



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

---

JUILLET 2004

---

## Sommaire

Le dollar et la mort -24/07/2004 .....	2
La refonte de la loi « informatique et libertés » : mise au point du Président de la CNIL -21/07/2004 .....	4
Refonte de la loi « Informatique et libertés » : la régression consommée -19/07/2004 .....	6
Fansubing et droit d'auteur : le sous-titrage par les fans d'œuvres protégées est-il légal? -19/07/2004 .....	9
Quel avenir pour la marque tridimensionnelle? -13/07/2004.....	13
La Loi sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 -12/07/2004 .....	16
Vers la reconnaissance du fonds de commerce et du bail commercial électronique ? -12/07/2004.....	25
Une action de « Google Bombing » peut-elle être considérée comme diffamatoire et ainsi condamnable ? -04/07/2004 .....	27

---

## Propriétés intellectuelles, Propriétés industrielles et commerciales

---

### Le dollar et la mort -24/07/2004

*Par Melle Marie-Alix Boussard, Allocataire de recherche .*



Alors que les prétentions de contrefaçon et de dénigrement de la société ESSO avaient été écartés le 30 janvier dernier, l'association Greenpeace a vu sa responsabilité engagée sur le fondement du dénigrement de la marque AREVA, propriété de la SPCEA), le 9 juillet écoulé.

Le 9 juillet dernier, le Tribunal de Grande Instance de Paris, statuant au fond, a rendu une décision originale compte tenu de sa propre jurisprudence du 30 janvier écoulé pour des faits similaires.

L'association Greenpeace a, à nouveau, « détourné » une marque afin de sensibiliser le public aux questions environnementales.

En l'espèce, Greenpeace avait utilisé la marque figurative AREVA (société des participations du commissariat à l'énergie atomique, ci-après SPCEA), constituée d'un « A » stylisé dont la barre horizontale était obliquement tournée. Greenpeace avait associé ce sigle à un symbole projeté au sol représentant une tête de mort placée au centre du symbole de la radioactivité.

L'association avait tantôt modifié la marque figurative de la société ESSO, remplaçant simplement sur ce sigle les « S » par le signe du dollar, « \$ ». La société ESSO avait fait valoir auprès du même tribunal, qu'un tel usage de la marque constituait d'une part, un acte de contrefaçon et d'autre part un acte de dénigrement. Dans une décision, d'un efficace pragmatisme, les juges écartaient les deux griefs, faisant valoir que la contrefaçon ne pouvait être matérialisée au regard du principe de spécialité et que le dénigrement n'était pas constitué dans la mesure où l'association dénonce « sous la forme qu'elle estime appropriée au but poursuivi les atteintes portées à l'environnement ».

Dans la dernière décision des juges du Tribunal de Grande Instance de Paris, la solution apparaît substantiellement différente : bien que la contrefaçon ne soit pas constituée,

l'usage de la marque de la société SPCEA constitue un acte de dénigrement, méritant réparation...Mieux vaut détourner la marque pour son caractère avide, que pour son caractère morbide.

1/ L'absence de contrefaçon

Dans les deux décisions précitées, les juges écartent la contrefaçon, qu'elle soit servile ou quasi-servile.

L'absence de reproduction de la marque est évidente. Il fallait préciser l'absence de contrefaçon par imitation.

Les faits sont similaires. Les juges ne pouvaient que retenir le même argumentaire. Il ne peut résulter de l'utilisation « politique » des marques en cause, une confusion dans l'esprit du public, élément constituant de la contrefaçon par imitation.

Il appert en effet, que même si le droit des marques ne connaît pas d'exception de parodie, la liberté d'expression – principe à valeur constitutionnelle – implique que toute personne, alors que ce droit n'est pas absolu, puisse faire part de ses opinions. Si une telle utilisation est motivée, il ne peut exister de confusion dans l'esprit du public qui ne peut confondre l'auteur d'un tel usage (Voir notamment cet argument dans l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris le 30 avril 2003, Affaire « jeboycottedanone »).

2/ La reconnaissance d'une démarche dénigrante

C'est sur ce point que l'attitude des juges divergent. Alors que pour l'utilisation de la marque ESSO n'avait pas été reconnue comme constitutive d'une volonté de dénigrement, l'utilisation de symbole tel que la tête de mort associée au signe de la radioactivité constitue, selon les juges, « une démarche purement dénigrante qui engage la responsabilité de leurs auteurs ».

La SPCEA fait valoir dans ses arguments, qu'elle n'entend pas heurter la liberté d'expression mais que cette dernière doit être limitativement encadrée dans une obligation générale d'objectivité et de prudence.

La prudence semble en effet, de mise. L'obligation d'objectivité semble plus difficilement conciliable avec le message politique.

Les juges dans des motifs d'une extrême rigueur, exposent « qu'une association aussi réductrice et définitive du sigle d'une société à l'image de la mort participe d'autant moins du débat d'idées que de la capacité d'AREVA à maîtriser l'énergie nucléaire n'est pas mise en doute par les associations Greenpeace ».

Compte tenu des décisions récentes rendues dans des cadres semblables (Aff. DANONE ; Aff. ESSO), on s'étonne ici que les juges, comme s'ils devaient juger du mérite de l'œuvre, s'intéressent aux arguments politiques justifiant l'usage, certes détourné, de la marque par l'association.

Pourtant, fallait-il sans doute rappeler, que si la liberté d'expression autorise de manière relative le détournement des marques, ces dernières restent des objets de propriété.

Par Melle Marie-Alix Boussard, Allocataire de recherche .

Pas de notes de bas de page

---

## Informatique et libertés, Droits de la personnalité

---

### La refonte de la loi « informatique et libertés » : mise au point du Président de la CNIL -21/07/2004

*Par Commission nationale de l'Informatique et des Libertés, (C.N.I.L) .*



Communiqué

**La nouvelle loi informatique et libertés, qui vient d'être adoptée définitivement le 15 juillet dernier, va permettre à la CNIL de renforcer son contrôle sur les fichiers ...**



Communiqué

La nouvelle loi informatique et libertés, qui vient d'être adoptée définitivement le 15 juillet dernier, va permettre à la CNIL de renforcer son contrôle sur les fichiers en disposant pour cela de moyens d'intervention accrus : ainsi les fichiers sensibles du secteur privé devront désormais être autorisés par la CNIL qui pourra en outre, en cas de non respect de la loi, prononcer des sanctions notamment d'ordre pécuniaire, interrompre et faire cesser un traitement. Contrairement à ce qui a pu être indiqué, cette refonte de la loi «informatique et libertés» ne constitue, en aucune façon, une «régression dans la protection des données».

Ce texte ne constitue que l'aboutissement d'un processus législatif engagé il y a plus de deux ans en janvier 2002, par le Gouvernement de Lionel Jospin.

On ne peut donc que s'étonner de l'effervescence provoquée par l'adoption de ce texte

lorsque l'on sait qu'il ne s'agissait que de son examen en quatrième lecture et que le contenu de la loi qui a été votée est le même pour l'essentiel que celui présenté à l'époque et adopté par l'Assemblée nationale et sa majorité de gauche en première lecture !

