

Le droit et Internet à l'usage du Web Développeur

Introduction

Ce cours présente les droits et obligations des Webmasters dans la conception et la gestion du site. Il ne demande aucun prérequis, il ne s'adresse pas à des professionnels du droit, mais aux futurs professionnels d'internet. C'est pourquoi nous nous efforcerons d'être simple, de ne pas utiliser le jargon juridique, d'aller droit au but et d'être le plus concrets possible en vous donnant des solutions faciles à appliquer.

Ainsi, ce cours se veut être un guide pratique à l'usage du webmaster.

Depuis 1994, internet est accessible au public en France, c'est à cette époque que le grand public pouvait s'abonner auprès de fournisseurs d'accès privé et il n'était plus l'exclusivité des centres publics et universitaires.

Son succès, ses avantages, mais surtout ses abus, ont forcé les gouvernements français et européens à créer des règles. En effet, Internet est-il une zone de non-droit où l'on peut faire ce qu'on veut ? Peut-on se cacher derrière l'anonymat, la rapidité des connexions pour éviter de se faire prendre ?

C'est tout le contraire. Il existe de plus en plus de règles, voire des contraintes qui limitent la liberté d'action. Et les sanctions sont de plus en plus sévères aussi bien en dommages et intérêts qu'en peine de prison. Chaque fois que cela sera nécessaire, les sanctions seront précisées afin de faire prendre conscience du sérieux du respect des lois. Pour la loi et le juge, il n'y a aucune différence entre un amateur, un bénévole et un professionnel. Tout le monde est soumis aux mêmes règles. L'amateur bénévole et le professionnel seront sanctionnés aux mêmes tarifs, aux mêmes dommages et intérêts; c'est le principe d'égalité de tous devant la loi.

Aussi, les policiers, gendarmes et les juges sont mieux informés et équipés. Ils sont maintenant formés au réseau et à ses subtilités techniques. Depuis quelques années, Internet n'est plus une zone d'anarchie, où les gens gèrent eux-mêmes, s'autorégulent. Il y a des règles, et nous allons en exposer les principales.

Comme nul n'est censé ignorer la loi, ces règles s'imposent à vous, même si vous les ignorez.

Mais pourquoi autant de lois, directives, décrets, etc. ?

Justement, depuis qu'Internet est disponible pour tout le monde, il faut éviter les abus d'une minorité: insulte, diffamation, comportements irrespectueux des autres, pratiques des criminels (piratage, hacking, phishing, vols de n° CB, de mots de passe, ...).

L'objectif est de protéger ceux qui maîtrisent mal l'outil informatique (ce qui n'est pas votre cas en tant que professionnel de l'informatique), qui n'ont pas les bons réflexes contre les spams, phishing, scam et autres arnaques. Bref, il faut que tout le monde suive les mêmes règles et que des recours existent contre ces abus.

1 Pouvoir et autorité sur Internet

Mis à part la loi, qui fait autorité? Quels sont les administrations, les services de police compétents? Quelles sont les règles, autres que la loi, qui s'appliquent sur internet?

Tout d'abord, la première autorité qui s'impose est la CNIL.

A- La Commission Nationale Informatique et Libertés

Elle est créée par la loi du 6 janvier 1978, par la loi dite « informatique et libertés ». C'est la première loi au monde votée pour protéger les citoyens contre les abus de recoupement des fichiers, pour protéger notre liberté individuelle. Ce n'est que 25 ans plus tard que cette loi fût prise comme modèle par d'autres pays européens et dans le monde. Une telle clairvoyance dans une loi est trop rare!

La CNIL impose des formalités obligatoires et des droits attribués aux personnes dont les données nominatives font l'objet d'un traitement informatisé. Elle donne des droits relatifs à l'information, l'accès et l'opposition à ces données.

Qu'est-ce qu'une donnée nominative?

L'article 4 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978: les données personnelles nominatives sont les informations qui permettent, sous quelques formes que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques. L'article 31 interdit la collecte d'information dite « sensible ».

Pour un site Web, les données nominatives sont par exemple: l'inscription à une liste de diffusion, l'inscription à un forum, certains cookies, un formulaire de contact, une liste de clients, etc.

La déclaration d'une liste est obligatoire (article 16) avant sa mise en œuvre et l'on certifie qu'elle respecte la loi.

Les sites Web doivent indiquer:

- l'existence du traitement;
- les catégories de données collectées;
- les conséquences d'un défaut de réponse;
- le caractère obligatoire ou facultatif des réponses;
- la finalité de la collecte;
- les destinataires des informations;
- l'existence et les modalités d'exercice des droits d'accès, de rectifications;
- l'existence et les modalités d'exercice du droit d'opposition;
- les coordonnées des personnes qui assurent le fonctionnement du traitement et des responsables du site.

Attention: *déclaration* ne veut pas dire *autorisation*. Vous déclarez auprès de la CNIL que vous connaissez les obligations et que vous allez les respecter. Aucun contrôle ne sera fait. Mais, si votre site web est mis en cause et que la déclaration n'existe pas ou n'est pas à jour ou erroné, la sanction sera très lourde et rapide.

Sanction: 5 ans de prison et 300.000 € d'amende (article 226-18 code pénal)

Nous ne parlerons pas des listes soumises à autorisation (différent de la simple déclaration) car ce sont des cas rares et qui concernent souvent l'administration.

C'est pourquoi vous devez mettre sur une page web une formule d'information type: « Vous disposez d'un droit d'accès, de modification, de rectification et de suppression des données qui vous concernent (art. 34 de la loi "Informatique et Liberté" du 6 janvier 1978). Pour exercer ce droit, adressez-vous à ... »

Donc, vous déclarez que vous connaissez les obligations relatives au traitement d'une liste de données nominatives. Il y a 3 obligations à respecter:

- Obligation de sécurité, c'est-à-dire d'éviter que les données soient déformées ou endommagées. Vous devez garantir que ces données seront bien conservées.
- Obligation de confidentialité. Vous ne devez pas communiquer les données à des tiers non autorisés, on doit accéder aux données par identifiant et mot de passe, et l'on doit utiliser un système de cryptage.
- Obligation de contrôle de la diffusion des données. Le destinataire des données doit être précisé dans la déclaration, c'est-à-dire qu'on doit déclarer qui (quelle personne ou société) va utiliser ces données, sinon 15.000 € d'amende.

La déclaration, gratuite et rapide, se fait en ligne: www.cnil.fr

Tout le monde n'a pas à remplir une déclaration. Sont dispensés de déclaration les sites web personnels, les sites vitrines avec abonnement à une newsletter et annuaire de la société, les sites web d'associations (sous certaines conditions). Même s'ils n'ont pas l'obligation d'enregistrer une déclaration, ils doivent quand même respecter les obligations citées ci-dessus et la loi. Nous verrons cela dans un prochain chapitre.

Depuis la loi LCEN 21/06/2004, la CNIL est l'autorité de contrôle de l'internet français. Elle sanctionne et peut porter plainte.

B- La répression des infractions informatiques :

Il existe 2 autres services d'enquête de fraude informatique.

BCRCI, brigade centrale de la répression de la criminalité informatique. Créée en 1994, rattachée à la 9e division de la direction centrale de la police judiciaire. En étroite collaboration avec la DST, elle assure la gestion du bureau central d'Interpol.

BEFTI, brigade des enquêtes sur les fraudes technologiques de l'information. Au niveau de la Préfecture de police de Paris et de la petite couronne, il suit la procédure pénale classique. Les services sont informés soit par le dépôt d'une plainte, soit auprès de la BCRI.

Il existe aussi un service de gendarmerie par région chargé de la criminalité informatique. Ces personnes ont souvent une formation d'ingénieur réseau et maîtrise parfaitement le sujet. Ainsi, en cas de piratage de votre site web, vous devez faire un dépôt de plainte avec tous les renseignements possibles et fournir les logs. Il est préférable de s'adresser auprès de ces professionnels qu'à votre commissariat local !

C- Régulation et source du droit :

En dehors des lois et des administrations, il y a d'autres règles qui s'imposent et que le juge peut appliquer.

Les chartes :

Charte et code professionnel du SEVPCD ou FEVAD :

Le Syndicat de la vente par correspondance et à distance ou la Fédération des entreprises de vente à distance édictent des règles applicables aux adhérents (usage d'un logo, code de bonne conduite et charte de qualité).

Nétiquette et usages :

« Où la loi fait défaut, l'usage prévaut. » Art. 1135 Code civil « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage, ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

Les juges laissent une place importante aux usages et à la nétiquette quand il n'y a pas de loi. Donc, le respect du code de bonne conduite a la même force qu'une loi, et l'on peut vous reprocher de ne pas l'appliquer.

L'arbitrage :

L'arbitrage est utilisé lorsqu'un contrat entre vous et une autre personne l'envisage explicitement par ce qu'on appelle une « clause compromissoire » (dans compromis il y a le mot « compromis »), ou lorsque les parties décident de soumettre le différend à un arbitre. Nous verrons que l'arbitrage est utilisé dans le règlement des conflits avec les noms de domaines.

Il y a donc plusieurs autorités sur internet en plus du juge et de la loi.

2 Les conflits sur les noms de domaines

Le nom de domaine est très important (comme un n° de téléphone, une adresse, un nom commercial, ...). On ne traitera pas de la procédure de dépôt, mais plutôt des conflits qui naissent quand quelqu'un d'autre prétend être le dépositaire légitime, et surtout comment éviter ces conflits.

En règle générale, le premier déposant est le titulaire du nom de domaine. Par exemple, pasteur.net renvoie à un site familial et non au site de l'Institut Pasteur.

Le déposant doit réellement utiliser le nom de domaine litigieux pour pouvoir le conserver. Le juge dit que la protection sur un nom de domaine ne peut s'acquérir que par son exploitation (TGI Paris, 27/07/2000, référé, Market Call contre MilleMercis). Si on n'utilise pas le nom de domaine pour afficher un site web, on peut le perdre.

A- Conflits entre marques et noms de domaine :

Le nom de domaine n'est pas une marque commerciale, il n'offre pas de protection. On ne peut pas déposer un nom de domaine qui ressemble à une marque commerciale.

Droits sur la marque :

Article 713-1 du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI): L'enregistrement de la marque confère un droit de propriété pour les produits et services désignés. Déposer une marque est comme acheter une voiture ou une maison, elle vous appartient. La coexistence de marques

portant le même nom est possible lorsqu'il n'y a pas de risque de confusion. Comment cela est-il possible ?

Par exemple, les marques Mont-blanc (stylo et crème dessert) cohabitent en toute légalité, mais il n'existe qu'un seul nom de domaine en « .fr ». C'est le principe de premier arrivé, un seul servit! On peut se partager une marque, mais il n'y a qu'un seul nom de domaine, c'est là tout le problème qui peut créer des risques juridiques.

Comment déposer une marque? D'abord, on dépose la marque à l'INPI (Institut National de la Propriété Industrielle), 250 € pour 10 ans renouvelable, avec le choix de 3 classes de produits ou de services. En remplissant le formulaire, on vous demande de choisir au moins 3 « classes » de produits ou services parmi 80 afin de préciser dans quel secteur sera appliqué la marque commerciale. C'est ce qu'on appelle le principe de spécialité: la classe détermine le domaine d'application de la marque pour éviter la confusion. La coexistence entre des marques portant le même nom est possible. Pour les sites web, il faut choisir la classe 38 pour les télécommunications pour protéger le nom de domaine, et les deux autres classes protégeront le type de contenu proposé. Si la classe 38 n'est pas choisie, il n'y a pas de protection du nom de domaine (TGI Paris, 27/07/2000, référé, Market Call contre MilleMercis).

Ainsi, la stratégie sera de déposer la marque commerciale correspondant au nom de domaine afin de garantir une grande protection et d'éviter ainsi qu'une autre personne réclame votre nom de domaine. En lisant la suite, vous allez comprendre le pouvoir de la marque commerciale sur un nom de domaine.

