



LE DROIT DE L'INFORMATIQUE, DES
RESEAUX ET DES TECHNOLOGIES DE
L'INFORMATION ET DE LA
COMMUNICATION

MARS 2004

Sommaire

Diffamation et injure, contrefaçon et jeux de loterie... PERBEN II veille aussi -25/03/2004.....	2
Le consentement sur Internet -15/03/2004	6
ORANGE / SFR en conflit sur le terrain des marques - 08/03/2004.....	10
La transposition des licences <i>creative commons</i> en droit français et allemand -01/03/2004.....	12

Informatique et libertés, Criminalité informatique

Diffamation et injure, contrefaçon et jeux de loterie... PERBEN II veille aussi -25/03/2004

Par M. Nicolas Samarcq, Juriste BRM AVOCATS .



La loi Perben II portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a été adoptée ce mardi 9 mars. Une partie de ses dispositions renforce la lutte contre certaines infractions de presse, la contrefaçon, les jeux de loteries et assouplit le régime des interceptions de communication et des réquisitions !

La loi Perben II portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a été adoptée ce mardi 9 mars.

Une partie de ses dispositions renforce la lutte contre certaines infractions de presse, la contrefaçon, les jeux de loteries et assouplit le régime des interceptions de communication et des réquisitions !

. Les auteurs et éditeurs de propos racistes¹ et négationnistes² ne bénéficient plus du bref délai de prescription de l'action publique (3 mois), instauré par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Désormais ils pourront être poursuivis pendant un an³, à compter de la première publication.

. La Section VII du Chapitre III intitulée "Dispositions relatives à la contrefaçon" de cette loi vise à renforcer la lutte contre la contrefaçon.

Les sanctions pénales en matière de contrefaçon de droit d'auteur et droits voisins, de base de données, de dessins et modèles, de brevet et de marque s'élèvent désormais à trois ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende maximum, au lieu de deux ans

d'emprisonnement et 150 000 € d'amende (articles L. 335-2 , L. 335-4 , L. 343-1, L. 521-4, L. 615-14 et L. 716-10 du Code de la Propriété Intellectuelle).

Si ces actes sont commis en « bande organisée », les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 500 000 euros maximum.

Est puni de 4 ans d'emprisonnement et 400 000 € d'amende, le fait de produire industriellement, importer, exporter, réexporter ou transborder des marchandises sous une marque contrefaite (article L. 716-9 du Code de la Propriété Intellectuelle).

. En amont, la loi tend à faciliter l'action des services de lutte contre la contrefaçon.

Ainsi, les mandats d'arrêt européens concernant des actes de cybercriminalité et de contrefaçon de produits, dont la peine d'emprisonnement prévue par l'Etat membre d'émission est supérieure ou égale à 3 ans, sont dorénavant exécutés sans contrôle de la double incrimination des faits reprochés (nouvel article 695-23 du Code de Procédure Pénale).

De plus, pour améliorer l'efficacité des saisies de marchandises contrefaites, les agents des douanes agissant sur réquisition ou commission rogatoire ont compétence pour rechercher et constater des infractions douanières de contrefaçon de marque (nouvel article 28-1 VI. du Code de Procédure Pénale).

Le Procureur de la République peut également autoriser qu'il soit procédé, sous son contrôle, à une opération d'infiltration⁴ par des agents des douanes spécialement habilités.

Cette mesure sera opérationnelle dès la publication du décret d'application fixant les conditions de cette habilitation (nouvel article 67 bis II. du Code des Douanes).

. L'organisation de loteries prohibées est punie de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende (nouvel article 3 de la loi du 21 mai 1836 portant

prohibition des loteries).

L'article 4 de la loi prévoit également que « *Ceux qui auront colporté ou distribué des billets, ceux qui, par des avis, annonces, affiches ou par tout autre moyen de publication, auront fait connaître l'existence des loteries prohibées (...) ou facilité l'émission des billets, seront punis de 4 500 EUR d'amende* ».

L'article L. 564-1 du Code Monétaire et Financier est complété par un alinéa qui oblige les groupements, cercles et sociétés organisant des jeux de hasard, des loteries, des paris, des pronostics sportifs ou hippiques à s'assurer « *de l'identité des joueurs gagnant des sommes supérieures à un montant fixé par décret et d'enregistrer les noms et adresses de ces joueurs, ainsi que le montant des sommes qu'ils ont gagnées. Ces données doivent être conservées pendant cinq ans.* »

. La loi Perben II assouplit le régime des interceptions de correspondances pour les enquêtes sur certains crimes et délits et généralise les dispositions de la loi sécurité intérieure du 18 mars 2003 relatives aux réquisitions mise en place pour les opérateurs de télécommunication et les fournisseurs d'accès internet.