1. S'agissant de la création des fichiers de police, la nouvelle procédure prévue par la loi, qui figurait dans le texte initial présenté en 2002, ne requiert plus, comme c'est le cas actuellement, un avis favorable de la CNIL mais prévoit cependant la nécessité d'obtenir un avis motivé de la CNIL, avis qui devra en outre être publié. Le contrôle de la CNIL sur ces fichiers est donc maintenu ; il doit en outre être rappelé que la CNIL dans le cadre de l'exercice du droit d'accès indirect aux fichiers de police effectue un contrôle continu sur ces fichiers, effectuant chaque année près de 2000 vérifications.

2. La nouvelle loi informatique et libertés prévoit, et c'est une nouveauté, l'instauration possible de correspondants à la protection des données dans les entreprises ou les collectivités locales. Ce mécanisme qui est prévu par la directive européenne, existe déjà dans plusieurs pays tels que la Suède, les Pays Bas et surtout l'Allemagne et a pour objectif principal d'améliorer la diffusion d'une culture de la protection des données personnelles.

Les organismes qui auront ainsi désigné un correspondant et l'auront notifié à la CNIL, seront dispensés de formalités uniquement pour les fichiers peu sensibles, soumis simplement à déclaration. Bien entendu, ils devront demander une autorisation à la CNIL pour tous les traitements « sensibles ».

Le correspondant, qui devra bénéficier des qualifications requises pour exercer ses missions et assurer celles-ci d'une manière indépendante –selon les termes mêmes de la loi- ne pourra faire l'objet d'aucune sanction de la part de l'employeur. La CNIL pourra exiger qu'il soit déchargé de ses fonctions, «en cas de manquement constaté à ses devoirs», le premier de ces devoirs étant de tenir une liste des traitements informatiques des données personnelles effectués dans l'organisme.

3. Contrairement à ce qui a pu là aussi être prétendu, la loi récemment votée n'admet le principe de fichiers privés d'infractions que pour ceux concernant le téléchargement illicite de musique et de films sur Internet, mais ces fichiers devront expressément être autorisés par la CNIL. Autrement dit la CNIL aura tout pouvoir dans ce domaine.

En définitive si certaines procédures changent, les règles de protection des données et les droits des personnes, tels que reconnus par la loi informatique et libertés restent intacts et en particulier le droit d'accès, le droit, pour tout citoyen d'obtenir

communication des informations le concernant enregistrées dans un fichier.

Les questions de protection des données, parce qu'elles touchent à la vie privée et aux libertés individuelles, sont trop importantes pour être débattues sur la base de fausses informations ou de fantasmes

Par Commission nationale de l'Informatique et des Libertés, (C.N.I.L) .

Pas de notes de bas de page

---

## Informatique et libertés, Droits de la personnalité

---

### Refonte de la loi « Informatique et libertés » : la régression consommée -19/07/2004

*Par Ligue des Droits de l'Homme (LDH) Droits Et Libertés face à l'Informatisation de la Société (DELIS), Associations et I.R.I.S Imaginons un Réseau Internet Solidaire Association.*



**Communiqué commun DELIS, LDH et IRIS -**

#### Un vote confor...

► **Communiqué commun DELIS, LDH et IRIS -**

Un vote conforme du Sénat en deuxième lecture a permis sans surprise l'adoption définitive le 15 juillet 2004 du projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Ce projet est une refonte de la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978, par transposition de la Directive européenne de 1995.

Les quelques quarante associations et syndicats membres de l'intercollectif DELIS (Droits et libertés face à l'informatisation de la société), dont la LDH (Ligue des droits de l'homme) et IRIS (Imaginons un réseau Internet solidaire), s'étaient mobilisés dès connaissance de l'avant-projet de loi en septembre 2000 pour alerter l'opinion, la CNIL, la CNCDH, le gouvernement et la représentation nationale sur les dangers d'un abaissement très sérieux de la protection des citoyens face à la collecte, aux traitements et à l'utilisation de leurs données personnelles.

Ces dangers n'ont fait qu'augmenter à mesure de l'évolution du texte du projet de loi, au fil des lectures successives par les deux assemblées parlementaires : première lecture à

l'Assemblée nationale le 30 janvier 2002 (rapporteur : Gérard Gouzes, alors vice-président de la CNIL), première lecture au Sénat le 1er avril 2003 (rapporteur : Alex Türk, alors vice-président de la CNIL), deuxième lecture à l'Assemblée le 29 avril 2004 (rapporteur : Francis Delattre, membre de la CNIL), deuxième lecture au Sénat le 15 juillet 2004 (rapporteur : Alex Türk, élu entre-temps président de la CNIL).

À chaque étape, l'intercollectif DELIS a soumis à la CNIL, aux rapporteurs et aux parlementaires de tous les groupes politiques ses critiques précises sur le texte et ses propositions argumentées d'amendements. DELIS déplore qu'à partir de la première lecture au Sénat, ses représentants n'ont jamais reçu de réponse, tant de la part des rapporteurs que de celle de la CNIL, et que seuls les parlementaires de l'opposition ont bien voulu les recevoir et défendre des propositions de modification allant dans le sens d'une meilleure garantie pour les libertés individuelles et le droit à la vie privée.

Bien des aspects du texte adopté constituent une régression de la protection des citoyens jusqu'alors assurée par la loi « Informatique et libertés » de 1978, et tous ne sont pas la conséquence de la transposition de la Directive européenne de 1995. DELIS souligne en particulier : l'absence d'inclusion dans la liste des données sensibles des données génétiques et biométriques ; la diminution du contrôle préalable de la CNIL des fichiers de souveraineté ; la dispense de déclaration de fichiers par les entreprises ayant nommé un « correspondant aux données » sans que ce dernier bénéficie du statut protecteur nécessaire à son indépendance vis-à-vis de son employeur ; l'instauration d'un droit de constitution d'un véritable casier judiciaire privé, par les personnes morales victimes d'infraction, en vue de lutter contre et même de prévenir ces infractions, limitant de fait l'exercice des droits d'accès et de rectification des personnes ainsi fichées ; lorsque les personnes morales visées sont les sociétés de gestion de droits d'auteur, explicitement mentionnées dans le texte adopté, ce droit à la création de ce qu'on ne peut considérer que comme des fichiers de suspects ne souffre plus aucune limite.

Le Conseil constitutionnel devrait être logiquement saisi par l'opposition parlementaire à la suite de son vote contre ce texte. Si la décision du Conseil ne permet pas de revenir au niveau de protection dont les citoyens bénéficiaient avant l'adoption de cette loi, l'intercollectif DELIS, la LDH et IRIS se réservent la possibilité d'une plainte auprès de la Commission européenne, en vue d'un recours contre la France porté par la Commission devant la Cour de justice des Communautés européennes, pour infraction à la législation communautaire.

**Pour plus de détails, voir le dossier de DELIS avec l'ensemble des documents produits :**

<http://www.delis.sgdg.org/menu/transposition/directive.htm>

Version

anglaise

:

By voting identically to the National Assembly, the French Senate has allowed without surprise the final adoption on July 15, 2004, of the draft law on the protection of individuals with regard to the processing of personal data. This law revises the French Data Protection Act of January 6, 1978, and transposes the European Directive of 1995.