Utilisation du nom de domaine pour des activités connexes en zone.fr et zone.com :

Si la marque est enregistrée avec un numéro de classe précis (classe 38), une autre société ne peut pas déposer le nom de domaine avec le même nom de marque.

Exemple: TGI Paris, 25/06/2002, référé, 3D Soft contre Microsoft et Carpoint Inc. 3D Soft a déposé la marque « carview » en France. Plus tard, Microsoft a déposé les noms de domaines « carview.com » et « carview.fr ». Puis Carpoint inc. et Microsoft ont saisi le juge pour annulation de la marque « carview » déposée par 3D Soft. Le juge a rejeté cette demande et a en plus condamné les deux sociétés américaines à transférer à 3D Soft les noms de domaines !

L'enregistrement d'un nom de domaine et la contrefaçon :

La réservation d'un nom de domaine en soi, sans utilisation réelle de ce nom de domaine, ne constitue pas un acte de contrefaçon (C. Cass. 2005). Il y a contrefaçon s'il y a reproduction de signes imitant le modèle de la marque ou objets similaires à ce qui a été enregistré.

Une marque n'est valable que si sa spécialité est précisée (la « classe »). En dehors de la classe choisie, la protection n'est pas accordée. Donc, lors du dépôt d'une nouvelle marque, il faut prévoir la classe 38 (Télécommunications, Communication par terminaux d'ordinateurs) pour protéger son nom de domaine et son site web.

Mais, la Cour d'Appel de Rennes (10 oct. 2006) dit que: « 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 pour l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public ». Cette jurisprudence remet en cause le principe de spécialité en y ajoutant une nouvelle condition. Le juge français affaiblit la protection de la marque à la classe 38 si une marque plus récente décide de concurrencer, en offrant un service similaire, une autre marque plus ancienne qui n'est pas inscrite à la classe 38. Mais on peut penser qu'il s'agit d'une appréciation au cas par cas par le juge, et que ce n'est pas une règle absolue.

Sanctions pénales pour la contrefaçon: 150.000 € (750.000 € pour les entreprises) et 2 ans

de prison (art. L 335-1 et s., L 716-9 et s. du Code Propriété Intellectuelle).

B- Appréciation de la contrefaçon de marque par un nom de domaine :

Les différences entre marques et noms de domaines ne suffisent pas pour écarter la contrefaçon si le service proposé est similaire, c'est-à-dire s'il y a un risque de **confusion**.

TGI Draguignan, 21/08/97, Saint-Tropez contre Eurovirtuel : « la contrefaçon se définit comme la reproduction à l'identique ou quasi identique de la marque d'autrui et qu'elle se distingue de l'imitation frauduleuse qui permet, sans reproduire la marque d'autrui, de s'en rapprocher suffisamment pour entraîner des confusions ; qu'une différence de détail qui n'empêche pas la similitude visuelle ou phonétique ne suffit pas à faire échapper son auteur au grief de contrefaçon. »

Ainsi, vous croyez qu'il suffit de changer un détail pour dire que c'est différent; c'est tout le contraire! L'appréciation de la contrefaçon se remarque par les **ressemblances** et non par les **différences**. Il doit y avoir plus de différences que de ressemblances. Par exemple: le nom google.com est une contrefaçon de google.com, retirer une lettre ne suffit pas. Le risque de confusion est le critère qu'utilise le juge pour apprécier une contrefaçon et s'il y a plus de ressemblances que de différences, le juge estimera que le risque de confusion est réel. Il ne s'agit pas d'un critère qui se mesure par les mathématiques, c'est la simple opinion de la personne du juge qui est le seul facteur de mesure. On est donc dans un domaine subjectif où il faut être prudent pour éviter un risque de sanction.

Marques renommées et attribution frauduleuse d'un nom de domaine :

Les marques renommées ont une protection internationale spéciale. La protection s'étend au-delà du principe de spécialité, elles bénéficient d'une protection générale. Ces marques sont connues du grand public soit au niveau national ou international. De plus, elles sont protégées par le traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.

Par exemple, Porsche a déposé plainte contre 138 sites web exploitant sa marque. Les exploitations de la marque n'étaient pas forcément commerciales, car les services allaient du site pornographique à l'amicale des amateurs de Porsche 911 et 944. La protection de cette marque renommée va au-delà de la classe du dépôt. Une marque non renommée (donc moins connues) ne dispose pas d'une telle protection.

Qui décide que la marque est « renommée » ou non ? C'est le juge qui le décide seul.

C- Le cybersquatteur :

L'enregistrement du nom de domaine par une entreprise de bonne foi ne la transforme pas en cybersquatteur. Il y a aussi des sociétés qui gèrent les noms de domaines pour le compte d'autres.

L'enregistrement frauduleux :

La réservation du nom de domaine doit être faite dans une perspective illicite : la cession contre de l'argent. Et cette réservation est faite à l'initiative d'une personne qui n'a pas le droit de la faire.

Par exemple: TGI de Versailles 21 Juin 2007, affaire de typosquattage des 3 Suisses. Les juges ont ordonné à l'AFNIC (organisme chargé du dépôt des .fr) de lever l'anonymat sur 26 noms de domaines « typosquattant » la marque *Les 3 Suisses* comme trois-suisses.fr, trois-suisses.fr ou letrouissuisses.fr. Les auteurs de ces dépôts ont été poursuivis.

Les sanctions pénales :

Le cybersquatteur s'expose aux sanctions suivantes:

L 312-1 Code Pénal : « L'extorsion est le fait d'obtenir par violence, menace de violences, ou contrainte, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise des fonds, de valeurs ou de biens quelconques. » (7 ans de prison et 100.000 €). Si ce n'est pas l'extorsion, on peut aussi poursuivre pour chantage : L 312-10 Code Pénal (5 ans et 75.000 €).

Demandes formulées par deux titulaires légitimes de marques identiques :

C'est le principe du premier arrivé, un seul servi. Il n'y a qu'un seul .com et .fr, d'où le risque d'avoir un procès bien que les deux personnes aient le droit de déposer le même nom de domaine.

La réservation d'un nom de domaine comme marque :

L'enregistrement d'un nom de domaine ne donne aucun droit, il ne donne aucune protection, donc celui qui l'exploite n'est pas à l'abri d'une action en justice d'un autre déposant de bonne foi. C'est pourquoi il faut déposer le nom de domaine comme marque commerciale à l'Institut National de la Propriété Industrielle et exploiter son site web.

L'utilisation d'un nom de domaine enregistré avant le dépôt d'une marque n'est pas une contrefaçon :

Le premier qui dépose la marque commerciale prime sur celui qui enregistre le nom de domaine s'il s'agit de produits et services similaires. La première marque enregistrée prime sur celle venue après. C'est bien la marque qui protège, c'est là qu'il faut être le premier.

Déchéance pour défaut d'exploitation d'une marque et enregistrement d'un nom de domaine : Attention, cela est très risqué. Si une personne a déposé une marque mais ne l'a jamais utilisé (il faudra le prouver), vous pouvez utiliser cette marque comme nom de domaine. Cela n'est pas possible si la marque est classée comme service télématique (classe 38). Mais c'est possible si la marque n'est pas utilisée depuis plusieurs années (au moins 5 ou 6 ans) ou jamais utilisée donc inconnue du public, et que le nom de domaine déposé est identique à la marque.

EN CONCLUSION:

Enregistrer un nom de domaine ne donne aucun droit et aucune protection. L'importe qui peut réclamer votre nom de domaine. Déposer le nom de domaine comme marque dans la classe 38 lui donne une bonne protection, sauf si quelqu'un enregistre un nom de domaine similaire et l'exploite dans un site web offrant un service différent (cette tolérance est admise au cas par cas, ce n'est donc pas une règle absolue).

D- Conflits entre signes distinctifs et noms de domaines :

Il survient si absence de dépôt d'une marque commerciale.

Conflits entre dénomination sociale et nom de domaine :

La dénomination sociale est par exemple le nom d'une société, ce nom n'est pas une marque commerciale. L 711-4 CPI « ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment (...) à une dénomination ou raison sociale, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ». Le mot important est « risque de confusion dans l'esprit du public ». C'est le juge qui apprécie cela. Il faut souligner aussi l'existence d'une notoriété nationale et internationale comme pour les marques de renommées vues plus haut.

On a vu les principes généraux, voyons un exemple de dépôt de nom de domaine qui prête à

confusion, voire au parasitisme:

Quand on tape www.whitehouse.gov, on arrive sur le site officiel de la Maison Blanche américaine:



En changeant le .gov en .com, on arrivait à un site qui va vous faire aimer la politique...



Ce qui semble permis aux USA n'est pas autorisé en France ni en Europe. Il y a manifestement volonté de parasitisme en profitant d'une erreur de l'internaute, de profiter de la notoriété d'un nom connu pour attirer les internautes vers un site qu'ils ne voulaient pas visiter (profitant d'une confusion dans l'esprit du public). Ce parasitisme a duré 7 années depuis 1998. Depuis 2006, le site n'existe plus, il a été remplacé par un site d'actualité indépendant du site gouvernemental. Nous verrons qu'en France et en Europe, ce type de dépôt n'est pas accepté.

E- Conflits entre noms commerciaux et noms de domaines :

Le nom commercial est le nom sous lequel est connu et exploité un établissement commercial (par ex.: Peugeot est un nom commercial, alors que sa dénomination sociale est PSA). On ne peut pas utiliser le même nom dans le même cadre concurrentiel.

Conflits entre nom géographique et nom de domaine :

L 711-4 CPI « ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment (...) au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale ». Une collectivité territoriale est le nom d'une ville, agglomération, département, région. Voir l'affaire Saint-Tropez (TGI Draguignan 21/08/1997, St Tropez contre Eurovirtuel).

Mais, la Cour de Cassation (1/02/2001) a estimé qu'il n'existait aucun risque de confusion

entre le site privé « El@ncourt, bienvenue à El@ncourt » et le site officiel de cette commune des Yvelines. Selon la Cour de Cassation, il n'y a pas contrefaçon de la marque déposée par la mairie. L'accès au site par l'adresse www.chez.com/elancourt/index.htm n'induit aucun risque de confusion avec le site de la mairie dans l'esprit du public. Les internautes sont, de plus, informés qu'il s'agit d'un « site non officiel » et « indépendant de la Mairie » (voir <http://proces.lofficial.com>).

Conflits entre œuvres protégées et noms de domaines :

Les titres des œuvres (film, disque, livre, etc.) sont protégés par le droit d'auteur. On ne peut pas déposer un nom de domaine si on n'est pas le propriétaire ou l'auteur.

F- Le Système de règlement des conflits :

Le problème des conflits des noms de domaines et que les protagonistes sont souvent de nationalités très différentes. Un procès dans un pays étranger est long et coûte très cher. Heureusement, il existe un arbitrage international pour régler ces conflits.

Le Centre de Médiation et d'Arbitrage de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) est institué depuis 1997. L'arbitrage suppose l'accord des parties, le règlement peut se faire en ligne, pas besoin d'avocat, la procédure ne coûte pas cher. Le règlement ne se substitue pas à la justice d'un État (difficile d'application s'il faut l'appliquer dans un autre pays), mais elle est efficace.
<http://arbiter.wipo.int/domains/index-fr.html>

Son efficacité repose sur l'adhésion du Registrar à la convention d'arbitrage de l'OMPI qui aura l'obligation d'obéir aux décisions arbitrales. Avant de déposer un nom de domaine, il faudra vérifier que la société qui enregistre les noms de domaines adhère à la convention d'arbitrage de l'OMPI. La grande majorité des Registrars sont adhérents et appliquent ces décisions.

Pour rendre ses décisions l'OMPI utilise trois critères, il faut que :

1. le nom de domaine soit identique ou semblable au point de prêter à confusion à une marque de produits ou de services sur laquelle le requérant a des droits,
2. le détenteur du nom de domaine n'ait aucun droit sur le nom de domaine ni aucun intérêt légitime qui s'y attache et
3. le nom de domaine enregistré soit utilisé de mauvaise foi.

