

III^{ÈME} PARTIE :

ASPECTS JURIDIQUES ET RÉGLEMENTAIRES

III. ASPECTS JURIDIQUES ET RÉGLEMENTAIRES

Ce document n'a pas la prétention de vouloir résoudre tous les problèmes juridiques qui peuvent se poser ni d'envisager tous ceux qui pourraient survenir dans l'avenir. Il est réalisé dans le but d'aider et d'inspirer les personnes publiques à structurer juridiquement leur démarche d'acquisition et de mise en œuvre des créations numériques. Par souci de simplification cet exposé n'abordera pas la question des droits voisins du droit d'auteur. Leur statut juridique est composé par un corps de règles très proche de celui qui régit le droit d'auteur, lui-même. Il peut s'agir de droits protégeant les intérêts des acteurs, des chanteurs, des musiciens artistes, de ceux concernant les producteurs de disques et d'émissions de radios, ou les producteurs de films et de programmes de télévision et d'entreprise de cinéma ou de chaînes de télévision.

III.1 L'APPLICATION DES RÈGLES DU DROIT D'AUTEUR (⁷)

III.1.1 LES OEUVRES

La protection des droits d'auteur s'applique à toutes les œuvres de l'esprit, même inachevées, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.

Les règles de la propriété intellectuelle appréhendent certaines catégories d'œuvres dont les particularités juridiques imposent une attention particulière.

a) L'œuvre photographique

Elle se prête à la mise en œuvre concomitante de plusieurs droits enchevêtrés. Le droit du photographe, lui-même, ainsi que divers droits liés à la nature des sujets représentés, l'utilisateur de la photographie devra acquiescer l'autorisation de communiquer l'information contenue dans la photographie, qu'il s'agisse de l'image d'une personne, d'un édifice architectural ou d'une marque.

(⁷) Le cadre d'exercice de ce droit a été modifié, au niveau européen, par la Directive 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 » (cf adresse internet :

http://www.europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2001/l_167/l_16720010622fr00100019.pdf)

Première Directive sur le sujet, elle trace, tout en rappelant le droit pour les auteurs, les artistes interprètes ou exécutants, pour les producteurs d'œuvres audio-visuelles d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs œuvres (chap. II, art.2 et 3), le cadre d'un certain nombre d'exceptions que les Etats membres auront désormais la faculté de prévoir, notamment pour des raisons d'usage public ou de communication des œuvres au public (chap.II. art.5). Objet d'un long débat, cette liste d'exceptions possibles a néanmoins été tempérée par l'introduction de la notion de «compensations équitables» pour certaines d'entre elles.

b) L'œuvre audiovisuelle

La protection de l'œuvre audiovisuelle est acquise à cinq coauteurs: l'auteur du scénario, l'auteur de l'adaptation (si le film est tiré d'un roman encore protégé, l'auteur du livre sera lui-même coauteur), l'auteur du texte parlé, le réalisateur et l'auteur des compositions musicales (à condition qu'elles aient été créées spécialement pour le film).

c) L'œuvre logicielle

La protection des logiciels par le droit d'auteur est indifférente au support (papiers, rubans magnétiques, disquettes, disques, mémoires d'ordinateur). Parmi ses caractéristiques les plus remarquées nous citerons pour mémoire que :

- les droits sur logiciel peuvent être payés de manière forfaitaire,
- que le contrat de travail de programmation vaut cession des droits d'auteur à l'employeur,
- que la copie privée n'est pas autorisée.

La jurisprudence en matière de logiciel considère le plus souvent l'organigramme, les lignes d'instructions, les codes (non visibles à l'écran) comme des éléments composant un ensemble non détachable du programme lui-même. Toutefois, les effets visuels, les lignes graphiques, symboles, menus, décors et personnages répondent à une création de forme qui, s'ils font preuve d'originalité, bénéficient, la plupart du temps d'une protection indépendante de celle attribuée au logiciel.

d) La base de données

La base de données sur support papier ou numérique se définit comme un recueil d'œuvres ou de données diverses qui, par le choix ou la disposition des matières, constitue une œuvre.

Une directive européenne a prévu pour les bases de données un régime particulier, en instituant un droit particulier appelé "*sui generis*" sur son contenu au bénéfice du fabricant de la base, afin de protéger son investissement substantiel (temps, argent, travail).

Le droit "*sui generis*" permet à l'investisseur d'interdire l'extraction (reproduction et représentation) de la totalité ou d'une partie substantielle des données composant la base.

Le caractère substantiel peut être apprécié de façon quantitative, mais aussi qualitative.

e) L'œuvre composite

Est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière. Réaliser une œuvre composite impose l'accord indispensable et préalable des titulaires de droits sur les "œuvres premières".

f) L'œuvre collective

C'est l'œuvre qui est créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale. Cette dernière édite l'œuvre, la publie, et la divulgue sous son nom. Les différents intervenants à la création réalisent des contributions qui se fondent dans un ensemble, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé. La qualification d'œuvre collective est recherchée par les promoteurs/producteurs d'œuvres plurales, car ils sont automatiquement investis des droits des auteurs, et que la rémunération de ces derniers peut être forfaitaire, contrairement à la règle régissant les autres créations, qui imposent une rémunération proportionnelle aux recettes d'exploitations de l'œuvre.

