 130, 19 mai 2010, p. 1.

856. Cons. conc. n° 06-D-24 du 24 juill. 2006, *Festina*, *RLDI* 2006/20, n° 624, confirmé par Paris 1^{re} ch., 16 oct. 2007, *RLDI* 2007/32, n° 1089 ; *D.* 2007. 2209 ; J.-L. Fourgoux, « L'aménagement des contrats de distribution sélective, confirmé en appel », *RLDI* 2007/33, n° 1106.

857. Cons. conc. n^o 06-D-28 du 6 oct. 2006.

858. Cons. conc. n^o 07-D-07 du 8 mars 2007, M. Chagny, « Droits et obligations du promoteur d'un réseau de distribution à l'épreuve du droit de la concurrence », *RLDI* 2007/33, n^o 1126 ; E. Claudel, « Vente par Internet : le Conseil accepte les engagements de fabricants de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle », *Concurrences* 2007, n^o 13455, p. 102-103.

859. Aut. conc. n^o 12-D-23 du 12 déc. 2012, J.-L. Fourgoux, « Distribution sélective et ventes sur Internet, Bang & Olufsen : après la carotte des engagements, le bâton de la sanction », *RLDI* 2013/90, n^o 2995.

86. Affirmant une obligation d'examen attentif d'une photocopie d'un document original, CEDH, sect. I, 13 juin 2000, *Timurtas c/ Turquie*, req. n^o 23531/94.

Pour un ex. de photocopies de marché de travaux sur lequel il était prétendu que des travaux avaient été ajoutés avec le paraphe des maîtres de l'ouvrage, ces derniers ayant dénié leur engagement et argué de faux : Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, n^o 02-13936, *Bull. civ. I*, n^o 314.

860. CJUE 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Cosmétiques*, aff. C-439-09, *JOUE* C 355/3, 3 déc. 2011, *Europe* 2011, comm. 471, note L. Idot ; *RLDI* 2011/76, n^o 2526, obs. L. Costes et note J.-L. Fourgoux et L. Djavadi ; *RDC* 2012/1, p. 111, obs. C. Prieto ; *RDC* 2012/1, p. 522, obs. M. Behar-Touchais. *Adde* C. Castets-Renard.

861. Paris, pôle 5, ch. 5-7, 31 janv. 2013, *RLDI* 2013/91, n^o 3040, obs. L. C.

862. V. ss 232.

863. Aut. conc. n^o 12-A-20 du 18 sept. 2012, préc.

864. Aut. conc. n^o 12-A-20 du 18 sept. 2012, relatif au fonctionnement du commerce électronique ; préc. et comm. M. Behar-Touchais, M. Chagny, préc.

865. *Eod. loc.*, ppts. 17 s.

866. *Eod. loc.*, ppts. 24 s.

867. *Ibid.*

868. Avis n^o 12-A-20, préc., ppts. 79-80.

869. *Ibid.*

87. Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, préc. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, *Bull. civ.* I, n^o 106 ; *JCP* 2000, II.10368, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2000. 575, obs. J. Mestre, B. Fages ; *ibid.* p. 874, obs. P. Crocq, refusant valeur de preuve d'un cautionnement à une télécopie.

870. *Eod. loc.*, ppts. 97 s.

871. *Eod.loc.*, ppts. 127 s.

872. *Eod. loc.*, ppts. 138 s.

873. *Eod. loc.*, ppts. 152 s.

874. Avis n^o 12-A-20, préc., ppts. 137 s.

875. V. ss 215.

876. V. Com. 4 déc. 2012, n^o 11-27729, publ. *Bull.*, *RLDI* 2013/89, n^o 2970, note L. Grynbaum.

877. Loi n° 2014-344 relative à la consommation, *JO* 18 mars 2014, p. 5400 ; G. Raymond, « Inventaire des mesures relatives au droit de la consommation », *JCP E* 2014, act. 213 ; aperçus rapides par N. Ferrier, A.-C. Martin, M. Bacache, *JCP* 2014, n° 375 à 377 ; L. Grynbaum, « Loi “Hamon” : une transposition d'importance », *RLDI* 2014/103, n° 3345.

878. *Eod. loc.*, ppts. 175 s.

879. *Eod. loc.*, pt. 203.

88. V. J. Huet, « La valeur juridique de la télécopie (ou fax) comparée au télex », *D.* 1992. Chron. 33.

880. *Eod. loc.*, ppts. 207 s.