The some forty NGOs and trade-unions members of the French DELIS ("Droits et libertés face à l'informatisation de la société") coalition, among them the French Human Rights League ("Ligue des droits de l'homme", or LDH) and IRIS ("Imaginons un réseau Internet solidaire"), have been mobilizing as soon as they have had knowledge of the pre-draft law in September 2000, in order to alert the opinion, the CNIL ("Commission nationale de l'informatique et des libertés", the French Data Protection Authority), the CNCDH ("Commission nationale consultative des droits de l'homme", the National Human Rights Consultative Commission), the government and the Parliament, on the dangers of a severe reduction of the protection of citizens against the collection, the processings and the use of their personal data.

These dangers did nothing but increase with the evolution of the draft law, through its successive readings by the two French parliamentary assemblies: first reading by the National Assembly on January 30, 2002 (rapporteur: Gerard Gouzes, then vice-president of the CNIL), first reading by the Senate on April 1, 2003 (rapporteur: Alex Türk, then vice-president of the CNIL), second reading by the National Assembly on April 29, 2004 (rapporteur: Francis Delattre, member of the CNIL), second reading by the Senate on July 15, 2004 (rapporteur: Alex Türk, elected meanwhile president of the CNIL).

At each step, the DELIS coalition submitted to the CNIL, to the rapporteurs and to the members of Parliament of all the political groups, its precise criticisms to the text and its argued proposals for amendments. DELIS deplores that starting from the first reading by the Senate, its representatives never received answer, be it from the rapporteurs or from the CNIL, and that only the members of parliamentary opposition agreed to receive them and to submit amendment proposals allowing for a better guarantee for the respect of individual freedoms and the right to privacy.

Many aspects of the adopted text constitute a regression of the protection of citizens ensured so far by the Data Protection Act of 1978, and not all of them are a consequence of transposing the European Directive of 1995. DELIS underlines in particular: the absence of inclusion in the list of sensitive data of genetic and biometric data; the reduction of the preliminary control of the CNIL on sovereignty files; the file declaration exemption for private companies having appointed a "data correspondent", without ensuring this correspondent with a protected status, necessary to its independence with respect to his/her employer; introduction of the right to set up true private police records, by private entities victims of infringement, in order to fight against and to even



prevent these infringements, limiting de facto the exercise of the rights of access and of rectification of the filed persons; when these private entities are authors, performers, phonogram and videogram producers royalty collection organizations, explicitly mentioned in the adopted text, this right to create what one cannot consider as nothing but files of suspects does not suffer any limit anymore.

Logically following its vote against this text, the parliamentary opposition would submit the adopted law to the French Constitutional Council. If the Council Decision does not allow to restore the level of protection enjoyed by French citizens before the adoption of this law, the DELIS coalition, the LDH and IRIS reserve themselves the possibility of filing a complaint with the European Commission, in order to have it carried by the Commission before the Court of Justice of the European Communities, against France for infringement of the Community legislation. **More details available in DELIS dossier with all the produced documents (in French):**  
<http://www.delis.sgdg.org/menu/transposition/directive.htm>

**See also EDRI-gram newsletter, Number 2.8, 21 April 2004 (in English):**  
<http://www.edri.org/cgi-bin/index?id=000100000148>

Par Ligue des Droits de l'Homme (LDH) Droits Et Libertés face à l'Informatisation de la Société (DELIS), Associations et I.R.I.S Imaginons un Réseau Internet Solidaire Association.

Pas de notes de bas de page

---

## Propriétés intellectuelles, Droit d'auteur

---

### Fansubbing et droit d'auteur : le sous-titrage par les fans d'œuvres protégées est-il légal? -19/07/2004

*Par M. Sulliman Omarjee, Juriste .*



Le simple fait de se considérer comme fan est-il une justification suffisante pour assurer l'impunité au regard du droit de la protection des œuvres ? Il est malheureusement nécessaire d'oter certaines illusions aux "fansub" face aux idées reçues.

► Le terme fansubbing vient de la contraction des mots anglais « *fan* » et « *subtitle* ». Il désigne le sous-titrage de séries étrangères par une équipe de traducteurs et de sous-titres (la « *team* ») qui les rend aussitôt disponible pour les membres du groupe de fan auquel elle appartient (le « fansub »), et selon le cas pour tout un chacun sur le Net.

Ainsi, si votre anglais n'est pas aussi riche que votre *tailor* et que vous mourrez d'impatience de voir la suite des épisodes de séries comme Buffy, Smallville ou encore Friends..., nul n'est besoin pour vous d'attendre l'été prochain la sortie en France de la dernière saison doublée dans notre langue ; grâce au fansubbing, vous pouvez enfin tuer le suspense et découvrir les derniers épisodes sous-titrés en français par la " *team*". Certes, il ne s'agit pas d'un doublage mais au moins la traduction des dialogues vous offrira l'avantage de comprendre ce qui se passe. Outre les séries américaines, le phénomène touche énormément les mangas japonais et n'est pas forcément exclusif des séries françaises. Ne vous étonnez donc pas si par exemple vous tombez entre deux clics sur une version de la série « Sous le soleil » sous-titrée dans une autre langue par une *team* de fan. Il existe en effet autant de fansub que de langues vivantes et de séries.

Parce qu'ils ont le sentiment de servir avant tout leur série culte, d'en faire la promotion voire même de faire découvrir au public français certaines séries étrangères jusqu'alors non encore exploitées en France, les fansubbers n'ont pas le sentiment de braver les foudres du droit d'auteur. Au contraire, ils remettent souvent en cause la qualité des doublages français et estiment offrir une traduction beaucoup plus fidèle (ce qui peut être vrai il faut l'admettre dans certains cas).

Pour autant, le simple fait de se considérer comme fan est-il une justification suffisante pour assurer l'impunité au regard du droit de la protection des œuvres ?

Il est malheureusement nécessaire d'oter certaines illusions aux fansub face à de fausses idées reçues.

## 1. Le fansubbing serait légal car les traductions contribuent au succès des séries

FAUX. L'article L 122-4 du code de propriété intellectuelle (ci après cpi) interdit expressément **les traductions** faites sans le consentement de l'auteur ainsi que les adaptations ou transformation, arrangements ou reproductions faites par un procédé quelconque[1].

Même si les doublages ou les traductions existantes sont de qualité médiocre aux yeux des fans, elles restent celles autorisées par l'auteur ; il ne leur appartient pas d'y substituer leur propre traduction, aussi talentueuse puisse t-elle être, et de la diffuser à des tiers. Il est donc **obligatoire** de requérir l'autorisation de l'auteur. Le fait que le fansubbing puisse contribuer au succès des séries n'emporte absolument aucune conséquence sur cette obligation.

D'autre part, l'auteur jouit également du **droit moral à la paternité de l'œuvre** (c'est à

dire le droit à être reconnu comme son auteur) **et au respect de celle ci** : il est le seul à pouvoir la modifier. L'insertion des sous-titres dans l'œuvre ainsi que l'association du nom de la *team* auteur de la traduction avec le nom de la série le plus souvent dans le générique, constituent indubitablement une atteinte à ces deux droits moraux.

A titre illustratif, la jurisprudence a déjà condamné la télédiffusion d'une œuvre audiovisuelle avec incrustation d'un logo[2] ou encore dans l'illustre affaire *Huston* la colorisation non autorisée d'un film en noir et blanc[3]. Le fansubbing ne peut échapper à la règle.