g) L'œuvre de collaboration

L'œuvre de collaboration est celle à la création de laquelle plusieurs personnes physiques ont pris part. Les coauteurs sont titulaires des droits sur l'œuvre finale. Ils exercent leurs droits d'un commun accord, sauf à saisir les tribunaux du différend qui les oppose.

h) Les œuvres de commandes et de salariés

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 aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par le code de la propriété intellectuelle. L'existence d'un contrat de commande n'emporte aucune dérogation aux règles d'attribution des droits d'auteur, à moins que ledit contrat ne prévoie le contraire. De la même façon, l'existence d'un contrat de travail entre l'auteur de la création et son employeur n'aura aucune répercussion sur la titularité des droits. En matière de logiciel, le titulaire de droits est souvent l'employeur ou l'entreprise chargée de sa réalisation. En effet, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un salarié dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de l'employeur sont automatiquement dévolues à ce dernier par le simple effet du contrat de travail.

i) Les créations des agents de l'État

La loi précise que l'administration est titulaire, sauf dispositions statutaires contraires, des droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés dans l'exercice de leur mission ou sur les instructions de leur hiérarchie, par des agents de l'État, des collectivités publiques et des établissements à caractère administratif. Elle ne dit rien des autres créations de fonctionnaires.

En énonçant ainsi une exception, la loi semble à-contrario souligner que les créations de fonctionnaires autres que les logiciels ne dérogent pas aux règles générales de protection des auteurs.

Toutefois, le Conseil d'État, dans l'avis dit " OFRATEME " du 21 novembre 1972, fait application aux agents publics d'un régime exorbitant et autonome par rapport au droit commun de la propriété littéraire et artistique. Il estime que " les nécessités du service public exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit dont la création fait l'objet même du service auquel appartient ou pour lequel a travaillé le fonctionnaire " (la création doit être l'objet du service, et la dépossession doit être nécessitée par le service). Pratiquement, cela signifie que l'administration est l'auteur des œuvres réalisées dans le cadre des fonctions de l'agent et avec les moyens du service.

Selon l'avis adopté, lors de sa séance du 20 décembre 2001 par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA): les pratiques appliquant l'avis OFRATEME ne respectent pas le droit qui doit normalement les régir.

Elles heurtent de front le principe fondamental du droit de la propriété littéraire et artistique selon lequel les droits d'auteur doivent naître sur la tête de la personne physique ayant créé l'œuvre. Ce mode de fonctionnement se trouve vite limité dans un contexte où les créations des fonctionnaires se trouvent exploitées, de manière massive, dans le cadre des TIC. L'accès aux droits d'auteur ou à une formule équivalente se pose désormais pour un nombre plus significatif de fonctionnaires, qui placent en ligne de nombreux supports ou contenus que ce soit sous la forme de CD Roms ou de sites Web conçus sous l'égide de l'administration ou selon des procédures mixtes associant l'administration et ses agents.

Les travaux actuels menés par le gouvernement dans le cadre de la future loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information devraient préciser ou nuancer les règles applicables en matière de créations de fonctionnaires.

j) L'œuvre multimédia

Ce type de création n'est pas défini par la loi. Selon une définition inspirée de M. le professeur Pierre Sirinelli et maître Gilles Verckein, l'œuvre multimédia est «une œuvre de l'esprit s'exprimant par une réunion de données et de propriétés intellectuelles de genres différents: sons, textes, images fixes ou animées, et un ou plusieurs programmes informatiques, intégrée sur un même type de support numérique, tangible, tel le Compact Disque opto-numérique, et qui est conçue pour avoir une identité propre différente de celle résultant de la simple addition des éléments qui la composent, et dont la structuration et les accès sont régis par un logiciel permettant l'interactivité. Elle peut également être une création se manifestant avec ces mêmes diversités et conditions lors d'une consultation sur un support de communication en réseau».

Une qualification juridique unique ne peut être applicable à l'œuvre «multimédia» qui est avant tout une œuvre complexe composée d'une mosaïque de créations, chacune d'elle étant régie par un statut propre.

III.1.2 LES PRÉROGATIVES DE L'AUTEUR

De nature incorporelle, le droit d'auteur est démembrable et se décompose en deux attributs majeurs, le droit moral et les droits patrimoniaux.

a) Le droit moral

Le droit moral est attaché à la personne de l'auteur. Le droit moral est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il se compose de quatre attributs : le droit de divulgation, le droit à la paternité, le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre contre toute dénaturation, modification, altération, ainsi que le droit de retrait et de repentir.

- Le droit de divulgation

Le droit de divulgation permet à l'auteur de décider, seul, de l'instant, des procédés et conditions de la communication de sa création au public.

- Le droit à la paternité

Le droit à la paternité répond au privilège absolu de l'auteur de voir sur son œuvre l'inscription de son nom et de ses qualités.

- Le droit au respect de l'œuvre

Le droit au respect de l'œuvre protège l'auteur de toute atteinte à l'esprit de l'œuvre, dénaturation ou modification de sa création, que ce soit par la sortie de son contexte, l'addition ou la soustraction de données la composant.

- Le droit de retrait ou de repentir

Le droit de retrait ou de repentir permet à un auteur de retirer son œuvre de la circulation ou bien de la modifier s'il veut la faire évoluer pour mieux la faire correspondre à sa pensée créative.

b) Les droits patrimoniaux

Ce sont les droits économiques dont bénéficie l'auteur et qu'il peut céder en contrepartie d'avantages financiers. Ils perdurent toute la vie de l'auteur et encore 70 années après son décès.