Ainsi, pour les crimes et délits énoncés au nouvel article 706-73 du Code de Procédure Pénale et « *si les nécessités de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire (...) l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications (...) pour une durée maximum de quinze jours, renouvelable une fois (...)* » (article 706-95 du Code de Procédure Pénale).

Ces opérations sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention.

Enfin, « *L'officier de police judiciaire peut requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des documents intéressant l'enquête, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces documents, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret*

professionnel

(...)».

Lorsque les réquisitions concernent des avocats, notaires, huissiers, médecins ou des entreprises de presse, la remise des documents ne peut intervenir qu'avec leur accord.

Dans le cadre d'une telle réquisition, le fait de s'abstenir de répondre aux demandes d'un officier de police judiciaire peut être puni d'une peine de 3 750 euros d'amende.

Cependant ces dispositions ne sont toujours pas applicables, faute de décret d'application définissant la nature des données à conserver et fixant la durée de conservation.

Par M. Nicolas Samarcq, Juriste BRM AVOCATS .

1Diffamation et injure de nature raciale (article 32 al. 3 et 33 al.3 de la loi du 29 juillet 1881), provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale (article 24 al.8 de la loi du 29 juillet 1881).

2Contestation des crimes contre l'humanité (article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881).

3Article 45 de la loi Perben II.

4« *L'infiltration consiste, pour un agent des douanes spécialement habilité dans des conditions fixées par décret, agissant sous la responsabilité d'un agent de catégorie A chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un délit douanier en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou intéressés à la fraude. L'agent des douanes est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés à l'article 67 bis III du codes des douanes. A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions.* ».

Commerce électronique, Droit des contrats

Le consentement sur Internet -15/03/2004

Par Me. Murielle-Isabelle Cahen, Avocate .



Les contrats passés par Internet restent soumis aux mêmes conditions de validité que les contrats « classiques », leur forme dématérialisée implique néanmoins certaines exigences particulières essentiellement relatives au consentement.

► Le commerce électronique grand public se développe toujours davantage : selon une étude de Benchmark Group, le volume des transactions en ligne a augmenté de 65% au cours de l'année 2002 et devrait encore augmenter d'au moins 50 % pour l'année 2003. Ainsi, le nombre de contrat passé sur Internet croît chaque jour un peu plus. Ces contrats sont conclus par voie électronique sans la présence physique et simultanée des protagonistes. C'est pourquoi ils sont qualifiés de contrats à distance (Directive 97/7/CE). Bien que ces contrats restent soumis aux mêmes conditions de validité que les contrats « classiques » (L' article 1108 du code civil exige un consentement de la partie qui s'oblige, la capacité de contracter pour cette dernière, un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation), la forme dématérialisée de ces contrats passés sur Internet implique certaines exigences particulières essentiellement sur le consentement. C'est ce que nous allons essayer d'étudier ici en nous attachant à voir quelles sont les conditions à satisfaire pour qu'un consentement puisse être valablement donné sur Internet et ainsi permettre la formation d'un contrat tel que défini à l'article 1101 du code civil.

Le consentement est l'adhésion d'une partie à la proposition faite par l'autre. L'échange des consentements entraîne l'accord de volonté qui lie les parties. Toutefois, comme le rappelle l'article 1109 code civil, le consentement ne peut être valable que s'il n'a pas été donné par erreur. Or, sur internet, l'automatisation des processus de formation de contrat accroît considérablement les risques d'erreur résultant d'une mauvaise utilisation des formulaires automatiques ou d'une mauvaise compréhension de l'objet et des conditions des offres accessibles en ligne. (les contrats conclus à distance facilitent l'insertion de dispositions défavorable S aux cyber-consommateurs, par exemple la possibilité de modifier unilatéralement le contrat sans raison valable et spécifiée, absence de délai indicatif de livraison et de droit à réparation en cas de retard de livraison etc...)

Ce risque d'erreur doit être réduit au maximum. comment s'assurer que l'internaute a pris connaissance de l'ensemble des informations et qu'il a donné un consentement complet, éclairé et non équivoque.