La procédure est efficace et rapide pour un exemple type de cybersquattage :

Le 11 avril 2005, le coréen Hyun-Jun Shin déposa le nom de domaine « neufcegetel.com » alors que Neuf Télécom et Cégétel finalisaient leur rapprochement. Entre-temps, le nouveau groupe « Neuf Cégétel » s'aperçoit que le nom de domaine n'est plus libre. Le 24 octobre 2005, ils portent plainte devant le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI en revendiquant la propriété du nom de domaine par les dépôts des marques Neuf et Cégétel. De son côté en Corée, le jeune homme pensait bien gagner un peu d'argent. En effet, celui-ci a réclamé au groupe Neuf Cégétel la somme d'un million de dollars pour procéder au transfert du nom de domaine. « Un prix raisonnable », aurait-il dit lors de sa prise de contact avec le groupe télécoms. Pour l'organisme d'arbitrage de l'OMPI, il est évident que le nom de domaine a été déposé et exploité de mauvaise foi. En conséquence, dans une décision en date du 21 décembre 2005, l'organisme d'arbitrage de l'OMPI a demandé que le nom de domaine « neufcegetel.com » soit cédé au groupe télécoms français.

G- EN CONCLUSION, éviter les litiges :

Le dépôt du nom de domaine ne donne AUCUN droit à son titulaire. Il faut donc se protéger contre toute demande de transfert. Pour cela :

1. Avant de déposer un nom de domaine, on vérifie qu'il n'est pas déjà déposé (ou un

nom similaire), en interrogeant une base Whois (voir www.gandi.net).

2. Enregistrer les noms de domaines comme marque commerciale à l'INPI (en choisissant la classe n° 38); dépôts des marques dans les principaux pays (l'INPI peut faire un dépôt international, www.inpi.fr) ; faire une recherche d'antériorité pour éviter toute similitude (voir www.societe.com). Pour avoir des détails sur le numéro de classe et autres informations précises, il faut payer cette recherche.

3 Droit d'auteur sur Internet

Ce chapitre est le plus important de tous, car il concerne l'un des problèmes les plus importants dans la création et l'hébergement d'un site internet. Le droit d'auteur est très strict et très sévère. Il est l'un des rares droits qui n'acceptent quasiment aucune interprétation des juges, son application est stricte. Le droit d'auteur est régi par des traités et conventions internationales et tous les pays parlent le même langage. C'est donc un droit qui s'applique avec la même force dans le monde entier dans les mêmes conditions.

Le droit d'auteur est un droit de propriété qui appartient au créateur d'une œuvre. Il a tous les droits pour vendre, exploiter et diffuser son œuvre même sans dépôt préalable auprès d'un organisme officiel. Ces règles vont s'appliquer à chaque étape de la création d'un site. Tout d'abord, regardons ce qui concerne le droit d'utiliser et de reproduire une « œuvre de l'esprit » qui est une création intellectuelle, mais pas une œuvre d'art pour autant !

A- Droit de reproduction :

L 122-3 CPI « la reproduction consiste en la fixation matérielle de l'œuvre en vue de la communiquer au public d'une manière indirecte. » ; Depuis 1997, le juge applique cet article à internet (affaire Queneau, TGI Paris 5/05/1997): « toute reproduction par numérisation d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur, susceptible d'être mise à la disposition de personnes connectées au réseau Internet, doit être autorisée expressément par les titulaires ou cessionnaires de droits ».

L'autorisation doit se faire par contrat. Si ce n'est pas prévu au contrat, on n'a pas le droit de l'utiliser. En effet, on exige un accord écrit, les paroles, les promesses ne suffisent pas. Il n'y a pas de présomption, pas de flou. S'il n'y a pas d'acte écrit, alors il n'y a pas d'autorisation.

Les exceptions liées à l'exploitation privée :

Vous êtes autorisé à faire (L 122-5 2° du CPI) « les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ». L 122-5 1° « les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille » se font librement. On a aussi le droit de faire de courtes citations et une analyse de l'œuvre.

B- La durée de la protection et le domaine public :

Les œuvres littéraires et artistiques disposent d'un délai de protection d'environ 70 ans après la mort de l'auteur (dans les pays de l'UE, USA, ...), et au minimum 50 ans après la mort de l'auteur dans d'autres pays (ce minimum est fixé par un traité international qu'appliquent les pays signataires).

En ce qui concerne les droits « voisins » du droit d'auteur, ils sont protégés pendant 50 ans à compter du 1er janvier suivant celle de l'interprétation pour les artistes-interprètes, de la première fixation d'une séquence de son ou d'images animées pour les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, de la première communication au public des programmes pour les organismes de radiodiffusion.

Les œuvres tombées dans le domaine public sont celles dont le délai de protection est venu à expiration et qui peuvent, de ce fait, être reproduites ou représentées librement sous réserve du respect du droit moral de l'auteur (c'est-à-dire ne pas prétendre qu'on en est l'auteur).

Par exemple, pour la musique classique: en 2009, sont dans le domaine public les œuvres composées par un artiste mort avant 1939 et interprétées - enregistrées avant 1959. On peut ainsi utiliser librement sans aucune autorisation ces œuvres, et même d'en faire commerce. En 1959, l'enregistrement stéréo commence à peine à être utilisé. Le catalogue des œuvres qui sont intégralement dans le domaine public (musique + interprétation) est encore petit.

Les personnages créés par Walt Disney, comme Mickey, seront dans le domaine public en 2036.

C- Les atteintes à l'œuvre :

C'est simple: toutes modifications de l'œuvre sont INTERDITES.

C'est clair et net. Vous n'avez le droit à rien si vous n'êtes ni le propriétaire de l'œuvre, ni possesseur d'un droit d'exploitation (d'utilisation) de cette œuvre.

Il ne suffit pas de modifier une œuvre pour ensuite en être l'auteur. Le juge va regarder quelles sont *les ressemblances et les différences*. Si l'œuvre originale est parfaitement reconnaissable, il faut une autorisation. Et pour avoir une autorisation, il faut un contrat.

Ainsi, vous croyez qu'il suffit de changer un détail pour dire que c'est différent; c'est tout le contraire. L'appréciation de la contrefaçon se remarque par **les ressemblances** et non par les différences. Il doit y avoir plus de différences que de ressemblances. Nous avons vu cela quand les noms de domaine étaient une contrefaçon d'une marque commerciale. C'est le même principe.

D- Le droit d'auteur et les contrats, l'exploitation et la ré-exploitation des œuvres :

Vous devez vérifier que vous avez la propriété ou l'autorisation de ce que vous voulez exploiter.

Salariat et cession de droits :

Attention, cette partie est très importante et très lourde de conséquences.

Quand le salarié est un auteur (graphiste, designer, codeur, rédacteur, pigiste), l'employeur doit respecter ses droits d'auteur. L'existence d'un contrat de travail conclut par l'auteur d'une œuvre de l'esprit et son employeur ne l'empêche pas de jouir de ses droits d'auteur. Ce n'est pas parce que l'employeur paye son salarié que son travail en tant qu'auteur appartient à la société. C'est tout le contraire, bien qu'il reçoive un salaire, le salarié est toujours propriétaire de l'œuvre ou du bout d'œuvre créé pour le site web. Pour que l'entreprise devienne propriétaire de l'œuvre créée par le salarié, elle doit signer avec lui un accord de cession de propriété. Cet accord de transmission est soumis à des conditions strictes: l'accord doit être délimité dans son étendue (description de l'œuvre cédée) et sa destination (pour un site web, un vidéo, etc.), quant au lieu (Europe, le monde) et quant à sa durée (5, 10 ans ou jusqu'au domaine public, 70 ans après la mort de l'auteur).

Pour éviter la paperasserie, l'employeur voudra signer un accord général sur la durée du contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée. Il n'en est rien. Ce type d'accord n'a aucune valeur !

La prévision d'une cession automatique de droits de propriété littéraire et artistique au fur et à mesure d'éventuels travaux est interdite. On ne peut pas donner son accord de transmettre des œuvres qui n'ont pas été créées (les œuvres futures), on ne peut transmettre que les œuvres existantes. Le juge interprète strictement ce principe.

EN CONCLUSION:

Ainsi, l'employeur doit signer au cas par cas (jamais globalement) avec les créateurs du site une autorisation de transmission complète de leurs droits d'auteur à l'employeur afin d'exploiter et de revendre le site au client.

Par exemple, le salarié signe un ordre de travaux décrivant le site Web à créer. On peut y trouver la mention suivante : « Le droit de propriété attaché à l'œuvre décrite sur ce document est cédé à partir de la date de signature du salarié. La Société, nouveau propriétaire, est ainsi libre de tout droit d'exploitation et de reproduction de l'œuvre. » (cession de propriété) Ou « Tout droit de reproduction et d'exploitation pour impression papier, support électronique, affichage papier et électronique, réseau internet, réseau téléphone mobile, réseau de télévision, support sur disque et carte mémoire cédés pour le monde et pour la durée légale de protection du droit d'auteur, sont cédés à la Société par le salarié signataire, à partir de la date de signature du présent document décrivant l'œuvre. » (cession d'exploitation à la Société, mais le créateur salarié reste propriétaire).

Il y a une grande différence entre cession de propriété et cession d'exploitation où l'auteur reste propriétaire. C'est la même chose avec une voiture, on la vend (cession de propriété) ou on la loue (cession d'exploitation). L'œuvre créée fait partie du patrimoine, qu'on gère de la même manière.

La qualification d'œuvre collective :

La précédente section expliquait que le salarié – auteur est propriétaire de l'œuvre qu'il a créée dans le cadre de son travail, et que son employeur devait signer un acte pour transmettre la propriété de l'œuvre à la société. Ce droit n'est valable qu'à la condition qu'on identifie bien l'auteur de l'œuvre, car on sait qui a travaillé sur les graphismes, la mise en page, la rédaction, le codage du site. Mais que se passe-t-il quand plusieurs personnes travaillent sur un même élément, code, texte, image, si bien qu'il n'est pas possible de dire exactement qui a fait quoi ; par exemple quand 2 ou 3 codeurs ont travaillé ensemble en même temps sur le code du site. Dans ce cas, l'œuvre est qualifiée « d'œuvre collective » et, à la différence de tout à l'heure, *c'est l'employeur qui est propriétaire de l'œuvre !* Il est donc inutile de signer un acte de transmission à chaque fois.

Ces deux articles suivants du Code précise la définition de l'œuvre collective. le Code de la Propriété Intellectuelle (CPI) L 113-5 CPI dit: « la personne morale qui divulgue et exploite sous son nom l'œuvre collective est présumée, à l'égard des tiers contrefacteurs, être titulaire sur cette œuvre du droit de propriété incorporelle. »

L 113-2 al. 3 CPI « créés 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 participants 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. »

EN CONCLUSION:

Pour acquérir des droits d'exploitation d'une œuvre pour un site web et internet :

Le juge fait une interprétation stricte en faveur de l'auteur ; L 122-7 CPI « lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés (droit de reproduction et droit de représentation), la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat. » Une clause de transmission générale n'est pas valable. Il faut préciser les domaines, par exemple le livre,

CD-ROM, internet, TV, téléphone mobile, cartes mémoire... Il existe la jurisprudence des journalistes à propos de l'exploitation des reportages TV sur internet ou de la publication sur le site web d'articles publiés dans la version papier du journal. Les journalistes sont auteurs de leurs articles. Ils vendent leurs articles à un journal. Au début d'internet, plusieurs journaux ont été condamnés pour avoir reproduit les articles dans leurs sites web officiels. En effet, les journalistes avaient cédé leurs droits pour une publication écrite, mais pas signé pour une republication sur le site web du même journal, pourtant extension légitime du support papier. Même chose avec les journalistes qui ont fait des reportages TV rediffusés sur le site web des chaînes. Si on donne un droit d'exploitation d'une œuvre (mais on reste propriétaire), il faut donc préciser son utilisation.