Les droits patrimoniaux se décomposent en droit de reproduction et en droit de représentation.

- Le droit de reproduction

Le droit de reproduction est le droit exclusif pour l'auteur d'autoriser ou non la fixation matérielle de l'œuvre, quel que soit le procédé utilisé, dès lors que cette fixation est nécessaire pour communiquer l'œuvre au public. Il s'agit de tous les actes de reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, en ligne ou hors ligne, sur support matériel ou immatériel. Ces actes interviennent toujours en amont ou de manière simultanée avec la communication de l'œuvre au public.

- Le droit de représentation

Représenter, au sens du code de la propriété intellectuelle, consiste en la possibilité pour l'auteur de communiquer l'œuvre au public, par un procédé quelconque. Il caractérise le droit exclusif des auteurs "d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres originales et de copies de celles-ci, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de telle manière que chaque membre du public peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement".

c/ La cession du droit des auteurs

Les droits détenus par une personne sur les créations d'autrui dépendront dans une très large mesure de la portée et du contenu des contrats de cession (⁸) dont elle bénéficie.

Ces accords ou contrats d'exploitation sont régis par le principe d'interprétation restrictive selon lequel tout ce qui n'est pas expressément autorisé par l'auteur est interdit.

Le contrat doit de ce fait énumérer de façon précise et exhaustive l'ensemble des droits cédés. La jurisprudence française ne tolère pas les simples références à des cessions larges, qu'elle considère comme nulles.

(⁸) Nul ne peut céder plus de droits qu'il n'en a.

La cession à un tiers de la jouissance et de l'exercice de tout ou partie des droits patrimoniaux peut être gratuit ou onéreux.

De plus, la cession du droit de reproduction n'entraîne pas la cession automatique du droit de représentation, et inversement.

La loi interdit la cession des œuvres futures : nul auteur ne peut valablement céder des droits sur des choses qui n'existent pas. La cession des droits d'auteur ne pourrait à la rigueur intervenir, le cas échéant, qu'au fur et à mesure de leurs naissances, sous réserve que cette mention de cession progressive soit inscrite au contrat.

Toutefois, la cession des droits consentie sur une œuvre au titre d'un contrat de commande est juridiquement valable dès lors que cette cession a pour objet une création spécifique dont les formes et le contenu sont déjà approximativement déterminés.

Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuels doivent être constatés par écrit, sous peine de nullité au bénéfice de l'auteur. L'échange de consentement peut s'effectuer par télégramme, précise encore la loi, à condition que les conditions essentielles soient mentionnées: le prix, la durée, le territoire et une destination donnée. La mention de chaque droit cédé doit être expresse et faire état des modes et formes d'exploitation envisagées. De ces raisons, et dans les mêmes conditions, on pourrait inférer que l'accord pourrait être donné par voie de télécopie ou de mail.

Pour être valide, la contrepartie financière de la cession de droits d'auteur doit être en principe une rémunération proportionnelle aux résultats d'exploitation de l'œuvre.

Toutefois, il faut rappeler que le code de la propriété intellectuelle prévoit quelques exceptions à ce principe: c'est le cas lorsque "la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée", ou lorsque "les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre", ou également dans les cas où "soit la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité".

L'article L 131-4 du Code de la propriété intellectuelle donne comme assiette les recettes provenant de la vente ou de l'exploitation de l'œuvre. Les redevances sont calculées sur le prix hors taxe effectivement payé par le public, et ne devraient donc être calculées ni sur les bénéfices de l'exploitant, ni sur le produit net d'exploitation.

III.1.3. LES LIMITATIONS À L'EMPRISE DU DROIT DES AUTEURS.

Malgré l'étendue des domaines sur lesquels le titulaire des droits d'auteur peut exercer son monopole, il existe toutefois quelques dérogations aux règles d'appropriation par l'auteur, dont nous livrons ci-après les principales.

a) Les représentations privées

De telles représentations peuvent avoir lieu sans autorisation de l'auteur sous réserve qu'elles soient gratuites et effectuées uniquement dans le cercle de la famille ou des amis regarder une cassette vidéo louée, mais il lui est totalement interdit de la diffuser à ses étudiants.

La communication sur Internet étant généralement publique et ouverte au public potentiel du monde entier, celui qui réalise une communication sur Internet ne peut se prévaloir de l'exception de représentation. Mais celui qui bénéficie de cette communication la reçoit généralement dans le cadre d'une représentation conjointe et par voie comparative de divers commentaires émanant de journalistes différents et concernant un même thème ou un même privé dans le cadre du cercle de famille.