Le législateur a, d'une part, repris les dispositions communautaires (Directive 2000/31/CE art.5,10 et Directive 97/7/CE art.4) et fait de l'information correcte des parties une priorité (par le biais de l'ordonnance n° 2001/741 du 23 août 2001, JORF du 25 août 2001, NOR : ecoX100083) . A cette fin, il a édicté des informations préalables devant être obligatoirement fournies par les prestataires de service proposant leurs offres à l'aide du réseau internet. D'autre part, le législateur souhaite rendre obligatoire la procédure de confirmation du consentement.

1. Les informations préalables obligatoires

Tout d'abord, pour que le consentement donné en ligne puisse être complet et éclairé, il est nécessaire que l'offre contienne et(ou) permette un accès facile, direct et permanent (art.9 du Projet loi pour la confiance dans l'économie numérique qui oblige le prestataire à décliner son identité ou sa raison sociale (...) sur la page d'accueil du service et sur chacune des pages visionnées par le client lors de la transaction) à un certain nombre d'informations présentées de manière claire, compréhensible et non équivoque, et cela que l'offre soit transmise par courrier électronique, présentée sur une page Web ou accessible via un logiciel téléchargeable sur un serveur ftp etc... Ces informations doivent être fournies à toute personne physique ou morale professionnelle ou non pouvant potentiellement répondre à ces offres. Toutefois, les contrats conclus entre professionnels peuvent s'affranchir de certaines de ces informations. (Art.14.II futur Art. 1369-3 du Projet loi pour la confiance dans l'économie numérique).

Voir également les articles L111-1, L121-18 et L121-19 du code de la consommation qui consacrent le principe d'une obligation générale d'information.

Voici une liste non exhaustive de ces informations :

- Les conditions générales et particulières applicables (art.10.3 Directive 2000/31/CE et art.14.II du Projet loi pour la confiance dans l'économie numérique) sachant qu'elles doivent être transmises d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction ;
- Les langues proposées pour la conclusion du contrat (art.10.1d Directive 2000/31/CE).
- Les informations sur le vendeur (art.5.1 Directive 2000/31/CE et l'art.9 du Projet loi pour la confiance dans l'économie numérique) ;
- Les informations relatives au produit ou service proposé à la vente (art.4b Directive 97/7/CE) sachant que dans le commerce électronique, l'image doit être fidèle pour assurer l'intégrité du consentement (voir com com élec. Février 2003 Chron.n°6) ;
- Les informations sur le prix du produit ou service avec mention des taxes et des frais de livraison le cas échéant (art.5.2 Directive 2000/31/CE) ;

- Les informations précontractuelles sur le processus de commande (descriptif des étapes à suivre) (art.10 Directive 2000/31/CE) permettant notamment à l'internaute d'éviter ou d'identifier et corriger des erreurs de manipulation (art.11 Directive 2000/31/CE) ;

- Les informations relatives à l'existence et aux modalités d'exercice du droit de rétractation pour les consommateurs de 7 jours francs, qui court à compter de la réception du produit ou de l'acceptation de l'offre si l'objet du contrat est une prestation de service (Art.6 Directive 97/7/CE et L121-20 Code Consommation).

Depuis le 20 février 2003, date de publication d'un décret instituant des sanctions pour violation de dispositions relatives aux contrats conclus à distance (Décret n° 2003-137 du 18 février 2003 instituant des sanctions pour la violation de dispositions relatives aux contrats conclus à distance et modifiant le code de la consommation, J.O., n° 43 du 20 février 2003 page 3106), toute violation de l'article L 121-18 du Code de la Consommation, qui impose au professionnel de joindre à son offre le nom du vendeur et ses coordonnées, les frais de livraison, les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution, l'existence du droit de rétractation ..., est sanctionné par une contravention de la cinquième classe c'est à dire une amende de 1500 € et 3000 € en cas de récidive (article R. 121-1 du Code de la Consommation).

Le décret prévoit également que les personnes morales ne respectant ces obligations légales risquent une amende cinq fois supérieure à celle des personnes physiques c'est à dire 7500 € et 15 000 € en cas de récidive (R121-2 CC et 131-41 CP).

Ainsi, nous le voyons, le législateur semble vouloir protéger efficacement le cyber-consommateur.

Une fois que l'internaute sera en possession de ces informations, il sera libre d'adhérer ou non à l'offre. Reste alors à savoir comment ce dernier pourra valablement donner son consentement.