881. *Eod. loc.*, ppts. 216 s.

882. *Eod. loc.*, ppts. 221-224.

883. *Eod. loc.*, ppts. 225-227.

884. *Eod. loc.*, ppts. 230-234.

885. Avis n^o 12-A-20, préc., pt. 236.

886. *Eod. loc.*, pt. 234.

887. *Ibid.*

888. *Eod. loc.*, ppts. 230 s.

889. *Eod. loc.*, ppts. 240-241.

89. Civ. 1^{re}, 30 sept. 2010, *Bull. civ.* I, n^o 178 ; *RLDI* 2011/72, n^o 2387, note J. Huet ; *RLDI* 2011/67, n^o 2200, note L. Grynbaum ; *CCE* 2010, comm. n^o 129, note E. Caprioli ; *RTD. civ.* 2010. 785, obs. B. Fages.

890. *Eod. loc.*, pt. 248.

891. *Eod. loc.*, ppts. 255 s.

892. Incitations tarifaires à ne pas vendre trop de produits par Internet.

893. *Eod. loc.*, ppts. 258 s.

894. *Eod. loc.*, pt. 269.

895. *Eod. loc.*, pt. 273.

896. *Eod. loc.*, ppts. 281 s.

897. *Eod. loc.*, ppts. 314 s.

898. *Eod. loc.*, pt. 316. Lignes directrices (point 174), CJCE 25 oct. 1977, *Metro I* ; TPICE 12 déc. 1996, *Yves Saint Laurent*, aff. T-19/92, et *Givenchy*, aff. T-88/92.

899. *Eod. loc.*, ppt. 317. TPICE 12 déc. 1996, aff. T-19/92, *rec. CJCE*, II, p. 1851. V. aussi Com. 21 oct. 1997, n^o 95-19.419.

9. C. civ., art. 1341.

90. Art. 15 I, L. du 6 juill. 1989.

900. CJUE 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Cosmétiques*, aff. C-439-09, préc.

901. Avis n^o 12-A-20, préc., ppt. 326 s.

902. Cons.conc. n^o 06-D-24 du 24 juillet 2006, *Festina*, préc. ; décision confirmée par Paris, 16 oct. 2007, préc.

903. Avis n^o 12-A-20, préc., ppt. 333 s. et v. ss 238.

904. V. ss 238 s.

905. Avis n^o 12-A-20, préc., ppt. 367 s.

906. *Eod. loc.*, pt 369.

907. *Eod. loc.*, ppts. 370-371.

908. *Ibid.*

909. Avis n^o 12-A-20, préc., pt. 373.

91. Préc.

910. *Eod. loc.*, pt. 375.

911. Pour une interdiction dans les contrats v. CJUE 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Cosmétiques*, aff. C-439-09, préc. ; pour une interdiction orale ou une entrave dans la mise en œuvre : v. Aut. conc. n^o 12-D-23 du 12 déc. 2012, *Bang & Olufsen*, préc.

912. Cons. conc. n^o 06-D-28 du 06 oct. 2006, *Focal*, *JM Lab*, *Triangle*, préc.

913. *Ibid.*

914. Aut. conc. n^o 12-D-23 du 12 déc. 2012, *Bang & Olufsen*, préc.

915. *Ibid.*

916. Règlement Commission n^o 330/2010, 20 avr. 2010, concernant l'application de l'article 101 § 3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* L 102, 23 avr. 2010, p. 1 art. 4 qui succède à l'article 4, sous c), du règlement n^o 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* L 336, 29 déc. 1999, p. 21.

917. Aut. conc. n^o 12-D-23 du 12 déc. 2012, *Bang & Olufsen*, préc.

918. CJUE 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Cosmétiques*, aff. C-439-09, préc.

919. Cons. conc. n^o 07-D-07 du 8 mars 2007, préc.

92. Sur la notion de signature électronique et les exigences imposées par cet art. v. ss 50 s.

920. *Ibid.*

921. *Ibid.*

922. *Ibid.*

923. *Ibid.*

924. « *Le titulaire d'une marque ne peut s'opposer à ce qu'un revendeur, qui commercialise habituellement des articles de même nature, mais pas nécessairement de même qualité, que les produits revêtus de la marque, emploie, conformément aux modes qui sont usuels dans son secteur d'activité, sa marque afin d'annoncer au public la commercialisation ultérieure de leurs produits, à moins qu'il ne soit établi que, compte tenu des circonstances propres à chaque espèce, l'utilisation de la marque à cette fin porte une atteinte sérieuse à la renommée de ladite marque* » CJCE 4 nov. 1997, *Parfums Christian Dior SA c/ Evora BV*, aff. C-337/95, Rec. CJCE 1997, I, p. 6013, pt 54 ; D. 1998, jurispr. p. 587, note M.-C. Bergeres ; dans le même sens CJCE 23 févr. 1999, *BMW*, PIBD 676/1999 III, p. 221 ; RDPI 1999, n° 98, p. 28.