Les pratiques pédagogiques développées à partir de l'Internet sont nécessairement collectives: apprentissage en classe de la navigation de site en site (d'accès gratuit ou non) par plusieurs élèves réunis auprès d'un enseignant et autour d'un nombre d'ordinateurs le plus souvent, encore aujourd'hui, inférieur au nombre d'élèves, ou même, à l'occasion de vidéo ou rétroprojection des contenus du net et mettent de ce fait en œuvre le droit de représentation sous monopole de propriété littéraire et artistique.

b) La revue de presse

Le fait pour un établissement public ou une entreprise de proposer à ses employés une revue de presse, que ce soit sous forme papier ou numérique est illicite: il s'agit dans ce cas d'une anthologie, et non d'une revue de presse. La liberté d'emprunt pour revue de presse n'est autorisée que s'il y a "présentation conjointe et par voie comparative de divers commentaires émanant de journalistes différents et concernant un même thème ou un même événement" relevant de l'actualité.

c) La courte citation

L'exception pour courte citation suppose que les citations soient brèves et justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information, de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées. Elle suppose le respect du droit moral de l'auteur, dont en particulier la mention du nom de l'auteur, et d'autre part elle implique l'indication de la source dont elles sont issues.

Le droit français n'a pas quantifié la brièveté de la citation. Elle est interprétée sur le critère du raisonnable et de façon restrictive par comparaison aussi bien avec l'œuvre citée que l'œuvre citante.

Conçue à l'origine pour les œuvres littéraires, et bien que non exclue par la loi, l'application par la jurisprudence du droit de citation aux autres types œuvres difficile, car elle considère que l'œuvre première se trouve mutilée et dénaturée dans la citation et qu'elle affecte de ce fait le droit moral des auteurs.

d) La copie privée

La loi autorise, au titre des exceptions au droit d'auteur, les reproductions strictement réservées à l'usage privé (sur support d'enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel) du copiste et non destinées à une utilisation collective ou commerciale, mais le copiste doit être le propriétaire de l'appareil de reproduction.

e) Les œuvres exposées dans un lieu public

Une œuvre graphique, plastique ou d'architecture située dans un lieu public accessible à tous peut être représentée sur une photographie, sans demander l'autorisation de l'auteur, lorsqu'elle ne constitue pas le sujet principal de la reproduction ou de la représentation (statue dans un jardin, monument dans la ville).

f) Les actes officiels

Les décisions de jurisprudence, les travaux parlementaires, les rapports officiels, les règlements, les lois, les réponses ministérielles sont libres de droit. Mais il existe des limites. Ne sont pas concernés: les documents administratifs.

g) Les discours destinés au public

Les discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires, académiques, les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles ne sont pas soumis, le temps de l'actualité, à l'emprise des droits d'auteur.

h) Les copies cachées

Les actes de reproduction résultant d'un procédé technique bénéficient d'une exception obligatoire aux droits d'auteur, si ces actes n'ont pas de valeur économique propre (comme la réalisation de certaines copies "caches" provisoires lors de la transmission de l'information sur Internet).

i) Les œuvres tombées dans le domaine public

Les œuvres tombées dans le domaine public, 70 ans après la mort de l'auteur, peuvent librement être exploitées. Mais attention: l'utilisateur de ces emprunts doit se méfier de l'existence du droit moral qui par principe ne s'épuise jamais. Un ouvrage ancien peut être librement photocopié ou scanné par un étudiant. Mais si ces nouveaux documents doivent faire l'objet d'une publication ou d'une édition numérique, l'étudiant devra respecter le droit moral en indiquant le nom de l'auteur et la provenance de la reproduction.

Les musées par exemple ne "disposent au titre du droit d'auteur, d'aucune possibilité de s'opposer à l'utilisation des œuvres du patrimoine tombées dans le domaine public.

Ils disposent certes de la maîtrise des lieux où se trouvent déposées les œuvres mais ils sont impuissants lorsqu'un tiers a pu se procurer licitement une reproduction déjà existante" (9). Seul le droit du photographe pourrait être invoqué pour s'opposer à utilisation de l'œuvre, sous réserve bien sûr du critère de l'originalité, inopposable dans le cas de la représentation fidèle d'une peinture classique.

(9) Rapport officiel de la commission: Industries culturelles et nouvelles techniques – 1995

III.2 LES RÈGLES PARTICULIÈRES Á L'INTERNET

L'Internet, nouvelle technologie incontournable de notre société, a généré et génère des infractions et fraudes comme l'informatique a suscité des «vocations» à sa naissance.

Les grands principes qui régissent le droit de l'Internet doivent être examinés au regard de deux éléments fondamentaux gouvernant les droits et obligations dont disposent les différents acteurs, à savoir: le cadre légal et le cadre contractuel.

III.2.1 LE CADRE LÉGAL

Le domaine de l'Internet est régi par des règles juridiques émanant de plusieurs domaines.

En effet, la particularité de l'Internet est de se voir appliquer des domaines juridiques variés.

Ainsi, l'Internet relève tant du droit civil que du droit pénal, des règles relatives à la propriété intellectuelle, des règles résultant de la loi Informatique, Fichiers et Libertés et de la loi du 1^{er} août 2000 relative au droit de la communication.

Ceci n'induit aucune complexité dans le cadre de l'application des règles juridiques, chaque particularisme d'Internet ayant son propre domaine d'application.

QUELQUES TEXTES APPLICABLES

La liberté quasi-totale qui a présidé aux origines du développement d'Internet a laissé le champ libre à un certain nombre de fraudes.

La gamme de ces fraudes est particulièrement étendue.

Cependant, la législation permet au regard des opérations conclues via Internet, de sanctionner bon nombre de celles-ci.

Au préalable, rappelons les différentes conventions existantes :

➤ La convention de Vienne

Il s'agit d'une convention permettant de régir directement le fond du droit en édictant des règles uniformes communes à tous les états contractants.