La mention des droits cédés doit figurer au contrat, une clause générale n'est pas valable, ainsi que la cession globale des œuvres futures qui n'existent pas encore. Le territoire, la durée et la rémunération doivent être précisés.

Le juge est très protecteur des droits d'auteur et de la rémunération sur l'exploitation des œuvres.

E- Les marques sur Internet :

Ce problème est différent du conflit entre marque et nom de domaine. Il s'agit ici de marques exploitées dans un site Web.

Principe : les revendeurs et commerçants du produit marqué bénéficient d'une liberté de reproduction. L'usage non commercial et simplement informatif d'une marque ne peut s'analyser comme une reproduction interdite.

Les utilisations de la marque sur Internet pouvant être qualifiées d'illégitimes :

La reproduction ; elle est interdite si la marque est vendue dans un réseau de distribution sélective, comme de nombreuses marques de luxe.

L'utilisation de la marque sans commercialisation est normalement interdite. L'usage d'un produit d'appel marqué qui ne serait pas ou pas suffisamment distribué est sanctionné. On ne peut pas utiliser une marque qu'on ne vend pas sur une publicité, un magasin, un site web, car cela tromperait le consommateur. Attirer le consommateur par une marque que vous n'avez pas, ou presque pas, est interdit.

4 Le site et la page Web :

La page Web est une œuvre collective. L 113-5 Code de propriété intellectuelle (CPI), voir Cybion contre Qualisteam, TC Paris, 1ere Ch., 9/02/1998: « la création originale d'une présentation d'offres de services sur un site internet donne droit à la protection sur le droit d'auteur ». La page est une œuvre de l'esprit qui bénéficie du droit d'auteur. Ce point sera largement étudié dans le chapitre 8 sur le droit d'auteur.

Protection indirecte de la page Web :

Les œuvres insérées dans la page Web sont protégées, quelle que soit la numérisation. Ce n'est pas la page en tant qu'entité propre qui est protégée, mais ses composantes. (Voir le chapitre 8 pour une présentation approfondie).

Le script est protégé aussi par le droit d'auteur L 112-2-13 CPI. C'est pourquoi, si vous utilisez un code javascript par exemple, vous devez citer le créateur s'il l'exige dans les commentaires du script. Vous ne pouvez pas « emprunter » un script sans le consentement de l'auteur. Certains logiciels (comme Dreamweaver) créent leur propre code, plus compliqué que

s'il avait été codé à la main, afin d'être sûr qu'il n'est pas en contrefaçon d'un code écrit par un développeur indépendant.

Hypertexte et contrefaçon :

Un lien vers un site peut dégénérer en contrefaçon s'il y a reproduction illicite du contenu (in-lining et in-framing). Le lien n'est qu'une pure donnée, une référence vers un document qui lui est protégé.

Or, les liens hypertextes vers des fichiers ou documents contrefaisant des œuvres protégées peuvent entraîner la responsabilité pénale de leur auteur. Mettre un lien direct pour télécharger un fichier midi ou mp3 dont on n'est pas l'auteur est considéré comme de la contrefaçon (Trib. Correctionnel Épinal 24/10/2001, fichiers MP3; TGI Paris, 23/05/2001, fichiers midi). Mais faire un annuaire des sites web qui, eux, proposent de télécharger ces fichiers, n'est pas une contrefaçon.

Les Meta tags :

Utiliser des mots dans les métatags pour le référencement, alors qu'ils sont protégés par la propriété intellectuelle et industrielle peut poser problème. L'utilisation d'une marque protégée a ainsi été qualifiée d'acte de contrefaçon (TGI Paris 4/08/1997), de concurrence déloyale (agissement parasitaire). Plusieurs décisions américaines vont dans ce sens. Les marques, les œuvres protégées par le droit d'auteur (titre, personnage, etc.), le nom d'une société, nom patronymique sont protégés.

La publicité dans les moteurs de recherche:

Google, Overture et d'autres sites web affichent de la publicité en fonction des mots-clés recherchés dans leur moteur de recherche. Les annonceurs payent ces mots-clés afin que leurs annonces s'affichent dans la page de résultats de la recherche. Comme pour les Meta tags, il est strictement interdit d'acheter de mots-clés dont vous n'avez pas les droits. Par exemple, le magasin en ligne d'informatique Médiacash a porté plainte en 2007 contre l'Apple Store. Lors d'une recherche sur le terme « Mediacash » dans Google, l'Apple Store apparaissait en première position dans la liste des liens sponsorisés AdWords. Ceci est de la contrefaçon de marque commerciale. A l'inverse, en 2003, Apple avait attaqué Médiacash pour avoir acheté sur Google les mots-clés « Macintosh », « PowerMac », « iMac », etc.

5 Droits relatifs à la création d'un site Web

Voyons dans un premier temps quelles sont les clauses particulières qu'il faudrait trouver dans un contrat de création de site web, au risque d'avoir des ennuis. Ensuite, nous développerons les obligations de l'hébergeur et de l'hébergé avec toutes les mentions obligatoires à apposer sur un site web.

A- Les contrats relatifs à la création et à la conception d'un site :

Conception, création de site :

Ce contrat s'appelle dans le langage juridique un contrat d'entreprise (c'est-à-dire une proposition de travaux et un prix pour l'exécution de ces travaux). On peut y trouver une clause de confidentialité qui protégera les informations sensibles transmises à l'entreprise. Il peut y avoir une clause d'exclusivité (pour éviter au concepteur de reprendre le même concept et l'appliquer à un autre site).

Mais le point le plus important et le plus délicat est le suivant: au-delà de l'aspect technique, le

site est une œuvre protégée par le droit d'auteur. Cette notion est amplement développée au Chapitre 8. Il est nécessaire de faire une cession de propriété intellectuelle :

=> Le contrat de réalisation du site doit impliquer son autorisation à l'exploiter.

Exemple de clause de cession de propriété: « Le droit de propriété attaché à l'œuvre décrite sur ce document (le contrat) est cédé à partir de la date de paiement de la facture. La Société X, nouveau propriétaire est ainsi libre de tout droit d'exploitation et de reproduction de l'œuvre. »

Il est fortement conseillé d'inclure cette mention au contrat (les raisons sont expliquées ci-après).

Le concepteur et ses salariés :

Le droit des salariés sur la création d'un site web est une problématique au mieux sous-estimée, voire totalement ignorée. C'est plus qu'une problématique, on peut même parler de « bombe dormante ». L'article L 111-1 al.3 du Code de la Propriété Intellectuelle précise que les salariés sont titulaires des droits sur les œuvres créées. Cela veut dire quand lorsque le salarié crée une image, un texte, un script, une mise en page, cette œuvre lui appartient. Qu'importe qu'il soit salarié, donc, agissant sur ordre de son employeur, et payé pour cela, ce qu'a créé le salarié lui appartient. Le paiement ne transfère pas la propriété de l'œuvre créée. Pour éviter des conflits, les salariés doivent céder à chaque fois leurs droits à leur employeur à titre gratuit ou onéreux. (Voir chapitre 8 -D, pour plus de précisions)

Le site devrait être qualifié d'œuvre collective (créé par plusieurs personnes travaillant sur la même œuvre) et la société pourra céder ses droits aux clients (avec la clause écrite ci-dessus). Sinon, le client qui a payé pour un site web n'en sera pas propriétaire !

Le salarié ne devra pas plagier une œuvre ou un modèle existant (son employeur en est responsable). Il devra toujours avoir une autorisation écrite pour exploiter une œuvre qu'il n'a pas créée (musique, photos, vidéos, textes, ...).

Contrat de cession pour intégrer une création dans un site :

La mention des droits cédés doit être expresse, doit respecter la prohibition de la cession globale des œuvres futures (on ne peut céder que l'œuvre qu'on vient de créer, on n'a pas le droit de céder une œuvre qui n'existe pas, qui n'a pas encore été créée) et l'auteur doit accepter les nécessaires aménagements ou adaptations de son œuvre dans le site.

EN CONCLUSION:

Le contrat de création de site doit comporter des mentions de cession des droits d'auteur en plus de la simple description du travail et de son prix. Sinon, cela aura pour conséquence que le client aura payé un site Web, mais n'en sera pas le propriétaire et n'aura aucun droit sur son exploitation !

B- Les droits sur l'hébergement :

Ce contrat ne pose aucun problème particulier. Il doit préciser les services, les garanties et responsabilités en cas de problème. L'hébergeur a la nécessité de proposer un accès adapté en capacité de stockage et en débit, de mettre à la disposition du client une partie des ressources de ses machines et une capacité de traitement en temps machine.

Obligations de l'hébergeur :

L'hébergeur est un prestataire technique qui doit respecter toute une série d'obligations qui se sont accumulées au fil des lois et des règlements.

- obligation de fourniture d'une partie de l'espace disque,
- obligation de veille (pas de contrôle ou surveillance) de la moralité des hébergés et des droits des tiers,
- obligation de respecter la déontologie du Web (ensemble de règles et devoirs régissant la profession comme la netiquette),
- obligation de veiller au respect des lois par les hébergés, des règlements et des droits des tiers,
- obligation de faire cesser les atteintes aux droits des tiers,
- obligation de respecter les lois sur la conservation et la sécurité des données,
- obligation de conservation de tous les logs de connexion et d'accès pendant 1 an.

En tant que prestataire technique, l'hébergeur a des obligations à respecter si le site qu'il héberge est en violation avec la loi.

Depuis la loi pour la Confiance en l'Économie Numérique (loi n° 2004-575 du 21 juin 2004), les hébergeurs devront supprimer les sites internet pédophiles, négationnistes, racistes ou tout autre contenu illicite (contrefaçon, dénigrement, atteinte à la vie privée, concurrence déloyale, piratage, atteinte au droit d'auteur...). Les hébergeurs ne seraient pas responsables « 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 ont eu connaissance, ils ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ». Donc, n'importe qui peut dénoncer un contenu illicite et demander la fermeture du site. Mais le Conseil Constitutionnel (10 juin 2004) dit que l'information dénoncée comme illicite doit présenter « manifestement un tel caractère » ou si son retrait a été « ordonné par un juge ».

C'est aux hébergeurs d'estimer par eux-mêmes si tel ou tel propos est légal ou non. Le risque : que les hébergeurs, pour se couvrir et éviter d'être entraînés en justice, censurent un site Web à la moindre demande d'une personne ou d'une entreprise mise en cause. Mais le dispositif est contrebalancé par un délit de dénonciation abusive puni d'un an de prison et 15.000 € d'amende. L'objectif est d'agir vite alors que la justice agit trop lentement.

Des sites web sont considérés comme des hébergeurs : en 2007, le TGI de Paris a pris plusieurs décisions (MySpace du 22 juin 2007, Dailymotion du 13 juillet 2007, Vivastreet du 26 juillet 2007, Google Vidéo du 16 mai 2007 et du 19 octobre 2007, Wikipedia du 29 octobre 2007) jugeant que certains sites internet participatifs et certains forums bénéficient du statut d'hébergeur. Il faut remplir deux conditions: le nombre de participants doit être très important et le site web ne peut être contrôlé manuellement, il faut des modérateurs qui réagissent a posteriori dès que quelqu'un les prévient du caractère illicite d'un contenu. Attention, la loi ne prévoit pas le cas où un site web peut avoir le statut des hébergeurs, ce sont les juges qui prennent l'initiative en étendant le champ d'application de la loi LCEN par pragmatisme, sinon ces sites web seraient fermés tous les jours à cause d'une plainte !

Obligations et droits de l'hébergé :

Les obligations de l'hébergé, donc du site web proprement dit, sont les suivantes:

- obligation de respecter la charte du fournisseur d'hébergement et la netiquette, respecter la loi et les droits des tiers (droit d'auteur, moralité, etc.),
- payer le prix de l'hébergement,
- obligation de confidentialité des informations recueillies (sauf clause contraire),
- interdiction de sous-héberger ou de céder gratuitement ou à titre onéreux l'espace alloué (sauf clause contraire).