2. Vers un consentement en deux étapes.

Le consentement doit résulter d'un comportement non équivoque (art.18 de la convention de Vienne 11 avril 1980 sur les ventes internationales de marchandises) .

Le silence ne peut pas, sauf cas très rare, valoir acceptation d'une offre de contracter. Il faut un acte positif.

Sur internet, l'acceptation passera nécessairement par l'usage d'un outil informatique, l'utilisateur recevant les différentes informations via une succession de pages d'écran, ces dernières guidant notamment l'internaute pour remplir un formulaire de commande

qu'il pourra finalement envoyer au prestataire internet par un simple clic.

Le fait que l'internaute soit obligé de visualiser ou puisse accéder facilement, directement et de façon permanente à un certain nombre d'informations avant le « clic final » d'acceptation de l'offre aurait pu suffire à rendre non équivoque son consentement. D'ailleurs, dans la pratique, les prestataires estiment que le consentement est parfait dès lors que le client a validé sa commande par une succession de clic et qu'il a communiqué ses coordonnées bancaires. La Directive Commerce Electronique 2000/31/CE dans son article 11.1 se satisfait d'un consentement unique avec accusé réception transmis sans délai par le prestataire par voie électronique, cet accusé réception devant récapituler les différentes informations déjà exigées dans l'offre.

Or, avec ce système, l'internaute peut donner son consentement par inadvertance en raison de la rapidité avec laquelle le « clic final » peut être atteint et exécuté. C'est pourquoi le législateur français a décidé de renforcer le dispositif communautaire par une confirmation du consentement devant intervenir postérieurement à la réception de l'accusé réception de la commande transmis par le prestataire (Art.14.II futur Art. 1369-2 Projet loi pour la confiance dans l'économie numérique et art.L121-19 CC sanctionné désormais par l'art. R. 121-1-1).

Par ailleurs, le législateur français exige explicitement qu'un récapitulatif de la commande soit inclu dans l'accusé de réception du prestataire. Cette dernière mesure est bien sûr destinée à s'assurer que le consentement de l'internaute soit bien éclairé.

L'avantage de ce système en deux temps est qu'il permet de temporiser quelque peu la formation du contrat, l'internaute ne donnant son accord définitif qu'après avoir eu le temps de prendre conscience ou de confirmer sa connaissance de l'objet et des modalités d'exécution du contrat.

En revanche, le législateur français n'entend pas étendre ce système de confirmation du consentement aux offres faites par courriel ou entre professionnels, un simple clic suffisant dès lors à former le contrat pour ces hypothèses. (Art.14.II futur Art. 1369-3 Projet loi pour la confiance dans l'économie numérique)

Pour l'instant, le projet de loi n'a pas encore été adopté en lecture définitive, mais il est probable qu'il le soit prochainement, et sauf rebondissement de dernière minute, les dispositions relatives à la confirmation du consentement seront adoptées.

Par Me. Murielle-Isabelle Cahen, Avocate .

Propriétés intellectuelles, Propriétés industrielles et commerciales

ORANGE / SFR en conflit sur le terrain des marques - 08/03/2004

Par Me. Martine Ricouard-Maillet, Avocate associée, cabinet BRM. et M. Nicolas Samarcq Juriste BRM AVOCATS.



L'opérateur Orange, titulaire des marques *Génération Connexion*, *Génération Wap*, *Ola*, *Itineris formule bureau mobile*, *Du temps en plus* et *Changer de mobile*, a assigné...

► L'opérateur Orange, titulaire des marques *Génération Connexion*, *Génération Wap*, *Ola*, *Itineris formule bureau mobile*, *Du temps en plus* et *Changer de mobile*, a assigné en contrefaçon SFR pour que soit prononcée la nullité des marques *Génération GPRS*, *La Ola des SMS*, *La Ola des Textos* et *Le Bureau Mobile sécurisé de SFR* déposées pour des produits et services identiques.

En défense, SFR a implicitement reconnu la contrefaçon par imitation, de la marque *Ola* en retirant ses demandes d'enregistrement pour *La Ola des SMS* et *La Ola des Textos*. Pour autant, leur seul dépôt sans exploitation desdites marques, a bien constitué une reproduction ou à tout le moins une imitation illicite de la marque d'un concurrent nécessitant réparation du préjudice.