Cette convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre les parties ayant leur établissement dans des états différents, lorsqu'il s'agit d'états contractants ou lorsque les règles de droit international privé induisent l'application de la loi d'un état contractant.

Cependant, toutes transactions conclues avec un consommateur sont exclues de l'application de cette convention.

Mais il existe d'autres conventions :

➤ **La convention de La Haye**

Cette convention détermine la loi applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels.

Dans le cadre de contrats, l'article 2, alinéa 1^{er} de la convention, précise que la loi applicable doit être expressément prévue au contrat.

A défaut d'indication expresse, le contrat est régi par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle.

➤ **La convention de Rome**

La convention de Rome dispose expressément, en son article 3, que le contrat est régi par la loi choisie par les parties.

Il s'agit donc d'un principe d'autonomie de la volonté des cocontractants.

Cependant, l'article 5 de la convention de Rome prévoit expressément que le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle.

En conséquence, et en application de cet article 5, le consommateur pourrait solliciter l'application des lois du pays dans lequel il réside.

III.2.2 LES RÈGLES CIVILES.

a) La responsabilité

La responsabilité peut être soit contractuelle, soit délictuelle. Les principes de responsabilité édictés par le Code civil sont applicables au domaine de l'Internet.

Le principe de la responsabilité contractuelle se verra appliqué dès lors qu'il existe un contrat liant deux parties au moins et qu'il est possible de se prévaloir soit d'un défaut dans l'exécution, soit d'une inexécution.

Cependant, en dehors même de l'existence d'un contrat, toute personne peut être indemnisée du préjudice par elle subi, au regard des règles du Code civil, dès lors que la démonstration du dommage et le lien de causalité avec la faute reprochée sont rapportés. Il sera fait dans ces cas d'espèce, application des articles 1382 et 1383 du Code civil relatifs à la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle.

Les demandes fondées sur ces articles n'interdisent pas de formuler des revendications en indemnisation, notamment en matière pénale, dès lors que la faute est sanctionnée par le Code pénal. Rappelons toutefois que le pénal tient le civil en l'état, mais que l'action pénale n'interdit pas l'action civile en indemnisation.

La base de ce principe d'indemnisation civile est souvent préférée dans le cadre d'actions intentées en cas d'atteinte à la vie privée.

b) La protection de la vie privée

La violation du droit au respect de la vie privée est sanctionnée pénalement mais aussi par les règles du Code civil et notamment, par l'article 9, alinéa 1, du Code civil qui pose comme principe le respect pour chacun au droit de sa vie privée.

Dans le domaine de l'Internet, un grand nombre de décisions est régulièrement rendu suite à des actions intentées par des personnalités célèbres. On peut citer pour exemple, les décisions de référence suivantes : Estelle Hallyday , Charlotte Rampling , Adriana Karembeu.

Dans le cadre de ces trois décisions, il s'agissait en premier lieu de la transmission sur Internet de photographies de ces personnalités sans leur autorisation.

Ces photographies avaient la caractéristique, en deuxième lieu, d'être une représentation caractérisée par le Tribunal comme à la limite de l'indécence, de la vulgarité ou le caractère obscène et pornographie, éléments qui avaient été soulevés par les demanderessees.

Le Tribunal et la Cour ont sanctionné l'utilisation de ces photographies dès lors qu'elles avaient été publiées sans l'autorisation de la personne concernée, par détournement de la finalité autorisée et avec la spécificité de recouvrir les qualifications invoquées.

Le fondement du principe de protection de la vie privée reconnu par les Tribunaux et Cours peut être circonscrit à cette définition : l'image de tout individu faisant partie intégrante de sa personnalité, celui-ci dispose donc d'un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à la reproduction de celle-ci dès lors qu'il n'a pas donné son autorisation expresse et spéciale.

Le principe, quelle que soit la notoriété, reste le même: chacun a droit au respect de sa vie privée (¹⁰).

c) L'atteinte au droit de la personne

L'atteinte au droit de la personne visée ci-avant est également sanctionnée en matière pénale. Ainsi, la transmission de paroles et d'images portant atteinte à l'intimité de la vie privée par captation ou fixation sur un support avec enregistrement, lorsqu'elle a été effectuée dans un lieu privé, est sanctionnée pénalement.

Le fait également de publier les paroles ou images d'une personne sans son consentement, outre les sanctions civiles ci-avant examinées, est également sanctionnable pénalement.

(¹⁰) Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, Estelle Hallyday/Valentin Lacambre, TGI Paris, 12 septembre 2000, Charlotte Rampling/Sté DF Presse et TGI Paris, 12 septembre 2000, Adriana Karembeu/Sté de Conception de Presse.

III.2.3 LE DOMAINE PÉNAL.

➤ **Les sanctions de certaines informations véhiculées via Internet**

Il s'agit d'informations diffusées via Internet qui peuvent être considérées comme diffamatoires, portant atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (caractère pornographique ou incitant à la haine raciale...) ou d'informations recouvrant un caractère de publicité mensongère notamment.

➤ **La fraude informatique**

Le droit pénal sanctionne un certain nombre de fraudes qui seront énumérées ci-après et de façon succincte, la réalité de la fraude informatique au sens du Code pénal devant recouvrir des éléments matériels et intentionnels qui résultent notamment des circonstances de la cause.