Enfin, la mise à disposition du tout (c'est à dire de l'œuvre incrustée de ces sous-titres), à tous tiers qu'ils fassent partie du fansub ou pas, constitue une **reproduction non autorisée de l'œuvre** caractérisant la contrefaçon. En effet, il est de jurisprudence constante que la numérisation d'œuvres protégées aux fins de diffusion sur Internet sans l'autorisation du détenteur des droits constitue une contrefaçon[4]. L'exception de copie privée ne peut être invoquée ici car les reproductions ne sont pas destinées à l'usage exclusif du copiste mais bel et bien à l'utilisation collective des fans, ce qui est expressément interdit par l'article L 122-5 du même code[5].

## **2. Le fait qu'une série étrangère n'ait pas encore fait l'objet d'exploitation en France exonèrerait les fansub de toutes responsabilités**

FAUX. Il existe des conventions internationales qui ont vocation à s'appliquer. C'est le cas de la convention de Berne sur le droit d'auteur ou encore le traité de l'OMPI de Genève auxquels la France est partie avec de nombreux pays dont les Etats-Unis.

Ainsi, l'article 5 de la Convention de Berne[6] confère aux œuvres étrangères à un pays membre de la Convention la protection nationale de ce pays. En d'autres termes, une œuvre étrangère pourra bénéficier en France de la protection du droit d'auteur français[7]. Dès lors, les détenteurs de droits d'une œuvre étrangère pourront légitimement invoquer le raisonnement exposé dans notre précédente partie.

En l'absence de conventions internationales, c'est l'article L 111.4 du cpi[8] qui trouvera lieu à s'appliquer : sous réserve que soit constatée la réciprocité des protections entre cet Etat et la France, une œuvre divulguée pour la première fois sur le territoire d'un autre Etat sera protégée en France en vertu de la législation française. On aboutira donc toujours au même raisonnement.

D'autre part, l'alinéa 2 de l'article L 111-4 crée une sorte de sphère d'inviolabilité des droits moraux de paternité et d'intégrité de l'œuvre en marge des dispositions du premier alinéa : en dépit de l'existence d'une réciprocité des protections entre Etats ou encore

d'une convention internationale, on ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'œuvre (c'est à dire la modifier de quelque manière que ce soit) ni au droit de son auteur à être reconnu en tant que tel. Une excellente illustration se trouve toujours dans l'affaire Huston précitée ou la Cour de Cassation a considéré que cette règle devait être considérée comme une loi impérative tout comme la loi investissant l'auteur d'un droit moral ; dès lors, les héritiers du réalisateur d'un film américain en noir et blanc étaient fondés à s'opposer à sa « colorisation » nonobstant les dispositions de la loi américaine[9]. La même solution s'impose pour l'incorporation de sous-titres et logos de *team*, propres du fansubbing.

Par conséquent, même si certaines séries n'ont pas fait l'objet d'une exploitation en France, leur mise à disposition sous-titrée via le Net à destination d'un public français constituera inéluctablement une contrefaçon.

### **3. Il existerait une tolérance du fait de la non-poursuite des fansub alors même que les détenteurs de droits sur la série en cause sont conscient du phénomène**

FAUX encore une fois. Ce n'est pas parce qu'aucune action n'est intentée qu'il faut en déduire une acceptation tacite du phénomène, encore moins et certainement pas un droit ! L'action en contrefaçon est imprescriptible ; l'auteur est libre de la déclencher à tout moment.

Il reste au final de biens maigres consolations pour les fansubbers : certains traducteurs auraient parait-il proposé leurs traductions à des maisons de production qui, enchanté par la qualité de leur travail, les auraient embauchés.

Ironiquement, les rôles seraient alors inversés la traduction de l'œuvre devenant alors autorisée par l'auteur. Dans ce cas, l'article L 112-3 du cpi reconnaît **aux auteurs de traductions**, adaptations, transformations ou arrangement des œuvres de l'esprit (ce qui pourrait également inclure les sous-titres) la protection du droit d'auteur **sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale**.

En d'autres termes, de contrefacteur le traducteur peut lui-même devenir ...auteur !

*Par Sulliman OMARJEE, juriste de Propriété Intellectuelle & droit des NTIC - DEA de Droit des Créations Immatérielles – LLB*  
s.omarjee@laposte.net

Par M. Sulliman Omarjee, Juriste .

[1] « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement par un art ou un procédé quelconque » (art L 122-4 du cpi).

[2] Paris, 1ere Ch., 25 oct. 1989

[3] Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 1991, Huston

[4] TGI Paris, réf., 14 août 1996, Aff Brel ; Paris, réf., 5 mai 1997 ; TGI Montpellier 24 sept. 1999

[5] « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire...les copies ou reproductions strictement privées réservées à l'usage privé du copiste **et non destinée à une utilisation collective**... » (art. L 122-5 2° du code de propriété intellectuelle)

[6] « Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, **dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre**, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention », art. 5-1° de la Convention de Berne.

[7] Paris 8 juin 1971, JCP 1973, II, 427, note Plaisant : « Il découle de la Convention de Berne que sur le territoire national, seul s'applique aux œuvres étrangères la loi nationale ».

[8] « Sous réserve des dispositions des conventions internationales auxquelles la France est partie, dans le cas où, après consultation du ministre des Affaires étrangères, il est constaté qu'un Etat n'assure pas aux œuvres divulguées pour la première fois en France sous quelque forme que ce soit une protection suffisante et efficace, les œuvres divulguées pour la première fois sur le territoire de cet Etat ne bénéficient pas de la protection reconnue en matière de droit d'auteur par la législation française. Toutefois, aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité ni à la paternité de ces œuvres. » (art L 111-4 du cpi)

[9] Cass. Civ. 1ere 28 mai 1991 aff. Huston, D. 1993, 197, note Raynard.

---

## Propriétés intellectuelles, Propriétés industrielles et commerciales

---

### Quel avenir pour la marque tridimensionnelle? - 13/07/2004

Par M. Eric DUPONT, Conseil en propriété industrielle, Cabinet Nextmarq .



La quasi-impossibilité d'obtenir, au niveau communautaire, l'enregistrement de marques tridimensionnelles constituées de la forme du produit ou de son emballage, sonne aujourd'hui comme une évidence. Pourtant,

...

► La quasi-impossibilité d'obtenir, au niveau communautaire, l'enregistrement de marques tridimensionnelles constituées de la forme du produit ou de son emballage, sonne aujourd'hui comme une évidence. Pourtant, si l'on perçoit bien la logique des instances communautaires au travers des différentes décisions des Chambres de Recours de l'OHMI, du TPI CE et de la CJCE, il existe des raisons de s'interroger sur le bien-fondé d'une telle prise de position.

Seule une infime partie des demandes d'enregistrement de marques en trois dimensions est en effet acceptée par l'Office, celui-ci estimant que les formes présentées sont

"incapables d'indiquer l'origine des produits couverts".

Les instances communautaires ne cessent de confirmer cette tendance à rejeter quasi-systématiquement les demandes d'enregistrement de marques tridimensionnelles, bien que les critères d'appréciation du caractère distinctif de ces marques ne soient pas différents de ceux applicables aux autres types de marques (verbales et figuratives).

Ainsi, le caractère distinctif d'une marque constituée par la forme du produit ou par son emballage - c'est une constante - s'avère en pratique plus difficile à démontrer que pour les marques verbales ou figuratives.