Le site Web est un support d'information accessible à un public indéterminé (tout le monde y accède librement) et tombe sous le coup de la loi du 29/07/1881 sur la liberté de la presse qui punit la diffamation et l'injure (art. 29).

L'injure est une expression visant une personne et qui manifeste un mépris ou une critique infondée. Ce qui est pris en compte, ce sont à la fois les mots prononcés et la manière dont ils ont été utilisés. (Art. 33 loi 29/07/1881 : 12.000 € d'amende)

La diffamation est lorsqu'on insinue que quelqu'un a fait quelque chose de mal alors que ce n'est pas vrai. (Art. 32 loi 29/07/1881 : 12.000 € d'amende)

Le webmestre est le « directeur de la publication » (Chap. IV loi 29/07/1881 sur la presse écrite et audiovisuelle). Il est responsable devant les tribunaux du contenu du site web. Si le site web est attaqué pour diffamation, injures, incitation à la commission de crimes et délits, diffusion d'actes d'accusation, etc., le « directeur de la publication » n'aura pas le droit d'obtenir l'aide juridictionnelle pour payer une partie des frais d'avocat. Or, l'avocat est obligatoire dans ces affaires. Sinon, il sera entendu comme simple témoin ! Et les conséquences sont graves : pas d'accès au dossier, pas de convocation à la séance, pas le droit de verser des pièces au dossier.

Art. 65 loi du 29/07/1881 : le délai pour engager une poursuite pénale est de 3 mois maximum à partir du moment où la réception par le public a été possible. Mais au-delà du délai des 3 mois, il est toujours possible d'être condamné à des dommages et intérêt. Donc, le « directeur de la publication » n'est jamais à l'abri.

Enfin, le webmestre doit faire la censure dans les forums et les commentaires des blogs qu'il anime et héberge.

Le droit de réponse en ligne :

Le webmestre a l'obligation de publier un droit de réponse (art. 13 loi du 29/07/1881) de toute personne nommée ou désignée sur une page web.

Un décret du 24/10/2007 en application de l'article 6 point IV de la LCEN (21/06/2004) précise la procédure à suivre:

- Le droit de réponse en ligne est reconnu « à toute personne nommée ou désignée dans un service de communication au public en ligne ».
- La personne ne doit rien justifier sauf sa volonté d'exercer ce droit de réponse. Nul besoin de démontrer l'existence d'un préjudice ou de contenus à caractère injurieux ou diffamatoire.
- Il peut aussi exercer son droit à demander la suppression du contenu litigieux ou sa correction.
- Le droit de réponse sur l'Internet est gratuit.
- Le délai est de trois mois à dater de la publication du contenu litigieux.
- L'article 6.IV de la LCEN renvoie à l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881, précisant ainsi que l'insertion de la réponse doit se faire à la même place et dans les mêmes caractères que le message critiqué.

L'article 1 du décret précise que le droit de réponse en ligne ne peut s'exercer lorsque « les utilisateurs sont en mesure, du fait de la nature du service de communication au public en ligne, de formuler directement les observations qu'appelle de leur part un message qui les met en cause ». Un commentaire ajouté au bas d'un article ou d'un blog, ou la réponse au message d'un forum de discussion n'a pas le même impact qu'une réponse insérée par l'éditeur lui-même et affichée comme un droit de réponse légal. Autre point bizarre, le décret stipule que la réponse devra « prendre la forme d'un écrit quelle que soit la nature du message auquel elle se rapporte ». Ces deux bizarreries vont poser des problèmes à l'avenir, car elles sont en contradiction avec ce qui suit.

Le décret met en place une procédure classique. La réponse sera mise à la disposition du public par le directeur de publication et ce, dans des conditions similaires à celle du message en cause et présentée comme résultant de l'exercice du droit de réponse. La réponse sera accessible durant la même période que celle pendant laquelle l'article ou le message qui la

fonde est mis à disposition du public par l'éditeur du service de communication au public en ligne.

EN CONCLUSION: Les mentions obligatoires

Les mentions légales obligatoires à inscrire sur le site, Article 43-9 et s. loi du 30/09/1986 modifié le 1/08/2000 et 21/06/2004:

Les professionnels doivent faire apparaître sur le site:

- leurs nom, prénom et domicile s'il s'agit d'une personne physique, ou,
- leur dénomination/raison sociale, siège social, RCS, APE, capital, numéro d'identification intracommunautaire s'il s'agit d'une personne morale (entreprises, association, administration),
- le nom du directeur de la publication et éventuellement celui du responsable de la rédaction, un téléphone et un e-mail valide.
- les coordonnées de l'hébergeur du site.
- le numéro de déclaration de la CNIL et le moyen d'accéder aux données personnelles stockées (procédure et adresse postale).
- conditions générales de ventes et utilisation de la langue française si vente en ligne.

Sanction : 1 an de prison et 75.000€ d'amende pour un particulier. 375.000 € et 5 ans d'interdiction d'exercer une activité pour un professionnel en société ou indépendant.

- les sites comme les journaux et certains blogs d'un niveau « professionnel » publiant un contenu rédactionnel mis à jour périodiquement et disposant d'une newsletter adressée périodiquement doivent se déclarer auprès du service "presse" du Procureur de la République conformément à l'article 7 de la loi du 29 Juillet 1881. Le site de publication périodique doit par ailleurs bénéficier d'un numéro ISSN conformément à l'article 1er de la loi du 20 juin 1992.

Les mentions facultatives à inscrire sur le site :

- conditions générales d'accès et d'utilisation du site (une page avertissement, avec mentions obligatoires sur la CNIL, acceptation des cookies, ...)
- conditions de reproduction et d'utilisation des éléments du site,
- conditions d'autorisation de liens hypertextes profonds,
- mention du créateur du site (dire qui en est l'auteur afin d'éviter d'éventuels litiges),
- mentions visant à établir la confiance.

6 Les logiciels et les brevets :

Comment protéger son logiciel, ou si vous avez développé un CMS, un script ?

Encore aujourd'hui, les logiciels sont exclus en Europe de la brevetabilité. On contourne cette disposition en ne déposant pas le logiciel (ses lignes de commandes), mais en faisant le dépôt d'un brevet revendiquant des procédés (les résultats d'une fonction et la manière d'y arriver). L'Office Européen des Brevets admet cette pratique à condition qu'ils produisent un effet technique (une efficacité sur le logiciel, l'OS ou le matériel piloté). L'OEB a déjà délivré plus de 30.000 brevets qui ne sont pas applicables en justice, car sans valeur juridique. Après une longue procédure qui a duré près de 3 ans, le Parlement européen a définitivement enterré le projet de Directive européenne sur le brevet logiciel le 6 juillet 2005. Pourtant, la délivrance de brevets logiciels en Europe n'est pas morte. Un autre projet intitulé « directive pour un brevet communautaire » est actuellement en discussion au Conseil, à la portée beaucoup plus large puisqu'il traite de tous les types de brevets.

Le code source non compilé du logiciel est protégé par le droit d'auteur, sous réserve de leur originalité (protection de 70 ans). L'auteur peut mettre sa « création de l'esprit » dans le domaine public. Personne ne peut en réclamer la propriété, tout le monde peut l'exploiter à volonté, et en faire de l'argent ou non (principe du logiciel libre, les licences GNU, GPL, BSD, etc.). Le droit d'auteur permet de protéger un programme spécifique, mais pas l'algorithme ou le principe original du programme. Par ailleurs, l'article L 113-9 CPI dispose que « 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 ». Le logiciel est une « œuvre collective », c'est l'employeur qui possède les droits.

Le bénéfice de la protection du droit d'auteur est facile à obtenir, mais elle est tout aussi facilement contournable (en récrivant le code source) alors que la protection par brevet est plus souple et large (mais ne protège la technique que pour 20 années).

7 La base de données :

La loi du 1/07/1998 applique la directive européenne 96/9/CE sur la protection juridique des bases de données. Art. L 112-3 du code de la propriété industrielle (CPI): « 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 accessible par tout moyen électronique, ou par tout autre moyen. » Il y a deux droits distincts qui protègent la base de données: le droit d'auteur et le droit du producteur.

A- La protection par le droit d'auteur :

Le titulaire des droits:

Une base de données (BDD) compile plusieurs éléments (images, texte, vidéo, son, etc.) qui sont tous protégés par le droit d'auteur. L'auteur doit expressément donner l'autorisation de céder le droit exclusif qu'il a sur son œuvre pour son utilisation dans une BDD (art. L 111-1 et 121-1 du CPI).

Cependant, une personne morale (entreprise, association, administration) ne bénéficie pas de cette protection. Pour cela, l'œuvre qu'elle transmet doit avoir le statut d'œuvre collective, pour ainsi avoir le droit de la céder.

La protection de la forme:

Une base de données est une œuvre protégeable au titre du droit d'auteur: Art. L 112-3 du CPI: « Les auteurs (...) de recueil 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. »

Pour être protégée par le droit d'auteur, la BDD doit être originale. Elle est originale « lorsqu'elle comporte un apport intellectuel caractérisant une création originale, laquelle exclut la reprise d'éléments du domaine public, s'apprécie au regard du plan, de la composition, de la forme, de la structure, du langage et, plus généralement de l'expression de l'œuvre en cause et exige de son auteur la preuve d'un effort personnalisé dépassant la mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante dans la conception et l'écriture du programme » (CA Paris, 4e Ch., 15/01/1997). Aussi, une pure compilation de données n'est pas protégeable, mais l'outil d'interrogation peut être protégé, vous devez créer votre propre moteur de BDD.

Votre moteur de BDD sera original dans sa conception. Une simple utilisation des commandes standards PHP ou ruby pour interroger une base MySQL ne suffit pas pour être protégé par le droit d'auteur.

Art. L 335-3 du CPI dispose que « toute reproduction, représentation ou diffusion totale ou partielle constitue un délit de contrefaçon ». Avec quelques exceptions à l'art. L 122-5 du CPI (copie de sauvegarde, courte citation, etc.).

Les utilisateurs ont un droit d'usage privé limité de la BDD. La durée de la protection est celle du droit d'auteur, art. L 123-3, 70 ans après la première publication ou dépôt légal (pour les auteurs anonymes, sous pseudonymes, ou œuvre collective).

Il y a donc une grande protection, mais la condition d'originalité est limitative. Elle s'applique à peu de cas. Par exemple, le logiciel GoogleEarth est une interface très originale d'accès à une base de données sur la Terre. En plus de la simple vue aérienne, il ajoute des informations pratiques, des photos, des commentaires qui font que la manière d'accéder à ces données est originale.

B- Le droit des producteurs :

Ce droit a vocation à protéger les investissements financiers, matériel et humain, des producteurs de BDD contre l'extraction ou la réutilisation du contenu (art. L 341-1 du CPI). Le producteur de la BDD dispose du droit d'exploitation, de représentation (communication au public par tout moyen) et de reproduction. Le producteur est responsable de l'information à laquelle il donne accès.

Une BDD non protégée par le droit d'auteur peut l'être par le droit spécifique des producteurs. Aucune condition de nouveauté ou d'originalité n'est demandée, mais c'est l'investissement financier qui est protégé. Voir art. L 341, 342 et 343 du CPI. Il peut interdire l'extraction, la réutilisation de tout ou partie de la BDD. La durée de la protection est de 15 ans renouvelables si la modification est substantielle.

Les sanctions pour contrefaçon sont 2 ans de prison et 150.000 € d'amende.

EN CONCLUSION: si le régime du droit d'auteur permet de protéger des éléments originaux du site Web, les lois sur les bases de données sont un moyen de protection efficace de l'architecture du site Web, sans référence à l'originalité. En effet, la plupart des sites utilisent du PHP MySQL, donc une base de données. Cette architecture peut donc être protégée pendant 15 ans.

8 L'offre de produits et de services

Ce chapitre présente toutes les règles qui régissent la vente par correspondance. Cela ne concerne pas directement le webmaster en tant que technicien, mais ces règles sont à connaître quand on conçoit des sites web. Il est utile de respecter une législation très stricte si vous mettez en place un site de e-commerce.