En revanche, pour les marques *Changer de mobile* et *Du temps en plus* SFR a soutenu qu'elles étaient descriptives des services désignés, et a donc sollicité leur annulation.

Précisons que les marques dépourvues de distinctivité (marques descriptives) par rapport aux produits et services visés au dépôt ne sont pas valides. Le Code de la Propriété Intellectuelle dispose en effet que «*les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, (...)*» sont dépourvus de caractère distinctif[1], critère essentiel de validité des marques.

Il faut comprendre que l'exigence de distinctivité sert à éviter l'appropriation exclusive par une entreprise d'un terme nécessaire aux concurrents.

Sur la base de ce principe, le Tribunal Grande Instance de Paris a néanmoins considéré que la marque *Changer de mobile* utilisée par ORANGE pour désigner un système de cumul automatique de points donnant droit à des tarifs préférentiels pour l'achat de nouveaux mobiles et la marque *Du temps en plus* exploitée pour désigner un programme de fidélisation basé sur une offre de crédit temps en fonction des communications

consommées étaient tout au plus évocatrices des services rendus et en aucun cas descriptives !

La décision rendue montre à quel point la frontière entre un signe descriptif (nul) et un signe évocateur (faiblement distinctif) est pour le moins subjective !

D'ailleurs c'est le caractère fortement évocateur de ces deux marques, qui a permis d'écarter une prétendue contrefaçon par les slogans publicitaires : *Elle a choisi de prendre du temps en plus* et *Il a choisi de changer de mobile*.

D'où la question à se poser de l'intérêt de déposer des marques aussi évocatrices et aussi peu protégeables !

Le Tribunal a donc estimé que l'ensemble des marques déposées par ORANGE était distinctif. En conséquence les marques de SFR ont été annulées pour contrefaçon par imitation à raison du risque de confusion possible pour le consommateur d'attention moyenne.

Conformément au principe de spécialité des marques, la contrefaçon par imitation n'a concerné que les signes déposés par SFR dans les classes visant des produits et services identiques ou similaires à ceux visés par ORANGE. Subsiste donc la marque déposée par SFR *Génération Gprs* pour désigner des articles de sport, des jouets ... considérée en vertu de ce principe comme non contrefaisante.

Enfin, à côté des actes de contrefaçon de marques, le Tribunal n'a retenu qu'un seul acte de concurrence déloyal distinct, constitué lors d'une campagne publicitaire en mars 2002.

En l'occurrence, il s'agissait de la reprise par SFR d'un même personnage féminin, habillé de la même manière que dans la publicité ORANGE, faisant un autre exercice d'assouplissement pour « véhiculer la même idée ».

SFR a été condamnée à verser la somme de 75.000 € en réparations des actes de contrefaçon et 20.000 € au titre de la concurrence déloyale.

...

Tribunal de Grande Instance de Paris, 3ème ch., 5 décembre 2003, ORANGE France c/ Société Française du Radiotéléphone - disponible sur legalis.net

Par Me. Martine Ricouard-Maillet, Avocate associée, cabinet BRM. et M. Nicolas Samarcq Juriste BRM AVOCATS.

[1] Article L. 711-2 du CPI.

Propriétés intellectuelles, Droit d'auteur

La transposition des licences *creative commons* en droit français et allemand -01/03/2004

Par M. Pierre Matringe, DEA Informatique et Droit .



La circulation et la réutilisation des œuvres, des contrats-type de licence, dont les licences *creative commons*, ont été proposés. Ces contrats-types s'inspirent des licences dites « libres », permettant à l'auteur d'un logiciel de...

► La circulation et la réutilisation des œuvres, des contrats-type de licence, dont les licences *creative commons*, ont été proposés. Ces contrats-types s'inspirent des licences dites « libres », permettant à l'auteur d'un logiciel de ne pas faire usage de ses droits patrimoniaux sur un logiciel. La particularité des licences *creative commons*[1] réside en ce qu'elles offrent plusieurs options et qu'elles sont associées à des symboles, inspirés du symbole copyright, qui signalent de manière simple les droits sur l'œuvre. En cochant les différentes options de ces contrats, ce qui fait en tout onze contrats-type de cession de droit, l'auteur peut accorder ou se réserver des droits sur une œuvre qu'il entend diffuser. Une traduction dans plusieurs langues de ces licences est en cours mais les obstacles dus aux différences entre systèmes juridiques compliquent la tâche.