925. Cons. conc. n^o 08-D-25 du 29 oct. 2008

926. *Cf.* décision finale Paris, 31 janv. 2013, préc.

927. CJUE 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Cosmétiques*, aff. C-439-09, préc.

928. Art. 4, c), du règlement n^o 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, § 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, préc.

929. CJUE 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Cosmétiques*, aff. C-439-09, préc.

93. V. ss 26. Rappelons qu'il avait ainsi été décidé que même une copie certifiée conforme ne pouvait faire preuve lorsque l'existence de l'original était déniée (Civ. 1^{re}, 27 avr. 1978, *Bull. civ. I*, n^o 160 ; Com. 15 déc. 1992, *Bull. civ. IV*, n^o 419). En revanche, dès lors que l'existence de l'original et la conformité de la copie à l'original ne sont pas déniées, il a toujours été décidé que toute copie est admissible comme mode de preuve (Civ. 1^{re}, 21 avr. 1959, *D.* 1959. 521, note Ph. Malaurie ; Civ. 1^{re}, 24 mars 1998, *Bull. civ. I*, n^o 126, *D.* 1999. Somm. 310, obs. M. Nicod).

930. L'exemption individuelle peut être obtenue, aux termes de ce texte si l'accord de distribution sélective contribue à améliorer la production ou la distribution des produits en cause ou à promouvoir le progrès technique ou économique (1), si une partie équitable du profit qui en résulte est réservée aux utilisateurs (2), s'il n'impose aucune restriction non indispensable aux entreprises participantes (3), et s'il ne donne pas à ses signataires la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause (4).

931. Paris, 31 janv. 2013, préc.

932. Avis n^o 12-A-20, préc., ppts. 314 s.

933. *Eod. loc.*, pt. 316. Lignes directrices, préc. (pt. 174), CJCE 25 oct. 1977, *Metro I* ; TPICE 12 déc. 1996, *Yves Saint Laurent*, aff. T-19/92, et *Givenchy*, aff. T-88/92.

934. *Eod. loc.*, pt. 317. TPICE 12 déc. 1996, aff. T-19/92, *rec. CJCE*, II, p. 1851. V. aussi Com. 21 oct. 1997, n^o 95-19.419.

935. Avis n^o 12-A-20, préc., pt. 330.

936. Règlement Commission n^o 330/2010, 20 avr. 2010, concernant l'application de l'article 101 § 3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, préc., art. 4

937. Comm. UE, Lignes directrices sur les restrictions verticales, préc. § 52.

938. CJUE 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Cosmétiques*, aff. C-439-09, préc.

939. Avis n^o 12-A-20, préc., ppts. 326 s.

94. V. ss 28.

940. Comm. UE, Lignes directrices sur les restrictions verticales, préc. § 52.

941. *Eod. loc.*, § 56.

942. Décis. 07-D-07, préc.

943. Avis n^o 12-A-20, préc., ppts. 351 s.

944. *Eod. loc.*, pt. 355.

945. *Eod. loc.*, ppts. 356 s.

946. Cons. conc. n^o 07-D-07 du 8 mars 2007, préc.

947. Avis n^o 12-A-20, préc., ppts. 359-360.

948. *Ibid.*

949. Avis n^o 12-A-20, préc., ppts. 361-363.

95. Soc. 25 sept. 2013, n° 11-25884, publ. au *Bull.*, cf. A. Aynès, « Conditions de la preuve par courriel des faits juridiques », *CCC* 2014, étude 5.

950. Cons. conc. n^o 06-D-24 du 24 juillet 2006, *Festina*, préc.

951. *Ibid.*

952. Paris, 16 oct. 2007, préc.

953. Avis n^o 12-A-20, préc., ppt 24 s.

954. *Eod. loc.*, pt. 273.

955. *Eod. loc.*, ppt. 281 s.