De nombreuses décisions des Chambres Recours, du TPI CE et de la CJCE illustrent ce phénomène. Parmi celles-ci, le cas classique du refus de la protection à titre de marque de détergents présentés sous forme de tablettes est pour le moins significatif:

Par plusieurs arrêts en date du 29 avril 2004, la Cour de justice des Communautés européennes vient de confirmer la position du TPI CE qui refusait la protection à titre de marque de la forme en tablette de certains détergents (CJCE, 29 avr. 2004, Procter & Gamble, aff. C-468/01 P à C-472/01 P et C-473/01 P et C-474/01 P ; CJCE, 29 avr. 2004, Henkel, aff. C-456/01 P et C-457/01 P).

Dans ces arrêts, la Cour reprend la lettre son arrêt Henkel du 12 février 2004 et rappelle qu'"un signe composé de la forme tridimensionnelle d'une tablette pour lave-linge ou lave-vaisselle, en combinaison avec l'agencement des couleurs de cette tablette, peut, en principe, constituer une marque pour autant que les deux conditions mentionnées au point précédent sont remplies".

Cependant, selon la Cour "les consommateurs moyens n'ont pas pour habitude de présumer l'origine des produits en se fondant sur leur forme ou celle de leur emballage, en l'absence de tout élément graphique ou textuel, et il pourrait donc s'avérer plus difficile d'établir le caractère distinctif s'agissant d'une telle marque tridimensionnelle que s'agissant d'une marque verbale ou figurative".

Une autre décision de la 1ère Chambre des Recours de l'OHMI (11/05/2004; R104/2003-1) concernant une demande d'enregistrement portant sur une forme de montre-bracelet de la société ROLEX, est également significative de la position des instances communautaires à l'égard des marques tridimensionnelles.

En effet, la Chambre a estimé que la marque présentée à l'enregistrement était dépourvue de caractère distinctif et a rappelé sa position traditionnelle. Selon elle, "Rien

n'indique que le consommateur de référence identifie et mémorise l'origine d'une montre-bracelet ou d'un chronomètre par sa forme. En effet, le consommateur confronté à un choix entre de nombreuses marques de montres-bracelets se référera plutôt à une marque verbale pour identifier l'entreprise d'origine de ce produit".

La seule issue pour obtenir de manière assez sûre l'enregistrement d'une marque tridimensionnelle dont le caractère distinctif *prima facie* n'est quasiment jamais reconnu par l'OHMI, demeure en définitive de démontrer le caractère distinctif de la marque, acquis par l'usage, antérieurement au dépôt.

Cette argumentation doit établir qu'en raison de l'usage de la forme en question sur une partie substantielle du territoire de l'Union Européenne, le signe en cause était antérieurement au dépôt, perçu par le public pertinent comme un signe distinguant les produits en cause comme provenant d'une entreprise déterminée. Cela étant, cette argumentation devra, pour être recevable, être appuyée par de solides éléments de preuve.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, lors de l'appréciation du caractère distinctif acquis par l'usage, doivent notamment être prises en considération la part de marché détenue par la marque, l'intensité, l'étendue géographique et la durée de l'usage de la marque, l'importance des investissements faits par l'entreprise pour la promouvoir, la proportion des milieux intéressés qui identifie le produit comme provenant d'une entreprise déterminée grâce à la marque, ainsi que les déclarations de Chambres de Commerce et d'Industrie ou d'autres associations professionnelles.

Ces décisions soulignent donc la difficulté d'obtenir l'enregistrement d'une marque communautaire tridimensionnelle si l'on ne prouve pas l'acquisition du caractère distinctif par l'usage.

Pour les instances communautaires et notamment la CJCE, c'est un parti pris que de considérer que le consommateur moyen n'est pas habitué à apprécier l'origine des produits en se basant sur leur forme ou emballage.

Sans remettre en cause la réalité des faits derrière lesquels les instances communautaires se retranchent, force est de constater que l'affirmation de la Cour demeure péremptoire et non prouvée.

Pour le moins, une étude comportementale du consommateur face aux signes tridimensionnels aurait pu servir de base à une telle prise de position. Or, à notre connaissance, il n'est fait mention d'aucune étude de ce type ou de toute autre base

scientifique ou comportementale venant appuyer la thèse de l'incapacité ou à tout le moins de la difficulté du consommateur moyen à identifier l'entreprise d'origine d'un produit au moyen de sa forme ou de celle de son emballage.

De ce fait, le seul moyen d'espérer obtenir à terme, l'enregistrement d'une marque tridimensionnelle demeure pour l'instant, de protéger la forme d'un produit par le dépôt d'un modèle communautaire, puis de déposer une marque tridimensionnelle après un usage suffisant pour que la forme ait acquis un caractère distinctif.

Après s'être montré à l'origine, délibérément favorable, à l'enregistrement des marques tridimensionnelles l'OHMI, suivi par le TPI CE et la CJCE, opère depuis quelques années un revirement radical en restreignant le domaine de la marque communautaire et en incitant les déposants à se reporter en matière de signes tridimensionnels sur le modèle communautaire, effectif depuis l'année dernière.

C'est peut-être une coïncidence, mais il ne fait nul doute que la position très rigide des instances communautaires en matière de marques tridimensionnelles, sera de nature à contribuer fortement au succès du tout jeune modèle communautaire.

Eric DUPONT, Conseil en Propriété Industrielle

[eric.dupont@nextmarq.com](mailto:eric.dupont@nextmarq.com)

Cabinet NEXTMARQ: [www.nextmarq.com](http://www.nextmarq.com)

Par M. Eric DUPONT, Conseil en propriété industrielle, Cabinet Nextmarq .

Pas de notes de bas de page

---

## Economie numérique, Responsabilité

---

### La Loi sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 -12/07/2004

Par Me. Murielle-Isabelle Cahen, Avocate .



Le 21 juin 2004, la loi sur la confiance dans l'économie numérique était promulguée après plus de 18 mois de navette parlementaire.



► Le 21 juin 2004, la loi sur la confiance dans l'économie numérique était promulguée après plus de 18 mois de navette parlementaire.

En effet, le 15 janvier 2003 : le Gouvernement décide de présenter un projet de loi qui instituerait une véritable droit de l'Internet. S'en suit entre février 2003 et avril 2004, un va et vient parlementaire : l'Assemblée nationale et le Sénat modifient et adoptent tour à tour le projet de loi.

Le 27 avril 2004, la Commission mixte paritaire l'entérine.

Les 6 et 13 mai, les députés et les sénateurs adoptent définitivement le projet de loi.

Le 10 juin, le Conseil constitutionnel saisi par 60 députés et 60 sénateurs apporte quelques modifications mineures pour être en conformité avec la Constitution.

Le 21 juin, la loi est promulguée et entre en vigueur le 23 juin 2004.

Cette loi transpose la Directive européenne du 8 juin 2000 relative au commerce électronique et une partie de la Directive européenne du 12 juillet 2002 relative à la protection des données personnelles dans les communications électroniques.

Elle comporte 58 articles qui instituent un nouveau cadre juridique à Internet. Tous les acteurs d'Internet sont abordés : éditeurs de site, internautes, prestataires techniques, consommateurs, vendeurs...