Vous connaissez la plupart de ces règles, car vous en bénéficiez en tant que consommateur. Maintenant, vous saurez sur quelles bases légales elles reposent, et les sanctions sont lourdes et sévères en cas de manquement.

La liberté du commerce est garantie par l'Union Européenne. Elle est consacrée à travers la

libre circulation des marchandises. C'est le but de la normalisation européenne afin qu'un même produit puisse circuler librement d'un pays à l'autre sans souffrir de différences dans les réglementations, les normes de contrôle qualité et la mise sur le marché. Ainsi, on peut tout vendre en Europe, un produit fabriqué en France selon les normes en vigueur pourra être vendu librement, sans contrainte dans un autre pays de l'Union Européenne.

Mais il y a des produits dont la vente est encadrée, on ne peut vendre ces produits librement sur le territoire national.

A- Les offres réglementées :

- Vente de voitures. C'est une exception à la libre circulation des marchandises en Europe à cause des nombreuses taxes et d'une législation complexe. Une voiture fabriquée en France, achetée dans un pays membre de l'Union Européenne et réimportée en France, doit faire l'objet d'une grande paperasserie administrative. Nous n'entrerons pas dans le détail. Cette barrière administrative en fait une «offre réglementée».

- Santé en ligne, monopole de la vente des médicaments exclusivement par les pharmaciens.

- La vente de la parapharmacie en ligne (produits esthétiques et au bien-être) est possible en dehors de l'officine. Mais les fabricants peuvent imposer la présence d'un pharmacien pour vendre le produit.

Déclaration préalable pour l'importation de produits cosmétique : L 658-1 à L 658-9 Code de la Santé Publique dispose que la fabrication, conditionnement, importation et vente sont subordonnés à une déclaration auprès de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé. On parle de simple déclaration, non d'autorisation.

- Monopole des opticiens. Interdiction de vente à distance de verres correcteurs et lentilles de contact.

- Vente de produits ayant un impact sur la santé : tabac et alcool. L 355-24 Code de la santé publique interdit la publicité. Pour faire du commerce, il faut faire de la publicité. Un arrêté ministériel encadre la vente, les enseignes, affichettes et étiquettes et le site doit s'y conformer (sauf pour le tabac, car monopole des débits de tabac).

- Les livres ; Loi du 10/08/1981 impose un prix unique du livre (+/- 5%). La réimportation des livres (article 1 al. 5 et 6) impose de pratiquer le prix français. On différencie le livre en papier de l'e-book par son taux de TVA (5.5% pour le livre papier, 19,6% pour le livre électronique).

- L'enseignement à distance est réglementé (loi 12/07/1971 et 23/06/1989). Une déclaration est nécessaire, la publicité et le démarchage sont interdits. Mais rien n'interdit de proposer cette offre depuis l'étranger.

- Les professions médicales ; l'information sur la santé est possible, la consultation en ligne par un non-médecin l'expose à une condamnation pour exercice illégal de la médecine.

- Les professions juridiques ; l'ordre des avocats autorise la présentation du cabinet avec CV des membres, leurs domaines d'intervention et des textes pertinents. La sollicitation et le démarchage sont interdits, ni proposition personnalisée de prestation, ni offre de services.

B- La présentation de l'offre en ligne :

Installer un logiciel de commerce électronique et remplir les rubriques, en mettant la description, la photo et le prix du produit sans rien connaître de la législation peut se révéler dangereux. Voici les règles à respecter quand on met un produit ou un service en vente:

Art. 2 loi 94-665 du 4/08/1994 impose la langue française dans l'offre, quel que soit le support technique employé (et aussi dans le mode d'emploi des objets vendus). Contravention de 4e classe: 750 € par infraction.

Les mentions obligatoires :

Mention d'identifiant de l'offrant. Article L 121-18 Code de la consommation dispose que le professionnel est tenu d'indiquer le nom de son entreprise, ses coordonnées téléphoniques, l'adresse du siège, l'adresse de l'établissement si elle est différente du siège.

L'obligation générale d'information avant le contrat :

Art. 1602 Code civil « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige ». L 213-1 code de la consommation punit de 37.500 € d'amende et de 2 ans de prison celui qui trompe son client sur les caractéristiques du produit. Une tromperie peut être commise par un silence abusif (vous cachez un élément qui peut changer le choix de l'acheteur s'il en avait eu connaissance).

Le produit ou service doit être détaillé (taille, couleur, modèle, ...). La photo doit être exacte, à défaut la mention « photo non contractuelle » doit être apposée. Si le produit est mis en valeur dans un décor, une situation ou autre, la mention suivante doit être apposée « accessoires vendus séparément » ou « suggestion de présentation ».

Information sur les prix :

L 113-3 Code Consommation impose d'informer le consommateur sur les prix. L'affichage d'un prix qui ne correspond pas à la réalité de la valeur oblige le commerçant à le vendre à ce prix. Le prix doit être TTC (jamais de HT seul). L'erreur d'étiquetage (en rayon ou sur une publicité) oblige le commerçant à respecter ce prix. Il doit faire très attention au prix affiché même si c'est une erreur, et il devra appliquer ce prix erroné. La jurisprudence du bijoutier est célèbre (Cass. Civ. 4/07/1995). La bijouterie Cartier de la place Vendôme à Paris vendait une bague en or composée d'un rubis et de 56 diamants pour 101.556 FF (15.500 €). Après discussion, le vendeur accorde une remise de 1.556 FF (235 €). Or, après coup, le joaillier demande la nullité de la vente, au motif d'une erreur d'étiquetage, le prix était en réalité de 460.419 FF (70.200 €). La Cour de cassation refuse de lui donner raison et le vendeur doit assumer cette perte financière au profit du client. Le prix affiché est toujours le prix auquel l'objet est vendu malgré l'erreur évidente.

Information sur les frais et délai de livraison :

Ils doivent être précisés par le vendeur. À défaut, ils sont présumés intégrés dans le prix. Le délai de livraison doit aussi être précisé. Attention, ce délai ne doit pas être approximatif (comme une livraison sous 1 semaine par exemple), vous devez donner une date maximale de livraison (par exemple livraison au plus tard le 15 mars).

Information sur les modalités de paiement (chèque, CB, ...)

Vous devez informer les clients sur les modes de paiements acceptés. Certains modes de paiement doivent être gratuits, pour d'autres (virement, mandat, contre-remboursement), vous pouvez ajouter des frais supplémentaires. Attention, le groupement Carte Bleue, Visa, Mastercard et Paypal interdisent aux commerçants d'ajouter des frais supplémentaires. En effet, en cas de paiement par carte, le commerçant paye des frais et une commission de 1 à 3% sur le prix de vente. Donc, tous vos prix doivent inclure ces frais. C'est pourquoi, certains commerçants n'acceptent les paiements par cartes qu'au-delà d'une certaine somme afin de ne pas perdre de bénéfice. Le risque est que le commerçant sera radié du groupement carte bancaire et ne pourra plus recevoir les paiements par carte.

Informations sur la procédure contractuelle :

Le vendeur doit informer le client des modalités de formation d'un contrat par voie électro-

nique (voir les conditions générales de vente).

9 Les relations avec le client

A- La formation du contrat :

Le marché du commerce électronique, c'est la rencontre de l'offre et de la demande. La conjonction de ces éléments fait naître un contrat qui n'a rien de virtuel avec de réelles obligations pour les parties.

Il y a 2 manières de présenter l'offre.

Notion d'offre et de simple proposition :

L'offre est une manifestation unilatérale de la volonté adressée à un public en vue de la conclusion d'un contrat. Elle doit être précise, ferme, sans équivoque et complète. Si l'un des caractères manque, il n'y a pas d'offre au sens juridique, mais une simple proposition donnant des obligations différentes. La simple proposition ne lie pas l'offreur en cas d'acceptation par le client.

- La révocation de l'offre avec un délai ; L'offre est valable jusqu'à une date, le commerçant doit y répondre jusqu'à terme. L'offre est irrévocable. Sinon, il devra porter une mention comme « dans la limite des stocks disponibles ».
- La révocation de l'offre sans délai ; contrairement à la première, le commerçant peut la retirer quand il le souhaite ; l'offre est révocable.
- La clause de territoire ; le commerçant peut limiter sa vente à un territoire (une région, un pays, l'Union Européenne). Il ne peut être poursuivi pour refus de vente (si le commerçant refuse d'honorer son offre à un client alors que rien ne s'y oppose, le refus de vente le sanctionne lourdement).

L'agrément de la commande, clause d'appel d'offres :

La clause d'appel d'offres est une invitation à pourparlers, dans laquelle le commerçant se réserve la faculté d'accepter les offres que lui ferait un consommateur. La proposition est ainsi inversée (comme pour les offres d'achat à crédit par exemple).

La page Web : une offre au public ; l'offre est destinée à tout le monde ; si le vendeur veut sélectionner, il doit préciser les conditions de sélection (pour vérifier la solvabilité d'un client par exemple). Cet agrément ne doit pas être discriminatoire.

Cette réserve d'acceptation doit être précisée par les mentions « Ceci n'est pas une offre au sens juridique du terme », « sans engagement de notre part », « ceci n'est qu'une invitation à pourparlers » ou « ceci n'est pas un document contractuel ».

La clause d'appel d'offres est surtout utilisée quand l'achat est lié à une demande de crédit. Si le crédit est refusé, le commerçant a le droit de refuser un client.

B- L'acceptation en ligne :

La loi LCEN (21/06/2004) impose deux étapes pour que le contrat soit valable :

1. le vendeur doit donner la possibilité à l'acheteur de vérifier le détail de sa commande ainsi que son prix total, et de corriger les erreurs,
2. l'acheteur doit confirmer sa commande pour exprimer son acceptation et la valider.

Un seul acte comme le « clic sur un lien » peut être une acceptation ou ne pas l'être selon le contexte.

Il s'apprécie par une accumulation d'indices de l'acceptation comme des clics sur des boutons « passer votre commande », l'insertion des coordonnées du client, etc.

La commande express ; la fidélisation permet de conserver les coordonnées du client. L'erreur de manipulation est fréquente et cette pratique est recevable si les achats sont fréquents et réguliers.

L'acceptation doit être dépourvue d'ambiguïté. L'acceptation en ligne est régie par le consensualisme, l'acceptation tacite doit résulter d'un comportement qui l'implique nécessairement (principe d'achat en 1-click® d'Amazon.fr). Mais le silence en droit ne vaut pas acceptation, sauf circonstance particulière.

La sélection d'un produit dans un panier informatique n'est pas une acceptation. Il a été jugé que « dans un magasin (...) dit à service libre, la manipulation d'un objet n'opère pas le transfert de garde: celui-ci n'interviendrait qu'au moment du passage à la caisse » (CA Amiens 10/03/1975, CA Bordeaux 2/09/1997).

Le passage à la caisse et l'acceptation :

Si l'acheteur change d'avis au moment de payer : tout dépend de la procédure, s'il y a accusé de réception de la commande envoyée par le vendeur, puis confirmation par l'acheteur, le contrat est formé et il ne peut y avoir rétractation.

Article 1583 Code civil : « La vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit de l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas été encore livrée ni le prix payé. »

10 Les conditions de validité du contrat

Art. 1108 et suivants du code civil régissent ce problème.

A- Le consentement :

Le contrat est annulé si le consentement n'a pas été librement consenti.

L'erreur ; le contrat est annulé lorsqu'il porte sur les qualités essentielles.

Erreur sur la personne ; on croyait contracter avec quelqu'un, mais on s'est trompé (par exemple les noms de domaines frauduleux illustrent bien cette volonté parasitaire), lorsque le doute et la confusion sont organisés.

Le dol ; c'est une fraude, un comportement malhonnête établi par une mise en scène, un mensonge ; volonté de tromper. Le dol annule le contrat s'il porte sur ses éléments essentiels.