956. *Eod. loc.*, pt. 316. Lignes directrices (point 174), CJCE 25 oct. 1977, *Metro I* ; TPICE 12 déc. 1996, *Yves Saint Laurent*, aff. T-19/92 et *Givenchy*, T-88/92.

957. *Eod. loc.*, ppt. 317. TPICE 12 déc. 1996, aff. T-19/92, *rec. CJCE*, II, p. 1851. V. aussi Com. 21 oct. 1997, n^o 95-19.419.

958. *Eod. loc.*, ppts. 207 s.

959. *Eod. loc.* ppt 255 s.

96. V. ss 125 s.

960. *Eod. loc.* ppt. 216 s.

961. *Ibid.*

962. Cons. conc. n^o 06-D-24 du 24 juillet 2006, *Festina*, préc. ; décision confirmée par Paris, 16 oct. 2007, préc.

963. Avis n^o 12-A-20, préc., ppts. 333 s.

964. *Eod. loc.*, pt. 335.

965. *Eod. loc.*, pt. 335.

966. *Eod. loc.*, ppts. 337-338.

967. *Eod. loc.*, pt. 339.

968. *Eod. loc.*, pt. 348.

969. *RDC* 2013/1, p. 139, note M. Behar-Touchais, préc. ; M. Chagny, « L'éviction des cybermarchands fera-t-elle long feu ? », art. préc.

97. V. ss 34.

970. Com. 14 mars 2006, n^o 03-14639, *Bull. civ.* IV, n^o 65 ; *D.* 2006. 1901, note H. Kenfack ; *RDC* 2006/3, p. 786, note M. Behar-Touchais ; *RTD civ.* 2006. 553, obs. J. Mestre, B. Fages.

971. *Ibid.*

972. *Ibid.*

973. CJCE 11 déc. 2003, aff. C-322/01 ; *D.* 2004. 732, et 2554, Chron. E. Gardner de Béville ; *AJDA* 2004. 315, Chron. J.-M. Belorgey, s. Gervasoni et C. Lambert.

974. *Ibid.*

975. Directive 2001/83/CE, *JO* L 311, 28 nov. 2001, p. 67.

976. Directive n^o 2011/62/UE du 8 juin 2011, modifiant la directive 2001/83/CE instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés, *JOUE* L. 174/74, 1^{er} juill. 2011.

977. *Ibid.*

978. *Ibid.*

979. Ordonnance n^o 2012-1427 du 19 décembre 2012 relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments, à l'encadrement de la vente de médicaments sur Internet et à la lutte contre la falsification de médicaments, *JO* 21 déc. 2012, texte n^o 11.

98. *Ibid.*

980. A. Laude, « Autorisation de la vente en ligne de médicaments », *D.* 2013. 516 ;
H. Miller, « Le commerce électronique de médicaments par une pharmacie d'officine », *Rev. dt et
santé* n^o 1, p. 55.

981. Arr. 20 juin 2013, « relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique », *JO* 23 juin 2013, texte n^o 5.

982. CE, ord., 14 févr. 2013, n^o 365459, *D.* 2013. Actu. 512.

983. CE 17 juill. 2013, n^o 365317, *D.* 2013. 1905, obs. G. Rousset.

984. *Ibid.*

985. Projet de loi ratifiant l'ordonnance n^o 2012-1427 du 19 décembre 2012 relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments, à l'encadrement de la vente de médicaments sur Internet et à la lutte contre la falsification de médicament ; *JOAN* 13 mars 2013, Doc. n^o 811.

986. CSP, art. L. 5125-33.

987. CSP, art. L. 5125-36.

988. Ord. n^o 2012-1427, préc. art. 23.

989. CE 17 juill. 2013, préc.

99. V. ss 52 s.

990. Dir. 2011/83, préc. art. 85 *quater* Code du médicament, § 1, b).

991. Dir. 2011/83, préc. art. 85 *quater* Code du médicament, § 2.

992. CSP, art. 5125-34.

993. CE 17 juill. 2013, préc.

994. *Ibid.*

995. Avis du 13 décembre 2012, 12-A-23, relatif à un projet d'ordonnance et un projet de décret transposant la directive n^o 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 modifiant la directive n^o 2011/83/CE instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés.

996. Avis 10 avr. 2012, n^o 13-A-12.

997. *Ibid.*

998. *Ibid.*

999. *Ibid.*