➤ **L'accès frauduleux sans influence**

Il s'agit de tous modes de pénétration, tels que connexion pirate, physique ou logique, appel d'un programme sans habilitation, interrogation d'un fichier sans autorisation.

Cette infraction est punie dès lors que la personne a eu conscience d'accéder anormalement à un système de traitement.

➤ **L'accès frauduleux avec influence**

Dans le cadre de l'accès frauduleux avec influence, doit être rapportée la preuve d'une influence sur un système de traitement informatisé de données.

En conséquence, doit être rapportée la preuve de la suppression de données ou la modification de données ou de l'altération du fonctionnement.

Le maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données sans influence. Il faut entendre toutes connexions, visualisations ou opérations effectuées par un accédant ayant conscience que ce maintien est anormal.

➤ **Le maintien frauduleux avec influence**

Le maintien frauduleux avec influence recouvre la suppression de données, la modification de données, l'altération du fonctionnement du système.

Les atteintes volontaires au fonctionnement d'un système de traitement de données.

L'article 323-2 du Code pénal dispose qu'il s'agit du fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données.

L'entrave au système est caractérisée notamment par les bombes logiques, l'occupation de capacité mémoire, la mise en place de codification, de barrage et de tout autre élément retardant un accès normal.

L'altération du fonctionnement est le fait de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données.

Ceci peut résulter pour exemple, de l'impossibilité générée par un délinquant de faire appel à un sous-programme.

Il peut également s'agir de l'introduction d'une bombe logique dont les conséquences fausseront le fonctionnement lorsque cette bombe logique entraînera la suppression d'informations.

L'introduction d'un virus n'est pas constitutive d'une entrave, mais d'une altération de fonctionnement puisque le système informatique ne pourra plus fonctionner normalement suite à la reproduction du virus ou la mise en action de celui-ci.

D'autres infractions sont sanctionnées par le Code pénal et notamment par l'article 323-3 de celui-ci, à savoir l'altération de données ou l'introduction de données pirates.

Par «altération de données», il faut comprendre la suppression de données, la modification de données, la suppression/modification du mode de traitement, la suppression/modification de la transmission.

L'introduction de données pirates est quant à elle sanctionnée dès lors qu'il y a introduction de données effectuée avec l'intention de modifier l'état du système, quelle que soit l'influence.

III.2.4 SECRET DES CORRESPONDANCES

Le secret des correspondances est un principe de droit permettant le respect de la vie privée.

L'application de ce principe est maintenant bien établie par les dispositions de la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications.

Le secret des correspondances est un principe qui s'impose à tous.

Cependant, les transmissions de correspondances privées via l'Internet, ont pu conduire certaines personnes à violer lesdites correspondances.

Une décision importante doit être retenue mettant en exergue le caractère privé des courriers électroniques.

Il s'agit d'une décision du Tribunal Correctionnel de Paris en date du 2 novembre 2000: la boîte aux lettres électronique d'un élève de l'École Supérieure de Physique et de Chimie de Paris, soupçonné de piratage informatique, a fait l'objet d'une surveillance à la demande de «l'encadrement de l'école».

Ainsi, les courriers qu'il recevait ont pu être lus par les membres de l'encadrement de l'école et sur cette base, il lui a été interdit de s'inscrire en thèse.

En effet, il a été considéré que les messages qu'il pouvait recevoir portaient atteinte à l'image de l'école, les propos ayant été jugés par l'école comme diffamatoires.

Suite à ces faits, l'étudiant a déposé plainte pour violation du secret des correspondances.

La 17^{ème} chambre correctionnelle de Paris (2 novembre 2000) a retenu que «le terme de correspondance désigne toute relation par écrit existant entre deux personnes identifiables, qu'il s'agisse de lettres, de messages ou de plis fermés ou ouverts».

Aux termes des dernières jurisprudences, la correspondance privée, même par courrier électronique, peut être définie comme «un appel personnel, libre et privé et que l'ensemble de l'échange téléphonique le soit avec aucune volonté positive et formelle de porter un acte de communication au public».

En conséquence, tout dialogue entre deux personnes via Internet, sans aucune possibilité de consultation par tout autre internaute, doit être considéré comme une correspondance privée.

III.2.5 LA PROTECTION DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL.

Ce principe de protection a été concrétisé notamment par la loi du 6 janvier 1978 modifiée relative au traitement automatisé d'informations nominatives.

Les trois grands principes de cette loi peuvent être résumés de la façon suivante :

Le traitement

Le traitement automatisé d'informations nominatives, à savoir la collecte, l'enregistrement, l'élaboration, la modification, la conservation, la destruction, l'interconnexion ou le rapprochement d'informations ainsi que la consultation ou la communication d'informations à caractère personnel sont expressément réglementés par la loi.

Tout intéressé doit avoir nécessairement connaissance de ce que les informations collectées à son sujet ont pour objet l'enregistrement d'informations dans un fichier à finalité déterminée.

Les informations à caractère personnel

Toutes informations qui permettent l'identification de personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, ne peuvent donner lieu à un traitement automatisé que si, et seulement si, l'intéressé a directement été informé de cette finalité.

Les données sensibles

La loi Informatique, Fichiers et Libertés interdit tout enregistrement d'informations concernant une personne relatives à ses opinions politiques, religieuses, ses appartenances à des groupes syndicaux ou à des origines ethniques.