Les quatre axes importants de la LEN sont : l'institution d'une liberté de communication en ligne (1), l'encadrement du commerce électronique (2), la publicité par voie électronique (3) et la lutte contre la cybercriminalité (4).

## **1. L'institution d'une liberté de communication en ligne**

- **Des définitions « nécessaires »**

- **La communication au public par voie électronique**

La LEN apporte des modifications à la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication. Elle précise plusieurs points spécifiques à Internet.

L'article 1 de la Loi crée une nouvelle catégorie générique : la communication au public par voie électronique.

La communication au public par voie électronique se définit comme étant la « mise à disposition du public ou de catégorie de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère de correspondance privée ».

Cette communication est libre mais peut être limitée dans un « but de protection de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et pour la sauvegarde de l'ordre public ».

La communication au public par voie électronique comprend les services de communications audiovisuelles et les services de communications au public en ligne.

Il est donc mis fin à toute ambiguïté sur la nature juridique des services de l'Internet. Une catégorie spécifique leur est créée : les services de communications au public en ligne.

La Loi donne une définition de ces services : il s'agit de « toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur.

Les principales dispositions applicables à la communication audiovisuelle (communication au public par la radio ou la télévision) sont désormais explicitement applicables aux services de l'Internet.

#### - **Le courrier électronique**

La loi donne une définition du courrier électronique.

En effet, l'article – IV énonce : « 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 ne le récupère ».

La définition est large et le risque d'assimiler un courrier électronique avec une communication au public est possible. En effet, aucune distinction n'est faite entre l'email privé ou confidentiel et ceux envoyés, par exemple, via des Forums de discussion qui peuvent être assimilés à une communication au public.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 10 juin 2004, a indiqué que cette définition se bornait à expliciter un procédé technique. Le régime juridique de la correspondance privée n'était donc pas affecté. Il reviendra donc au juge, en cas de contestation, de trancher la question.

- **La responsabilité civile et pénale des prestataires techniques**

La LEN prévoit un nouveau régime de responsabilité des prestataires techniques en son article 6. Sont donc concernés les hébergeurs et les fournisseurs d'accès à Internet.

Après avoir envisagé une obligation générale de surveillance à la charge des prestataires techniques qui a fait l'objet de nombreuses critiques, la LEN reprend l'idée de neutralité prévue dans la Directive européenne du 8 juin 2000.

Elle énonce, en effet, à l'article 6-1-7 « Les personnes mentionnées ... ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elle transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ».

La responsabilité des intermédiaires techniques n'est donc engagée que s'ils ont une connaissance effective du « caractère illicite du contenu des sites Web ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère et que, dès lors qu'ils en ont eu connaissance, ils n'ont pas agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ».

Les prestataires techniques n'ont pas une obligation de surveillance a priori du contenu des sites Web. Il est donc nécessaire que le contenu illicite soit porté à sa connaissance.

Les internautes peuvent signaler ces contenus illicites. La loi prévoit également que le juge peut en ordonner le retrait.

Les prestataires doivent donc faire preuve de célérité : agir promptement à la demande de l'autorité judiciaire ou dès qu'un contenu illicite leur a été signalé par un tiers.

La LEN oblige ces prestataires à mettre en place « un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance les contenus illicites ». Il s'agit de lutter activement contre les contenus faisant l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale, la pornographie enfantine (article 6-1-7).

L'AFA (l'Association des fournisseurs d'accès et de services Internet) vient de signer avec

Patrick Devedjian, ministre délégué à l'Industrie, une charte de bonne conduite qui définit les contributions de la profession en matière de lutte contre les contenus attentatoires à la dignité humaine. Cette charte prévoit donc la mise en ligne d'un formulaire pour signaler les contenus ou activités illicites, la mise à disposition d'informations et de systèmes de filtrage pour les internautes.

Par ailleurs, la loi prévoit que ces prestataires servent de relais de transmission avec les pouvoirs publics. En effet, ils ont l'obligation de d'informer promptement les autorités compétentes de ces contenus et activités illicites.

Ils doivent, en outre, prendre les mesures nécessaires pour conserver les données de nature à permettre l'identification de quiconque qui aurait contribué à la création du contenu illicite d'un service de communication au public en ligne. Les autorités judiciaires pourront, en effet, être amenées à vouloir consulter lesdites données (article 6-II).

Ces dispositions responsabilisent les prestataires techniques. Leur responsabilité est renforcée sans les obliger à cette surveillance générale tant décriée par les professionnels de l'Internet.

Il est à signaler que le législateur, peut-être soucieux de préserver les fournisseurs d'hébergement d'un flot incontrôlable de réclamations, a eu l'idée d'introduire une disposition nouvelle en créant une infraction pénale rédigée en ces termes : "Le fait, pour toute personne, de présenter aux personnes mentionnées ... , un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est punie d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende".

- **Les obligations des éditeurs en ligne**

- **Une identification obligatoire**

En son article 6-III, la loi pour la confiance dans l'économie numérique précise que les éditeurs de site Web (agissant à titre professionnel ou non) doivent mettre à la disposition des internautes plusieurs informations.

En effet, pour les éditeurs agissant à titre professionnel, le site Web doit comporter des mentions permettant leur identification :

- nom, raison sociale, adresse et numéro de téléphone de l'hébergeur,
- nom du Directeur de publication, l'adresse, numéro de téléphone, numéro de

RCS, capital social, adresse du siège social dans le cas où l'éditeur agit à titre professionnel.

Les éditeurs en ligne à titre non professionnel n'ont pas l'obligation de s'identifier. Seules les coordonnées de l'hébergeur doivent être indiquées.

Il faut savoir que l'absence de ces informations est punie d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Les personnes morales peuvent être punies, au regard des articles 131-38 et 131-39 du Code pénal, de 375 000 euros d'amende, d'une interdiction d'exercer pendant cinq ans son activité professionnelle et/ou d'une obligation d'afficher ou de diffuser la décision du Tribunal pour qu'elle soit connue de tous.

#### - **Le délai de prescription des délits de presse**

Au départ, le projet de loi instituait deux délais de prescription des délits de presse en ligne.

En effet, le projet de loi prévoyait que l'infraction constituée par la diffusion sur Internet d'un message au contenu litigieux déjà paru dans la presse « papier » se prescrivait par trois mois à compter de sa publication.

En outre, il était prévu qu'un message au contenu illicite n'ayant pas été préalablement diffusé dans la presse « papier » était prescrit par trois mois à compter de la cessation de sa mise à disposition au public.

Le Conseil constitutionnel a censuré ces dispositions dans sa décision du 10 juin 2004. En effet, les Sages ont déclaré que ce délai de prescription est contraire à la Constitution. Les deux régimes sont abandonnés.

L'article 6-IV et V énonce donc que le délai de prescription des délits de trois mois court à compter de la diffusion du message au contenu illicite, peu importe qu'il s'agisse d'une reproduction d'un message diffusé dans la presse « papier » ou uniquement sur Internet.

Le régime de prescriptions des délits de presse ne change donc pas, les dispositions prévues par la loi du 29 juillet 1881 continuent de s'appliquer.

#### • **Le droit de réponse des internautes**

Les internautes ont désormais un droit de réponse en ligne, aménagé par la LEN.