Les différences entre les droit français et allemand de la propriété littéraire et artistique et le *common law* sont importantes, tant en pratique qu'en théorie. Dans les premiers, la loi accorde une protection en l'absence de toute formalité et fixe un cadre protecteur limitant la liberté contractuelle au profit de l'artiste. Dans le second, sauf à apposer sur l'œuvre un *copyright*, les modalités d'utilisation d'une œuvre sont presque entièrement établies dans un contrat de licence.

La Convention de Genève, dite Convention universelle sur le droit d'auteur, du 6 septembre 1952 offre une solution de compromis en ce qui concerne le droit d'auteur. Elle expose en son article 3 que toutes les formalités nécessaires à la protection d'une œuvre sont réputées régulièrement exécutées si l'œuvre porte « le symbole accompagné du nom du titulaire du droit d'auteur et de l'indication de l'année de première publication ». Cet usage simple est largement répandu et constitue en quelque sorte la solution de facilité.

Les contraintes de ces régimes deviennent une limite à la circulation des œuvres et à leur réutilisation. Le régime du *copyright* a vu récemment la durée de la protection s'étendre à soixante-dix ans après la mort du créateur aux États Unis et dans la Communauté européenne. La rédaction d'un contrat de licence exige, quant à elle, l'intervention d'un juriste.

L'adaptation en droit français et en droit allemand des licences *creative commons* soulève de nombreux problèmes au regard des droits d'auteur respectifs. En effet, la déposition sans contrepartie par un créateur de ses droits patrimoniaux, voire de son droit de paternité, est suspectée par les droits nationaux de lui être imposée. Ces problèmes sont à la mesure de l'ambition des auteurs des licences *creative commons* mais ils ne semblent pas irréductibles.

Certaines questions ne seront pas évoquées ici comme celle du droit applicable, celle du caractère uniforme des licences *creative commons* si plusieurs juridictions sont amenées à les interpréter, ou encore celle de la traduction de la notion d'œuvre composite (« *derivative work* »), soulevée sur la liste de discussion relative à la traduction des licences *creative commons*[2] . Nous verrons que les droits d'auteur français et allemand restreignent le choix parmi les licences *creative commons*, tant en ce qui concerne le droit moral qu'en ce qui concerne les droits patrimoniaux, et que les licences *creative commons* ne peuvent mettre l'auteur à l'abri de toute responsabilité.

I. Licences *creative commons* et droit moral

Le droit moral est « Le lien juridiquement protégé, unissant le créateur à son œuvre et lui conférant des prérogatives souveraines à l'égard des usagers, l'œuvre fût-elle entrée dans le circuit économique[3] ». C'est l'ensemble des prérogatives sur l'œuvre accordées par la loi à l'auteur et auxquelles ce dernier ne peut renoncer. Le droit moral du créateur sur son œuvre oblige à abandonner deux des choix de la licence *creative commons*. En effet, l'option « paternité » (« *attribution* ») des licences dites *creative commons* permet d'obliger l'utilisateur de l'œuvre de citer le nom de l'auteur de l'œuvre. Or l'auteur ne dispose pas de la possibilité d'aliéner cette prérogative.

L'option « absence d'œuvre dérivée » (« *no derivative work* ») permet au créateur d'interdire toute œuvre basée sur celle sur laquelle des droits sont cédés. Cette possibilité n'est elle non plus pas disponible pour le créateur. D'une part, le droit au respect de l'œuvre fait partie du droit moral et est donc incessible, mais, d'autre part, tout artiste a le droit de citer une œuvre ou de s'en inspirer. La distinction entre nouvelle œuvre et œuvre dérivée ou plagiat (suivant la perspective dans laquelle on se place) est une question d'espèce et laissée à l'appréciation des juges. Elle se pose de la même manière en droit anglo-américain. Des juges nord-américains ont ainsi eu à trancher dans une affaire opposant les sociétés MySQLAB et Progress Software : la seconde était accusée d'avoir réutilisé le logiciel MySQL dans un logiciel commercialisé, ayant ainsi enfreint la licence GPL. La question du respect de l'œuvre est étroitement liée à celle du respect de la licence sur la première œuvre, puisque la réponse apportée permet de délimiter le champ d'application de la licence.