La loi Informatique, Fichiers et Libertés prévoit diverses sanctions pénales et notamment le détournement de finalité du fichier, tel que celui-ci a été déclaré auprès de la Commission Nationale Informatique et Libertés, le délit de création de fichiers clandestins, le délit d'enregistrement illicite, l'atteinte aux obligations de sécurité.

De plus, la Commission Nationale Informatique et Libertés prévoit pour chaque fichier, un délai de conservation des informations au delà duquel lesdites informations doivent être systématiquement et obligatoirement détruites.

On peut, pour ce faire, se référer aux différentes décisions existant en la matière et notamment, des décisions marquantes, telles que celles relatives à l'Église de scientologie.

La Commission Nationale Informatique et Libertés a de plus, émis un certain nombre de recommandations au regard de l'Internet.

Compte tenu de la complexité du domaine, ces recommandations ne peuvent être examinées dans le détail. Elles seront simplement listées.

Ainsi, il est possible de viser :

- le communiqué de la Commission Nationale Informatique et Libertés en date du 22 février 2001 relatif aux conditions dans lesquelles un candidat ou un parti politique peut s'adresser aux électeurs dans le respect de la loi ;
- un rapport d'étude et de consultation publique de la CNIL en date du 28 mars 2001 sur la cyber-surveillance des salariés dans l'entreprise ;
- la délibération de la CNIL en date du 29 novembre 2001 sur la diffusion de données personnelles sur Internet relative aux décisions de justice recommandant de ne pas faire figurer le nom et l'adresse des parties au procès ou des témoins.

Une décision importante doit être citée :

- celle du 6 juin 2001 de la 17^{ème} chambre correctionnelle de Paris suite à la conservation en mémoire d'informations nominatives concernant des infractions et des condamnations en violation de l'article 33 de la loi du 6 janvier 1978 (¹¹).

Le droit d'accès et de rectification

Chacun dispose, aux termes de la loi Informatique, Fichiers et Libertés, d'un droit d'accès et de rectification sur les informations le concernant.

Cependant, ce droit d'accès et de rectification supporte des limites.

Dans cette dernière hypothèse, certaines décisions ont été rendues. Il est possible de se référer à une décision récente du Conseil d'État en date du 30 mai 2001 par laquelle un individu avait sollicité la condamnation de la CNIL pour lui avoir refusé le retrait des informations le concernant contenues dans le système d'information Schengen (¹²). Le droit d'accès dans ce dernier cas de figure a été refusé à l'intéressé puisque s'agissant de fichiers intéressant la sûreté de l'État, le droit d'accès ne peut être qu'indirect.

Celui-ci ne pouvait donc arguer du fait qu'aucun accès direct aux informations le concernant n'avait été permis.

(¹¹) TGI Paris 1^{ère} chambre correctionnelle, 6 juin 2001, MP/J. Savignon et autres

(¹²) CE 30 mai 2001 M. Catsiapis.

III.2.6 LA RESPONSABILITÉ DES ACTEURS DE L'INTERNET.

➤ *Le transporteur*

Dès lors que le transporteur n'a aucune implication dans les informations communiquées, celui-ci bénéficie d'une absence de responsabilité.

Ceci résulte de la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.

Mais il convient de préciser que le transporteur a une obligation particulière, à savoir celle de faire cesser le transport d'informations effectué en violation de droit des tiers.

➤ *Le fournisseur de services*

La qualité de fournisseur de services recouvre le fournisseur d'accès et le fournisseur d'hébergement.

La responsabilité des prestataires de services résulte de la loi du 30 septembre 1986, modifiée par la loi du 1^{er} août 2000 et notamment, les articles 43-7, 43-8 et 43-9.

Le fournisseur d'accès a pour seule obligation, aux termes de la loi, «d'informer ses abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner, d'autre part, de leur proposer au moins un de ces moyens».

Le fournisseur d'hébergement quant à lui, ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée dès lors que «... ayant été saisi par une autorité judiciaire, (il) n'a pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu.»

Il convient de préciser que les fournisseurs de services ont l'obligation de conserver les informations qui leur ont été présentées comme portant atteinte au droit de tiers.

Cette obligation a pour objectif de permettre aux magistrats de vérifier les informations diffusées en violation de droit de tiers.

Il nous apparaît que les hébergeurs doivent apporter une attention extrême aux réclamations de tiers qui pourraient leur être effectuées et à ce titre, prendre préalablement à toute demande judiciaire, les mesures pour empêcher l'accès aux informations litigieuses.

Ceci sera la démonstration d'une parfaite bonne foi.

Des décisions récentes peuvent être citées quant à l'obligation de vigilance et de prudence et notamment, des décisions rendues en octobre 2001 et janvier 2002 (¹³) où il a été précisé que l'hébergeur ne pouvait être responsable puisque :

- «dans ses conditions générales d'utilisation du service gratuit d'hébergement de sites, il a prohibé les thèmes, contenus ou sujets contenant toute atteinte aux droits à l'auteur ou au droit à l'image ;

(¹³) Référé TGI Nanterre, 22 octobre 2001, Jean FERRAT/FRANCE, XOOM et NBC et TGI Nanterre, 23 janvier 2002, Jean FERRAT/FRANCE et MUSIC CONTACT

- il a tenté sans succès d'attirer à la présente instance le créateur des sites litigieux, celui-ci ayant déclaré une fausse adresse ;
- que dès le lendemain de la délivrance de l'assignation, alors qu'il n'a reçu aucune réclamation préalable, il a suspendu l'accessibilité aux sites litigieux, sans qu'il soit allégué que cette accessibilité ait été rétablie depuis lors».