La violence ; qu'elle soit physique ou morale, un climat intimidant, sous la pression, annule le contrat.

Une indemnité est allouée à la victime sur le fondement de l'art. 1382 Code civil.

Le code civil exige aussi que le contrat a un objet licite (art. 1126 et suivants), que le prix est déterminé (art. 1591), que le contrat a une cause licite (art. 1131).

Par exemple, quel est le sort du contrat de commande d'un site Web de vente de produits

interdits, c'est-à-dire si la cause illicite (vente de contrefaçon, de cigarettes, de médicament, ...). Le contrat est annulé même si le prestataire ignore le caractère illégal, il ne sera peut-être même pas remboursé.

B- La rétractation : prérogative du consommateur de détruire un contrat valable-ment formé :

L 121-16 Code de la consommation donne un délai de 7 jours à partir de la livraison pour pouvoir retourner l'article qui ne donne pas satisfaction dans le cas de vente à distance. Il y a des exceptions (abus en cas de copie de disques, logiciels, etc. par le client avant de les renvoyer), conception sur mesure, loterie, journaux et magazines, service dont l'exécution a commencé avant le délai de 7 jours, la réparation, biens périssables...

Le professionnel peut modifier plus favorablement ce droit, autoriser une rétractation sous 15 ou 30 jours par exemple.

Jusqu'à quand se rétracter ? Le point de départ du délai est la souscription de l'engagement pour les services, la réception de la marchandise pour les biens. Le vendeur doit préciser comment le client peut se rétracter (cela doit être simple, de préférence par écrit).

Les effets de la rétractation :

Le vendeur doit rembourser intégralement le prix payé par le client (frais d'envoi inclus) dans les 30 jours. Les « frais de dossier ou de traitement » qui réduisent le remboursement sont interdits.

Le client doit payer les frais de renvoi des marchandises.

Le sort du contrat de crédit après rétractation :

Si le prix d'un bien ou d'un service est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé par le fournisseur ou si ce prix est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé au consommateur par un tiers sur la base d'un accord conclu entre le tiers et le fournisseur, le contrat est résilié, sans pénalité, lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation.

C- Les obligations du commerçant :

Obligation de confirmation de la commande : elle peut se faire par tout moyen (par e-mail, fax, lettre), pour que l'internaute sache que sa commande a bien été prise en compte. (loi LCEN 21/06/2004).

Obligation de conserver un écrit du contrat : il s'agit de conserver une trace papier avec tous les éléments prouvant qu'il y a bien eu un contrat de vente (loi LCEN 21/06/2004).

Obligation de délivrance : le délai de livraison doit figurer dans les conditions générales de vente. L 114-1 code de la consommation impose une date limite de livraison pour les biens supérieurs à 500 € (le client peut dénoncer le contrat pendant ce délai par lettre avec AR). Art. 1608 code civil dit que les frais de délivrance sont à la charge du vendeur. S'il y a défaut de délivrance, le commerçant doit rembourser sans délai. La loi permet la livraison d'un équivalent si c'est prévu au contrat. La destruction de la chose avant la livraison fait peser le risque sur le vendeur.

Les mentions post-contractuelles : le fournisseur doit confirmer par écrit les informations délivrées au préalable sur le site Web (nom et adresse du commerçant, téléphone, adresse pour porter réclamation, information sur le SAV, les conditions de résiliation du contrat si sa durée

est indéterminée ou s'il a une durée supérieure à un an.).

Obligation d'exécution du contrat : Le vendeur 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 lui-même ou par d'autres prestataires de services" (loi LCEN 21/06/2004). Ce qui signifie que l'exploitant du site marchand est responsable de la livraison des produits même s'il passe par un intermédiaire pour exécuter le contrat (sous-traitance, etc.), sauf cas exceptionnel.

11 Les limites du blog et du site perso

La liberté d'expression est consacrée par l'art. 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme. « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. »

A- L'utilisation en entreprise ou par un salarié:

Un dirigeant ne peut pas interdire à un employé de parler de l'entreprise dans son blog s'il ne lui porte pas préjudice à moins que l'employé n'enfreigne une des règles ci-après.

Art. 1134 alinéa 3 du Code Civil, les juges ont dit que l'exécution de bonne foi du contrat de travail implique une obligation de loyauté interdisant à l'employé de décrire son entreprise et son métier de manière négative.

Art. L 437-7 du Code du Travail précise que les membres du comité d'entreprise et les délégués syndicaux ont une obligation de discrétion.

Art. L 152-7 du Code du Travail interdit la divulgation d'un secret de fabrique, condamnée à 2 ans de prison et 30.000 € d'amende.

Sur l'e-mail et la correspondance privée en entreprise voir le Chapitre 3 -A.

B- Les obligations de l'exploitant du site en général:

Le blog ou le site Web personnel sont un support d'information accessible à un public indéterminé (donc pas un club fermé, tout le monde y a accès librement) et tombe sous le coup de la loi du 29/07/1881 sur la liberté de la presse qui punit la diffamation et l'injure (art. 29) et oblige à un droit de réponse (art. 13). Il existe d'autres droits et obligations touchants l'exploitant d'un site Web personnel ou d'un blog, voir le Chapitre 4 -B et le Chapitre 16. Les parents sont solidairement responsables des blogs tenus par leurs enfants mineurs, donc les parents doivent contrôler ce que leurs enfants écrivent et publient.

La CNIL a précisé les règles applicables aux blogs et sites perso dans une recommandation du 22 novembre 2005. De plus, elle a décidé de dispenser ces sites de déclaration. La dispense de déclaration n'exonère pas le responsable des obligations prévues par la loi sur la protection des données à caractère personnel, voir le Chapitre 1 -A.

En contrepartie, la CNIL rappelle fortement les règles de fond qui résultent de la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004.

La diffusion sur un site web d'informations sur les personnes nécessite le consentement préalable de celles-ci. Les personnes peuvent, ultérieurement, s'opposer à tout moment à cette

diffusion. Les données dites sensibles (par exemple sur la santé ou les orientations sexuelles ou politiques) n'ont pas vocation à être diffusées à partir d'un site internet.

Elle conseille aux internautes qui créent des sites personnels dans le cadre du cercle familial ou amical de mettre en place un accès restreint (mot de passe). Lorsqu'un particulier ouvre un site destiné à ses proches pour mettre en ligne des photographies d'un événement (mariage, anniversaire, etc.), il devrait, compte tenu de la nature du réseau internet, limiter cette diffusion aux seules personnes concernées.

En raison des risques de captation d'images (photographies, vidéo) des mineurs, la CNIL préconise la mise en place d'un accès restreint pour les sites qui souhaiteraient diffuser ce type de données. La diffusion d'images de mineurs ne peut s'effectuer qu'avec leur accord et l'autorisation expresse des parents ou du responsable légal.

Concernant la collecte de données à caractère personnel, la CNIL rappelle que les personnes auprès desquelles sont recueillies les informations doivent être informées de la finalité de cette collecte, des destinataires des données et de l'existence d'un droit d'accès, de rectification et d'opposition. La durée de conservation doit être proportionnée à l'objet du site et la transmission des données collectées à des tiers ne peut s'effectuer que dans le cadre d'activités privées, après que la personne concernée en a été informée et a été mise en mesure de s'y opposer.

12 Droits d'utilisation de l'e-mail

Nous allons présenter dans ce chapitre les droits attachés à certains outils techniques comme l'e-mail et des éléments de la page web comme le lien hypertexte et les mots-clés.

A- le choix de l'adresse :

Le choix du nom et de l'adresse est libre bien qu'il faille éviter toute confusion avec un nom déjà utilisé. La tromperie peut être condamnée.

L'article L 433-17 du Code pénal dit : « L'usage, sans droit, d'un titre attaché à une profession réglementée par l'autorité publique ou d'un diplôme officiel ou d'une qualité dont les conditions d'attributions sont fixées par l'autorité publique est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende ». Cela s'appliquerait à une personne utilisant dans la partie droite de l'e-mail mon-pseudo@medecin.com ou mon-pseudo@notaire.com, etc.

B- L'e-mail est une correspondance privée :

La loi LCEN (21/06/2004) donne une définition : « On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère ». Le Conseil constitutionnel (10/06/2004) dit que cette définition se borne à expliciter un procédé technique. Le régime juridique de la correspondance privée n'est donc pas affecté.

La correspondance privée est protégée par l'article 226-15 alinéa 2 du code pénal, qui puni d'un an d'emprisonnement et de 45.000 € d'amende toute perception, détournement, installation de moyens d'interception, d'un message personnel. Seuls les services de l'État peuvent procéder à des écoutes, mais cela est très encadré par la loi et le juge.

Des entreprises veulent un droit de regard, voire un contrôle des courriels reçus ou émis sur

le lieu de travail. Cela n'est pas légal. Les juges estiment que le salarié peut utiliser l'e-mail à usage personnel ou à des fins syndicales, *de manières raisonnables* (Cass. Soc. 2/10/2001). Qu'il y ait ou non une charte informatique dans l'entreprise (qui indique précisément aux salariés ce dont ils ont le droit de faire et ce qui leur est interdit), les juges estiment que le secret des correspondances est primordial. S'il y a un système de contrôle, il doit être connu de tous et utilisé de manière raisonnable, proportionnelle à la protection de l'activité de l'entreprise, sans violer le droit au respect de la vie privée, articles L 128-1 et 120-2 du Code Pénal. La charte informatique peut être validée par l'inspection du travail. À l'inverse, l'employeur peut consulter les fichiers personnels du salarié stockés sur son ordinateur professionnel à la condition que le salarié soit présent; il peut le faire en son absence s'il y a un risque ou urgence particulière (Cass. Soc. 17/05/2004).

C- Le SPAM :

Le SPAM est l'envoi massif et parfois répété de courriers électroniques non sollicités à des personnes avec lesquelles l'expéditeur n'a jamais eu de contact, et dont il a capté l'adresse électronique de façon irrégulière. L'opt-in (l'acceptation expresse de recevoir des messages commerciaux lorsqu'on remplit un formulaire avec son e-mail) est obligatoire en Europe. L'opt-out (se désabonner de la liste après réception du premier message publicitaire) est interdit.

La CNIL a constaté que l'envoi des spams reposait « sur une collecte déloyale des adresses électroniques des internautes démarchés ». Elle peut porter plainte contre les sociétés émettrices et les concepteurs de logiciels.

Concernant la prospection commerciale légale, la loi LCEN (n° 2004-575 du 21 juin 2004) dispose que la prospection directe en ligne est acceptée uniquement avec des bases en mode opt-in. Pour lutter contre le spam, l'activité de prospection directe en ligne nécessite le consentement au préalable des internautes destinataires. Une mesure qui s'adresse uniquement aux particuliers. Ce consentement devra être exprimé explicitement, le silence des consommateurs valant refus (la case d'acceptation doit être non cochée par défaut, l'internaute doit cocher la case pour recevoir du courrier commercial). Du côté des entreprises et des professionnels, ils disposent d'un droit de désabonnement a posteriori (opt-out). Il doit toujours y avoir possibilité de désinscription de la liste de diffusion. Sinon, amende de 750 € par message envoyé.

L'article 22 de la LCEN prévoit ainsi que la CNIL «peut notamment recevoir, par tous moyens, les plaintes relatives aux infractions aux dispositions du présent article.»
La première condamnation a eu lieu par la Cour d'Appel de Paris le 18/05/2005.
Plus d'information sur le SPAM : www.halte-au-spam.com

Mais pourquoi recevons-nous autant de spams? Parce que ce commerce rapporte. La moitié des internautes français se laissent séduire par les offres de spam !
Source: VNUnet.fr 13.12.2004

Environ 29% des spams reçus par les internautes français sont lus. (...) Avec le Brésil, où 37% des courriers non sollicités (à défaut d'être indésirables) et envoyés de manière massive sont consultés, la France s'affiche parmi les pays les plus curieux vis-à-vis du contenu des pourriels. À titre de comparaison, la proportion de spams lus est de 25% en Allemagne, 23% au Royaume-Uni, de 20% aux États-Unis et de 19% au Canada. De la simple curiosité au plongeon, il n'y a qu'un pas... que les Brésiliens sont les premiers à franchir: 66% d'entre eux ont déjà acheté (ou tenté d'acheter) un produit proposé via du spam. Étonnamment, 48% des internautes français se seraient également laissés séduire suivi des Britanniques (44%), des Allemands (43%) des Américains (41%). Plus méfiants, seuls 32% des Canadiens sont passés à l'acte.