Les options « *attribution* » et « *no derivative work* » devront donc être considérées comme régulièrement cochées pour les œuvres soumises au droit français ou au droit allemand. Bien sûr, l'auteur peut ne pas faire usage de son droit moral, mais il n'y a alors pas de sécurité juridique pour l'utilisateur de l'œuvre. En théorie, tout utilisateur de l'œuvre est lié par le droit moral de l'auteur sur son œuvre, même si l'usage de ce droit moral sera rendu difficile en cas de diffusion sur Internet. Il en va autrement pour les prérogatives patrimoniales de l'auteur sur son œuvre.

II. Licences *creative commons* et droits patrimoniaux

D'autres dispositions des droits français et allemand du droit d'auteur restreignent le choix des options dans les licences dites *creative commons*. L'option « partage à l'identique » (« *share alike* ») soumet la diffusion par l'auteur d'une œuvre faite à partir de la première aux mêmes droits que ceux qu'il a reçus et l'option « pas d'usage commercial » (« *non commercial use* ») réserve à l'auteur la possibilité d'autoriser toute utilisation commerciale de son œuvre. Or, en droit français et en droit allemand, dès la première mise en circulation de l'œuvre, les droits de l'auteur sont épuisés, ce qui signifie qu'il ne peut plus demander de rémunération ni contrôler l'usage qui est fait de son œuvre. Bien que la théorie de l'épuisement des droits soit remise en cause en raison de la dimension mondiale de la première diffusion grâce aux réseaux de télécommunications, cette théorie exclut les options « *share alike* » et « *non commercial use* » des licences *creative commons*, dans leur version actuelle. Pour éviter ce problème, la licence art libre[4] est rédigée de telle sorte qu'elle crée un lien contractuel entre le créateur et chaque utilisateur de l'œuvre, et n'accorde que des droits particuliers sur l'œuvre sans prétendre régir la circulation de l'œuvre par des sous-licences.

Un autre problème soulevé par l'application en droit français et allemand des licences *creative commons*, et plus généralement des licences dites « libres[5] », est le respect du principe de l'interdiction des cessions globales ou trop générales de droits d'auteur [6]. Dans leur rédaction actuelle, les licences *creative commons* prévoient la cession du droit de copie et du droit de distribution en des termes très larges.

En cas de doute sur la cession par l'auteur d'un droit patrimonial, il faut interpréter le contrat pour déterminer son objet. Le principe est alors celui de l'interprétation stricte[7]. Dans cette interprétation, en droit français, il s'agit de connaître l'objet du contrat, qui doit être déterminé ou déterminable. En droit allemand, les droits cédés peuvent être déterminés en fonction du but du contrat, en application de la théorie dite « de la transmission ciblée » (*Zweckübertragungstheorie*) [8]. L'objet des licences *creative commons* est la mise à disposition de l'œuvre suivant les options choisies par l'auteur. Dans le corps du contrat, les droits patrimoniaux sont, à notre avis, mentionnés en des termes suffisamment précis. Cependant il est prévu que « Les droits mentionnés ci-

dessus peuvent être exercés sur tous les supports, médias, procédés techniques et formats, qu'ils soient connus aujourd'hui ou mis au point dans le futur ». Or la cession de droits d'exploitation de l'œuvre sous des formes non encore connues, est sans effet en droit allemand [9]. En droit français, elle doit respecter les conditions posées par l'art. L 131-6 CPI [10]. La version française des licences *creative commons* ne prévoit pas de participation de l'auteur aux profits tirés de l'exploitation de l'œuvre.

Enfin, comme il a été écrit sur la liste de discussion relative à l'adaptation en droit français des licences *creative commons* [11], pour que l'auteur puisse céder des droits patrimoniaux sur son œuvre, encore faut-il qu'ils ne les ait pas apportés à une société de gestion collective.

III. Licences *creative commons* et responsabilité

Sous réserve de l'observation des différentes conditions énumérées ci-dessus, l'œuvre peut librement circuler. Mais tandis que l'auteur abandonne la maîtrise de la diffusion de son œuvre, il ne peut se soustraire à sa responsabilité. Il ne s'agit ici pas tant de la responsabilité pour les produits défectueux ou de la garantie des vices cachés[12] que de la responsabilité civile pour faute. En droit français, cette responsabilité a par exemple été mise en jeu concernant l'auteur d'un ouvrage sur la radio qui avait oublié de citer Branly comme inventeur de la TSF[13] . Étant la grande diffusion potentielle de l'œuvre, la responsabilité peut devenir un lourd fardeau sur l'auteur.