En effet, « Toute personne nommée ou désignée dans un service de communication au public en ligne dispose d'un droit de réponse, sans préjudice des demandes de correction ou de suppression du message qu'elle peut adresser au service » (article 6-IV).

Ce droit de réponse est adressé au Directeur de publication dans les trois mois à compter de la publication du message diffamatoire, injurieux, illicite.

Le Directeur a trois jours pour diffuser le droit de réponse, sinon, il s'expose à une peine d'amende de 3750 euros.

Les responsables de Forums de discussion sont donc désormais soumis à cette obligation. Ils doivent prévoir la mise en ligne d'un droit de réponse aux internautes.

## 2. L'encadrement du commerce électronique

### • Une définition plus large

L'article 14 de la LEN donne une définition du commerce électronique : « Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de service ».

Mais cette définition ne s'arrête pas là. En effet, les personnes qui fournissent des « informations en ligne, des communications commerciales ou des outils de recherche, d'accès ou de récupérations de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations » sont concernées par les articles relatifs au commerce électronique.

Cette définition large du commerce électronique se veut conforme aux dispositions de la Directive européenne du 8 juin 2000.

### • Une meilleure protection des consommateurs

Les vendeurs sur Internet sont responsables de plein de droit de la bonne exécution de des obligations résultant du contrat (article 15).

La loi renforce la protection des consommateurs : les vendeurs sont soumis à une obligation d'informations vis-à-vis des consommateurs (article 19).

Il doit mentionner, par « un accès facile, direct et permanent » :

- son identité (nom et raison sociale s'il s'agit d'une personne morale),

- son adresse
- son mail et son numéro de téléphone,
- les prix des biens et services,
- les conditions générales de vente.

- **Un contrat électronique réglementé**

Désormais pour que le contrat soit valable, le consommateur doit avoir au préalable la possibilité de vérifier sa commande : un récapitulatif de la commande doit être prévu par le vendeur avant toute validation (article 25-II prévoyant la modification de l'article 1369-1 du Code civil).

Le consommateur doit, par ailleurs recevoir un accusé réception lui indiquant que sa commande a bien été prise en compte et validée (article 25-II).

Par ailleurs, le vendeur est tenu de conserver une trace écrite de la commande : le délai de conservation sera fixé ultérieurement par décret (article 27).

### **3. La publicité par voie électronique**

Selon l'article 20 de la LEN, toute publicité accessible par un service de communication au public en ligne doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. De plus, la personne morale ou physique qui a émis cette publicité doit être identifiable par l'internaute.

L'article 22 transpose les dispositions de la Directive européenne du 12 juillet 2002 relative au traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. Cet article réglemente ainsi la prospection commerciale.

La prospection directe, c'est-à-dire « au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur et d'un courrier électronique, de toute personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen », est interdite. Tous les modes de communication à distance sont concernés par ce nouveau régime.

Mais par dérogation, la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées électroniques du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de service, si elle concerne des produits ou services analogues à ceux antérieurement fournis par la même personne, et si le destinataire se voit offrir, de

manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées électroniques lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé.

La prospection commerciale est possible si le destinataire de l'email y a préalablement consenti. Il s'agit du régime de l'opt-in.

Aucune définition du spamming n'est donnée. Les modalités de l'envoi de la publicité ni le contenu de cette publicité ne sont précisées. Il pourra donc être difficile de déterminer s'il s'agit d'un e-mailing ou de spamming.

#### **4. La lutte contre la cybercriminalité**

Les acteurs de l'Internet (du prestataire technique à l'éditeur en ligne ne passant par l'internaute) sont sensibilisés à la lutte contre la cybercriminalité.

Outre le fait que les prestataires techniques doivent conserver et transmettre aux autorités judiciaires les données permettant l'identification d'une personne auteur d'une infraction sur Internet, les dispositions de l'article 227-23 du Code pénal sont renforcées. La pornographie infantile et notamment via Internet est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Désormais, avec la LEN, la tentative de commettre ces faits devient punissable.

Par ailleurs, le fait d'offrir et plus seulement le fait de diffuser des images pornographiques représentant des enfants sera également punissable.

La LEN prévoit, en son article 43, la possibilité de procéder à la saisie des données informatiques nécessaires à la manifestation de la vérité. Le juge d'instruction peut même décider que ces données soient définitivement effacées si une copie a été effectuée.

Les dispositions relatives aux atteintes au système de traitement automatisé de données prévues aux articles 323-1 et suivants du Code pénal sont modifiées : les peines sont aggravées.

Par exemple, l'intrusion ou le maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données est puni de deux d'emprisonnement (au lieu d'un an) et de 30 000 euros d'amende (au lieu de 15 000 euros).

La suppression, la modification ou l'altération des données contenues dans le système ou



de son fonctionnement sont punies de trois ans (au lieu de deux ans) d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (au lieu de 30 000 euros).

Une nouvelle infraction est également prévue : le fait d'offrir, de détenir, de céder, de mettre à disposition un équipement informatique permettant la commission d'une infraction est sanctionné (article 323-3-1 du Code pénal).

**La LEN prévoit un régime juridique autonome pour tous les services de l'Internet. Entrée en vigueur le 23 juin 2004, les acteurs de l'Internet doivent donc être vigilants et veiller au respect de ce nouveau cadre juridique.**

Par Me. Murielle-Isabelle Cahen, Avocate .

Pas de notes de bas de page

---

## Economie numérique, Droit des contrats

---

### Vers la reconnaissance du fonds de commerce et du bail commercial électronique ? -12/07/2004

Par M. Fernando Silva, vers la reconnaissance du fonds de commerce et du bail commercial électronique .



**Depuis 1995, année présentée comme celle de la vulgarisation de l'internet, il ne fait plus aucun doute que cet espace est devenu un nouveau canal de distribution commerciale.**

► Depuis 1995, année présentée comme celle de la vulgarisation de l'internet[1], il ne fait plus aucun doute que cet espace est devenu un nouveau canal de distribution commerciale.

Afin de saisir l'ampleur prise par le phénomène, il suffit de s'arrêter sur les dernières données chiffrées relatives à l'internet. Au premier trimestre 2004, la population internaute française a franchi la barre des 23 millions. Désormais 56% des requêtes sur les moteurs de recherche sont de nature commerciale et le nombre d'acheteurs en ligne, qui était de 8,7 millions fin mars 2003, a crû de 38% en un an, alors que dans le même temps, le nombre d'internautes n'a progressé que de 11%.

Aujourd'hui, il existe deux catégories de site internet, les sites dits « informationnels » à des fins de communication d'informations de toutes nature et les sites dits « marchands » ayant pour but de commercer sur le réseau. Etant de véritables

« boutiques virtuelles » permettant de fidéliser la clientèle mais également de prospecter de nouveaux marchés, seuls ces derniers seront étudiés. L'internet présente la double potentialité pour les entreprises d'accroître leur clientèle en limitant leur frais de communication et, comme ce fut le cas pour les années précédentes[2], la plupart des marchands électroniques ont enregistré des croissances à deux chiffres pour le premier trimestre 2004.