13 La concurrence déloyale sur Internet

Le dénigrement commercial, satirique (détournement de logo, de signe), la rumeur, l'imitation en ligne (pour vendre de la contrefaçon par ex.), désorganisation (sfr.com se connectait à FranceTélécom), ... La concurrence parasitaire sanctionne une usurpation au sens large, créant une similitude, une confusion, même si la marque ou le nom de domaine ne change que d'une lettre.

Voici quelques exemples:

Un site web reprenant les signes de la RATP en a fait un dénigrement satirique en écrivant que « la carte Imagine R qualifiée d'abonnement jeunes cons, les bus qualifiés de promène-couillons et les chauffeurs d'alcooliques... ». Le webmaster n'étant ni commerçant ni concurrent de la RATP, on ne pouvait lui imposer la qualification de concurrence déloyale.

Un site web vendait des produits cosmétiques et des parfums en les comparant aux produits des grandes marques qui ont contre-attaqué pour contrefaçon et concurrence déloyale. Le juge a qualifié cet acte de concurrence déloyale par la vente à bas prix: « la présentation sur le tableau de références et sur le catalogue de la marque de leurs eaux de toilette avec l'affichage du prix de vente bien inférieur constitue un acte distinct de la contrefaçon, caractérisant une concurrence déloyale ». (TGI Paris 27/03/1998)

Dans un cas de dépôt frauduleux du nom de domaine sfr.com, le titulaire voulait faire pression sur la société de téléphonie afin qu'elle lui achète le nom en pointant sfr.com vers le site de France Télécom. Le tribunal a condamné cet acte de parasitisme, détournant les clients vers un concurrent par un moyen technique, ce qui démontre la désorganisation. (TGI Nanterre 18/01/1999)

À propos de la concurrence parasitaire, une société exploitait le 3615 Phonic, une autre le 3615 Phone. Le juge déclare que « les deux codes d'accès présentent une similitude tenant à leur origine étymologique (...) qui ne se différencie que d'une lettre (...); que cette similitude est de nature à créer une confusion dans l'esprit de l'utilisateur et de le détourner du service auquel il avait l'intention (...) de s'adresser ». (CA Paris 20/09/1991)

14 La preuve électronique

Qui doit prouver ? Art. 1315 Code civil « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». On considère aussi que, dans l'utilisation des technologies informatiques, le consommateur n'a pas la maîtrise technique ; qu'il est donc à prévoir que la charge de la preuve peut incomber au fournisseur.

Art. 1341 Code civil impose un acte écrit pour toutes les transactions de plus de 800 €. À propos du document électronique, Art. 1316-1. Code Civil « 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. ». Art. 1316-2. « 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. ». Si le client utilise un moyen de paiement dont on peut vérifier la traçabilité (CB, virement, chèque), en le rapprochant de l'adresse de facturation ou de livraison, on pourra être sûr que c'est lui qui a bien fait la commande, donc qu'il a accepté le contrat. Le juge (Cas. Civ. 8/11/1989 1re) a admis la validité d'une clause déterminant le procédé de preuve de l'ordre de paiement.

Pour les actes inférieurs à 800 €, la preuve est libre et se fait par tous moyens.

La signature électronique sécurisée prévue par la loi devrait faciliter à l'avenir les transactions et leurs preuves. La signature électronique se met très lentement en place (pour les déclarations de revenus, impôts et déclarations sociales).

Pour toute transaction commerciale par internet, le vendeur doit conserver une trace papier avec tous les éléments prouvant qu'il y a bien eu un contrat de vente (loi LCEN 21/06/2004). Il doit pouvoir conserver ses documents commerciaux (papier et électronique) au moins pendant 10 ans.

15 La loi applicable

En France, aucun problème, si le contrat ne prévoit pas la juridiction compétente, la juridiction du défendeur (celui qui est mis en cause) est désignée.

Il y a un problème juridique très complexe si les parties sont dans des pays différents. En droit international, le juge préconise de faire jouer la loi du lieu où le dommage a été finalement réalisé. On peut choisir pour des raisons d'efficacité le pays où sera appliquée la décision de justice.

Loi applicable pour le droit d'auteur :

On rattache l'œuvre à son pays d'origine ou de la première publication, ou du lieu d'exploitation pour le faire cesser, le lieu où se trouve le public.

16 Les règles fiscales à respecter pour toute facture en ligne

Ces règles doivent être appliquées si vous utilisez un système de facturation automatique. La facture éditée en ligne, doit respecter des règles précises.

Les art. 289 et 242 nonies de l'annexe II du code général des impôts imposent des mentions obligatoires sur les factures :

- Date et numéro de la facture ;
- noms et adresses (ou siège social) du fournisseur et client ;
- date de l'opération (si facture émise plus tard) ;
- pour chacun des biens fournis : la quantité, la dénomination, le prix unitaire HT et le taux de TVA ;
- par taux, le total HT et le total des taxes correspondantes ;
- la mention des rabais ou ristourne, la date de paiement avant d'appliquer des intérêts de retard ;
- si livraison intracommunautaire à une entreprise, indiquer le numéro d'identification à la TVA du vendeur et de l'acquéreur suivi de la mention « Exonération de TVA art. 262 ter-I du CGI ».

ATTENTION:

1. Les livraisons hors de l'Union européenne se font hors taxe.
2. Les livraisons vers une entreprise de l'UE (hors de France), se font aussi hors taxe, à condition de disposer du numéro de TVA européen de l'entreprise cliente. Ce numéro sera reporté sur la facture.
3. Les livraisons à un particulier français et européen ou une société française se font avec la TVA française. De plus, il faut ajouter une TVA à 19,6% aux frais d'envoi pour les biens vendus par correspondance même si vous appliquez les tarifs de La Poste.

Il y a des exceptions au-delà d'un certain chiffre d'affaires par an selon les pays européens avec qui on commerce. Demandez de l'aide à un comptable !

La facture qui s'affiche en ligne doit s'approcher de ces exigences avant que le client ne décide de payer. C'est une obligation légale. Voir l'exemple fictif ci-après :

MaSociété.com
adresse du siège social
01234 MaVille
Tél: 0123456789 - Fax: 09876543210
SARL au capital de 7500 euros
Siret: 123 456 789 00011 - APE: 7554Z
n° de TVA: FR66 123456789

Facture
Référence : ABC12345
DATE: 19 novembre 2001

To / À :
N° de Client: 8768877
Monsieur Gualotin
rue de la Manufacture
4000 Liège
Belgique

QUANTITY	DESCRIPTION	UNIT PRICE	AMOUNT
1	1 DVD blanc (à titre de choix de Bruxelles, fiscalité)	66.20€	66.20€
1	1 CD-ROM interactif, encyclopédie de la bière	25.08€	25.08€

Handling fee / Frais de manutention: 9.00€
Shipping fee / Frais de port: 109.34€
TOTAL Tax Free / Montant Total: 3.04€
V.A.T. T.P.A. 55%: 5.68€
GRAND TOTAL: 119.66€

Mode de paiement: *Montable pour un particulier français - une société française - au particulier européen ou détaillé la TVA*

Méthode de livraison: *Montable pour un particulier ou société basé de l'UE - une société de l'UE - une société avec n° de TVA européen*

Méthode de livraison: Courrier Express

MaSociété.com
adresse du siège social
01234 MaVille
Tél: 0123456789 - Fax: 09876543210
SARL au capital de 7500 euros
Siret: 123 456 789 00011 - APE: 7554Z
n° de TVA: FR66 123456789

Facture
Référence : DEF67890
DATE: 19 novembre 2001

To / À :
N° de Client: 9876572
Mme Perle Entreprise
Avenue Albert 1er
1000 Bruxelles
Belgique

QUANTITY	DESCRIPTION	UNIT PRICE	AMOUNT
1	1 DVD blanc (à titre de choix de Bruxelles, fiscalité)	66.20€	66.20€
1	1 CD-ROM interactif, encyclopédie de la bière	25.08€	25.08€

Handling fee / Frais de manutention: 9.00€
Shipping fee / Frais de port: 109.34€
TOTAL Tax Free / Montant Total: 3.04€
V.A.T. T.P.A. 55%: 5.68€
GRAND TOTAL: 109.34€

Mode de paiement: *Montable pour un particulier ou société basé de l'UE - une société de l'UE - une société avec n° de TVA européen*

Méthode de livraison: *Montable pour un particulier ou société basé de l'UE - une société de l'UE - une société avec n° de TVA européen*

Méthode de livraison: Courrier Express

17 Conclusions

Créer, maintenir et héberger un site internet ou utiliser l'e-mail comportent de grands risques juridiques qu'il faut maintenant connaître.

Pour la loi et le juge, il n'y a aucune différence entre un amateur, un bénévole, un professionnel. Tout le monde est soumis aux mêmes règles. L'amateur bénévole et le professionnel seront sanctionnés aux mêmes tarifs, aux mêmes dommages et intérêts. On ne peut s'abriter derrière la façade du bénévolat ou de l'amateurisme pour justifier tout dérapage et non-respect des règles.

Les éléments importants à retenir pour éviter les litiges sont:

1. Nom de domaine: vérifiez qu'il n'y a pas de ressemblances et déposez le nom de domaine comme marque commerciale à l'INPI (classe n° 38). Le dépôt d'un nom de domaine ne donne AUCUN droit. N'importe qui peut vous le prendre, même si vous êtes de bonne foi. (voir les chapitres 2 et 2 - G)
2. Mettez les mentions obligatoires sur le site (CNIL, identifications, conditions générales de vente, ...). (voir chapitre 1 et 4 - B)
3. Le droit d'auteur est présent partout: sur le site Web, l'hébergement, les éléments affichés sur la page, la base de données, les scripts, les créateurs du site salariés ou non, etc.. C'est l'aspect le plus risqué de la création d'un site Web. Être très pointilleux et n'accepter aucune tolérance. Il faut toujours obtenir le droit d'exploiter l'œuvre sur internet sinon la sanction est radicale et coûte cher. (voir les chapitres 3 - B, 4 - A, 8 et 10)

4. Si vous faites du commerce en ligne, sachez que les règles du commerce et de la vente à distance sont très protectrices du consommateur. Là aussi, les sanctions arrivent facilement, et les dommages et intérêts aussi. Faites-vous assister par un avocat pour rédiger des conditions générales de vente. (voir chapitres 5, 6 et 7)

18 URLs de référence

Référencer le site à la CNIL :
<http://www.cnil.fr>

Loi et codes :
<http://www.legifrance.gouv.fr>

Le dépôt de marques à l'INPI :
<http://www.inpi.fr>

Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (conflit de nom de domaine) :
<http://www.wipo.int/amc/fr/domains/>

Actualités du gouvernement français sur les NTIC :
<http://www.gouvernement.fr/gouvernement/societe-de-l-information/liste>

Le service pratique des droits sur l'internet :
<http://www.droitdunet.fr/>

Fiches juridiques sur le multimédia :
<http://www.educnet.education.fr/juri/>

Sites Web sur l'actualité juridique des technologies de l'information et de la communication:
<http://www.juritel.com> - <http://www.juriscom.net> - <http://www.legalis.net>

Recherche d'une marque déposée :
<http://www.societe.com>

Recherche et dépôt d'un nom de domaine :
<http://www.gandi.net>

Dictionnaire des termes juridiques :
<http://www.dictionnaire-juridique.com/>

Les très bons articles de ZDNet sur l'actualité d'internet :
<http://news.zdnet.fr>