Que ce poids pèse sur l'auteur d'une œuvre ne semble pas anormal, mais il pèse d'autant plus lourd que l'auteur ne perçoit pas de rémunération, du moins pas de rémunération directe. L'absence de possibilité de s'exonérer de sa responsabilité se comprend bien dans la logique des licences *creative commons* : la réutilisation d'une œuvre doit poser le moins possible d'interrogation juridique. Cependant, l'impossibilité de s'exonérer de sa responsabilité a poussé, par exemple, l'auteur d'un manuel de droit, d'abord diffusé sous licence *creative commons*, à le diffuser ensuite librement, mais sous *copyright*[14] .

IV. Conclusion

Les licences *creative commons* représentent une initiative intéressante mais va à l'encontre de l'objectif protecteur des droits d'auteur nationaux. « Il y a là une sorte de « subversion de l'intérieur » du droit d'auteur pleine de promesses [15] ».

Par M. Pierre Matringe, DEA Informatique et Droit .

[1] [Http://www.creativecommons.org/](http://www.creativecommons.org/) . Une traduction est des licences creative commons est actuellement en cours de réalisation sous l'égide du Cersa. Une première version de la version française des licences *creative commons* est disponible sur le site de creativecommons.org

[2] Message de J. B. Soufron, posté le 5 décembre 2003 à 18:41 : [archives de la liste de discussion](#), identifiant du message : 1070646091.3fd0c34b8d277@imp3-l.free.fr

[3] P-Y GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, Coll. Droit fondamental Droit privé, 4e éd., Puf 2001, Paris

[4] <http://www.artlibre.org/>

[5] C. ROJINSKY, V. GRYNBAUM, *Les licences libres et le droit français*, Propriétés intellectuelles, juillet 2002 n° 4, p. 28, p. 32.

[6] « La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et à la durée . » art. L 131-3 CPI ; « *Sind bei der Einräumung die Nutzungsarten nicht ausdrücklich einzeln bezeichnet, so bestimmt sich nach dem von beiden Partnern zugrunde gelegte Vertragszweck, auf welche Nutzungsarten es sich erstreckt. Entsprechendes gilt für die Frage, ob ein Nutzungsrecht eingeräumt wird, ob es sich um ein einfaches oder ausschließliches Nutzungsrecht handelt, wie weit Nutzungsrecht und Verbotrecht reichen und welchen Einschränkungen das Nutzungsrecht unterliegt.* » (Si, lors de l'aménagement d'un droit d'exploitation, les droits ne sont pas désignés un à un, les droits qu'il englobe est déterminé selon le but contractuel poursuivi par les deux parties. Le cas échéant, il faut prendre en compte pour la question de savoir si un droit d'exploitation est aménagé ou non, le fait de savoir s'il s'agit d'un droit d'exploitation exclusif ou particulier, quelle portée ont droits d'utilisation et droit d'interdire et à quelles restrictions est soumis le droit d'exploitation) § 31 al. 5 phr. 2, Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) du 9 septembre 1965, dans sa version du 12 septembre 2003 (UrhG) : BGBl du 12 septembre 2003, n° 46, I, p. 1774 ; <http://www.bmj.bund.de/images/11650.pdf>.

[7] V. note précédente.

[8] Consacrée au § 31 al. 5 phr. 1 UrhG, v. note 6.

[9] « *Die Einräumung von Nutzungsrechten für noch nicht bekannte Nutzungsarten sowie Verpflichtungen hierzu sind unwirksam* » (L'aménagement de droits d'exploitation pour des utilisations non encore connues, ainsi que les obligations corrélatives sont sans effet) § 31 al. 4 UrhG.

[10] « La clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation ».

[11] Message posté par Adrien Beau, le 25 janvier 2004, à 15:56:00 : [archives de la liste de discussion](#), identifiant du message : 200401252156.00737@maya.enadir.net

[12] *Id.*, p. 34 et s ; Mélanie Clément-Fontaine, *La licence publique générale GNU [logiciel libre]* : Mémoire de DEA, Montpellier, 1999, <http://crao.net/gpl/>

[13] 1e civ. 27 février 1951 arrêt *Branly*. D. 1951, p. 329, note Desbois

[14] V. son site (<http://k.lenz.name/>) et faire une recherche avec "creative commons"

[15] Lamy droit de l'informatique et des réseaux, sous la responsabilité de M. Vivant, Ed. Lamy, édition 2003, p. 1507, n° 2625