La dimension prise par le commerce électronique s'explique à la fois par la baisse des prix du matériel informatique, l'amélioration du taux de couverture de la connexion haut débit, l'augmentation du nombre de connectés au haut débit, la confiance accrue des cyber-consommateurs vis-à-vis de l'achat en ligne, notamment avec le développement de la cryptologie, ainsi que les prix des produits plus avantageux. Le développement de l'internet a suscité et continue d'alimenter chez les juristes, réflexions et questions, souvent de grande portée pratique. En parallèle aux activités matérielles, l'internet a créé un espace virtuel dans lequel s'est développé l'ensemble « des activités terrestres ». Aujourd'hui, les questions que se posent les commerçants sont relatives à leur exploitation dématérialisée. Qu'attendent aujourd'hui les consommateurs internautes ? Comment construire une stratégie-client qui leur convienne ? Comment, en particulier, dégager des informations pertinentes des quantités de données recueillies chaque jour ? Comment assurer une cohérence entre les différents canaux de sollicitation de sa clientèle ?

Si pour certains auteurs, le droit de l'internet n'est qu'une déclinaison de la propriété intellectuelle, il nous semble que le Droit se doit de l'appréhender dans toutes ses branches. Ainsi la question mérite d'être posée, peut-on transposer au commerce électronique les règles relatives à la clientèle et au bail commercial alors qu'elles ont été édictées et interprétées pour un contexte matériel ? En d'autres termes, le cyber-commerçant dispose-t-il d'un fonds de commerce ? Peut-il bénéficier de la législation relative aux baux commerciaux ? Afin de répondre à la seconde question il est nécessaire de solutionner la première.

A notre connaissance, aucun tribunal n'a eu l'occasion de se prononcer en la matière, et il n'existe aucun cadre légal régissant l'universalité qu'est le site internet[3].

Il nous semble que l'internet constitue simplement un nouveau canal de distribution, de sorte que l'ensemble des solutions classiques trouve pleinement à s'appliquer dans ce contexte novateur. En effet, ainsi que le constate monsieur le Professeur Leveneur[4], « le droit ne s'adapte aux faits qu'avec plus ou moins de retard ».

**SILVA****Fernando**

DEA Obligations civiles et commerciale

DESS Droit des affaires et de la fiscalité

fernandosilva@wanadoo.fr

**Consultez la version complète de cette étude, 10 pages, format PDF, 114Ko.****Par M. Fernando Silva, vers la reconnaissance du fonds de commerce et du bail commercial électronique .**

[1] Faut-il utiliser les termes : Internet, l'Internet ou l'internet ? Ce sera « l'internet ». Ainsi que le précise monsieur le Professeur Le Tourneau, le mot internet est un nom générique qui comme tel doit recevoir un article et point de majuscule, exactement comme le téléphone ou le minitel. In Cyber droit, C.Feral-Schuhl, Ed Dalloz, p1.

[2] En France, au terme d'une étude réalisée par l'institut de sondage Taylor Nelson Sofres entre décembre 2002 et mai 2003, le commerce en ligne a enregistré une hausse de 20 % en un an.

[3] La commission générale de terminologie et néologie définit le site internet comme « un ensemble de documents et d'application placés sous une même autorité et accessible à tous à partir d'une même adresse universelle », JO 8 décembre 2002, p 20331.

[4] L. Leveneur, « Situation de fait et droit privé », LGDJ 1990, p 212.

---

## Economie numérique, Responsabilité

---

### Une action de « Google Bombing » peut-elle être considérée comme diffamatoire et ainsi condamnable ? - 04/07/2004

**Par Me. Murielle-Isabelle Cahen, Avocate .**

Le Google Bombing consiste pour des webmasters à se concerter et à mettre le même lien pointant vers le même site, avec le même mot-clef. Après Bush et le mot-clé « miserable failure », Chirac et le mot-clé « magouilleur », c'est au tour de Jean Dionis...

► Une action de « Google Bombing » peut-elle être considérée comme diffamatoire et ainsi condamnable ?

Le Google Bombing, phénomène initié par un animateur de blog en 2001, sévit sur Internet et fait chaque jour de nouvelles victimes.

Pour classer un site, Google prend en compte, non seulement son contenu mais également ses liens. L'importance d'un site est jugée en fonction du nombre de liens

hypertextes qui pointent vers ce site (principe du PageRank).

Le Google Bombing consiste donc pour des webmasters à se concerter et à mettre le même lien pointant vers le même site, avec le même mot-clef. Quand un internaute tape le mot-clef et clique sur le « J'ai de la Chance » de Google, le site visé sera en tête du résultat de la requête.

Après Bush et le mot-clé « miserable failure », Chirac et le mot-clé « magouilleur », c'est au tour de Jean Dionis – rapporteur du projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique qui suscite de vifs débats chez les professionnels de l'Internet – d'en subir les frais. En effet, quand un internaute tape sur Google « député liberticide », il trouve en tête des résultats le site de Jean Dionis.

L'infraction d'intrusion dans un système informatique dans le but d'en perturber le bon fonctionnement a été envisagée pour réprimer ce phénomène. Mais les mots-clefs qui permettent d'établir les liens sont des termes peu élogieux. Ne peut-on pas alors considérer qu'une action de Google Bombing est diffamatoire et ainsi condamnable au regard de la loi du 29 juillet 1881 ?

La diffamation, prévue à l'article 29 de ladite loi, s'entend de « toute allégation ou imputation d'un fait portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps constitué auquel le fait est imputé ». L'intention de nuire à la personne visée est présumée. En outre, le délit de diffamation n'existe et n'est punissable que si le fait diffamatoire a fait l'objet d'une publicité, c'est-à-dire porté à la connaissance du public par tous moyens.

Il ne fait plus aucun doute, comme l'a réaffirmé le projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique prochainement promulgué, que la loi de 1881 s'applique pour des actions commises sur Internet.

Le GG Bombing semble remplir les critères définis par la loi :

- allégation d'un fait précis portant atteinte à l'honneur d'une personne déterminée : le GG Bombing est, en général, une réponse à un fait d'actualité. De plus, l'utilisation d'un mot-clef à connotation péjorative dans des hyperliens par un grand nombre de webmasters permet le référencement du site de la personne expressément visée,

- intention de nuire : les appels à un Google Bombing sont nombreux et dénotent une intention manifeste d'atteindre une personne déterminée,
- publicité : Google est un moteur de recherche très utilisé ; Internet constitue une publication par voie de presse et permet une diffusion mondiale de l'allégation.

La répression par la diffamation ne sera possible que si les affirmations sont particulièrement graves. Il s'agira au juge de déterminer ce qu'est « une affirmation particulièrement grave ». Il faudra prouver que l'atteinte à la personne est la conséquence directe de l'acte diffamatoire dommageable. Par ailleurs, l'appréhension des auteurs du GG Bombing, action collective par excellence, risque de poser des problèmes : ils sont très nombreux et un lien est facilement effaçable en un simple clic.

Ce phénomène dépasse le simple « droit à l'information » : un avis péjoratif est émis via un lien simple ou profond qui a été créé sans autorisation comme le recommande la Netiquette. Les webmasters ne pourront pas indéfiniment se cacher derrière la liberté d'expression pour échapper à la répression de ce phénomène émergent préjudiciable aux tiers.

Cet article est issu d'une version plus complète figurant dans la lettre "Recherche et Référencement" du site [Abondance.com](http://Abondance.com).

Par Me. Murielle-Isabelle Cahen, Avocate .