Dans cette affaire, Monsieur Jean FERRAT sollicitait la condamnation de l'hébergeur eu égard à la diffusion de textes et de musiques de chansons sur Internet sans son autorisation.

La responsabilité de l'hébergeur a été écartée pour les motifs visés ci-dessus.

III.2.7 LE CADRE CONTRACTUEL.

Quel que soit le type de contrat conclu, les droits et obligations des parties sont circonscrits par les termes du contrat, dès lors que ceux-ci ne sont pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

En effet, les termes du contrat font la loi entre les parties.

Lors de la conclusion d'un contrat, il est nécessaire d'examiner les termes de certaines clauses en particulier.

Chaque contrat comprenant des clauses standard applicables de façon générale, les clauses particulières à l'objet du contrat doivent faire l'objet d'une attention très particulière.

Le contrat doit être regardé comme le document permettant aux parties d'avoir une vision éclairée du pourquoi et du comment de leurs relations et d'envisager le règlement de tout litige potentiel pouvant exister.

Le préambule

Le préambule a toute son importance puisqu'il permet de mettre en exergue les compétences professionnelles de l'une ou l'autre des parties et le savoir-faire des parties dans le domaine précis du contrat.

Cet exposé liminaire et préalable revêtira une importance certaine en cas de litige, car il permettra au juge de déterminer notamment les compétences de chacune des parties dans le domaine précis du contrat.

L'objet

La clause principale «objet du contrat» sera la clause déterminante du pourquoi les parties s'engagent.

Elle devra donc être définie de façon extrêmement claire quant à la volonté de l'une et l'autre des parties sur le pourquoi et le comment du contrat.

La cause de l'une des parties doit pouvoir être identifiée comme étant l'objet de l'engagement du contractant.

L'importance de cette clause est extrême puisque tout contrat sans objet sera nécessairement déclaré nul, ce point n'excluant nullement des limitations de responsabilité ou des limitations de prestation dans le cadre du contrat.

Les clauses limitatives de responsabilité

Les clauses limitatives de responsabilité doivent être examinées avec une extrême attention. En effet, les clauses excluant ou réduisant le droit à réparation du non-professionnel face au professionnel, en cas de manquement du professionnel, sont réputées non-écrites.

Ainsi, bon nombre de contrats standard d'utilisation de progiciel excluant la responsabilité de l'auteur du progiciel, sont, selon le droit français, déclarés nuls. Cette règle s'applique dès lors que les co-contractants peuvent être qualifiés de professionnel et non-professionnel du domaine.

Les clauses particulières

Des clauses particulières doivent être ensuite prévues au contrat pour décrire de façon précise, les spécificités des obligations de chacune des parties eu égard à l'objet du contrat.

Il faut entendre par là que le contrat ne doit pas être ambigu et qu'il doit être possible de déterminer ce que chacune des parties s'engage à fournir à l'autre pour respecter l'objet du contrat. Ceci est vrai, quel que soit le type de contrat, qu'il s'agisse d'une licence d'utilisation, pour l'utilisateur, (fournir le nombre de postes et les sites sur lesquels le produit est utilisé) ou dans le cadre d'un développement spécifique, pour le prestataire de service, (donner les dates de fourniture des prestations au regard de différents éléments, tels qu'un cahier des charges, élément de référence).

Propriété

Au regard de ce qui a été précédemment exposé, la clause de propriété et notamment les droits détenus par chacune des parties doivent être expressément mentionnés dans le contrat. En outre, cette clause prévoit de façon classique, le respect des mentions de copyright et de l'utilisation des marques.

Prix et paiement

Il s'agit d'un élément substantiel en général de tout contrat puisqu'en contrepartie des prestations fournies par l'un des cocontractants, l'autre s'engage à payer un prix selon des modalités déterminées. Si le prix n'est ni déterminé, ni déterminable, la validité du contrat peut être remise en cause.

Chartes

Dans le domaine de l'Internet, il est maintenant classique de voir des obligations imposées au client, obligations référencées dans une charte de bonne conduite et de respect des lois et règlements en vigueur. Ainsi, de façon très classique, il est imposé au client le respect des droits d'auteur, de l'ordre public et des bonnes mœurs.

D'autres stipulations des chartes pouvant exister, sont en fait une référence à l'article 1382 du Code civil, qui est d'application générale: mais ces stipulations font expressément référence à des contraintes imposées au client. Pour exemple, il peut être cité la diffusion d'un courrier électronique à des tiers, l'interdiction de mettre en œuvre des liens hypertextes.

Responsabilités et conséquences

Cette clause devrait être de façon quasi-systématique, prévue dans l'intégralité des contrats pour anticiper les conséquences d'une rupture des relations.

Loi applicable

Cette clause a particulièrement toute son importance dans les contrats relatifs à l'Internet, celui-ci relevant souvent des règles de droits de pays différents. En effet, pour exemple, le contrat d'accès ne relève pas d'une loi nationale particulière et «naturelle».