droit-tic.com

RDTIC 45 septembre 2005

RDTIC
Revue de droit des techniques de l'information et de la communication

RDTIC

ANALYSES

Désaccord entre le Conseil et la Commission sur la durée de conservation des données de trafic
par Julien Le Clainche

Le nouveau régime des contrats électroniques
par Pierre Matringe

0ù en sommes nous de la brevetabilité des logiciels et des oeuvres issues de l'informatique?
Par Me. Martine Ricouart-Maillet et M. Jean-Frédéric Carter Juriste, cabinet BRM.

Désaccord entre le Conseil et la Commission sur la durée de conservation des données de trafic
par Julien Le Clainche

FOCUS

Comment l'Afnic prépare l'ouverture du .fr aux particuliers ?
par Jean-François Poussard

JURISPRUDENCE

Tribunal de grande instance de Strasbourg, 1ère chambre civile, jugement du 19 mai 2005, CNRRH, PIERRE ALEXIS T. C/ 2L MULTIMÉDIA, AYMERIC L.

© Julien Le Clainche

DROIT-TIC .com

RDTIC

REVUE DE DROIT DES TECHNIQUES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION

La revue de droit des techniques de l'information et de la communication (RDTIC) est un service proposé par DROIT-TIC - www.DROIT-TIC.com.

Elle vous propose une synthèse non exhaustive des informations juridiques mise en ligne sur le site DROIT-TIC durant le mois écoulé. Vous y trouverez non seulement des articles (actualités, analyses, synthèses, doctrines...); mais encore des décisions de justice, la doctrine de certaines autorités adminstratives indépendantes et des textes normatifs.

Conseil scientifique

Julien Le Clainche, Chercheur

François-Xavier Boulin, Avocat BCTG Associés

Anthony Grevin, Juriste M6 Web

Vincent Duseaugey, Juriste M6 Web

Julien Linsolas, Juriste Cap Gemini

Informations légales

La RDTIC est protégée par les normes nationales et internationales en vigueur, notamment celles relatives à la propriété intellectuelle.

Citation : RDTIC n° XX, mois année, DROIT-TIC, p. XX.

Les articles sont la propriété de leurs auteurs. Si vous souhaitez les contacter, rendez-vous sur le site DROIT-TIC.com, rubrique "DROIT-TIC et vous", 'L'équipe de DROIT-TIC".

La lecture de la RDTIC emporte le respect des conditions d'utilisation du site DROIT-TIC qui sont disponibles à l'adresse : http://www.droit-tic.com/index2.php?page=conditions.php

Vous pouvez présenter vos observations, remarques, soutients, encouragements et autres critiques constructives en écrivant à julien@droit-ntic.com.

DROIT-TIC / Julien Le Clainche, 5 rue des chênes verts, 34110 MIREVAL.

Directeur de publication , directeur scientifique, PAO : Julien Le CLainche

© Julien Le Clainche

ANALYSES

DÉSACCORD ENTRE LE CONSEIL ET LA COMMISSION SUR LA DURÉE DE CONSERVATION DES DONNÉES DE TRAFIC -03/10/2005.....2

LE NOUVEAU RÉGIME DES CONTRATS ÉLECTRONIQUES -1 9/09/2005.....9

SYNTHÈSE

0Ù EN SOMMES NOUS DE LA BREVETABILITÉ DES LOGICIELS ET DES OEUVRES ISSUES DE L'INFORMATIQUE? - 05/09/2005.....17

ACTUALITÉ

COMMENT L'AFNIC PRÉPARE L'OUVERTURE DU .FR AUX PARTICULIERS ? - 12/09/2005 15

JURISPRUDENCE

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE STRASBOURG, 1ÈRE CHAMBRE CIVILE, JUGEMENT DU 19 MAI 2005, CNRRH, PIERRE ALEXIS T. C/ 2L MULTIMÉDIA, AYMERIC L. 19

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

Informatique et libertés, Droit pénal, Criminalité informatique

Désaccord entre le Conseil et la Commission sur la durée de conservation des données de trafic - 03/10/2005

Par Julien Le Clainche, Allocataire de recherche .

En rendant public un projet de directive relatif à la conservation des données de trafic, la Commission européenne marque ses divergences d'analyse et son désaccord avec certaines des mesures proposées par le Conseil Justice et Affaires Intérieures.

Le Conseil extraordinaire Justice et Affaires Intérieures (JAI) a décidé le 13 juillet 2005 d'adopter la décision cadre sur la rétention de données de trafic (PDF)[1] au cours du Conseil JAI prévu le 12 octobre 2005. La Commission européenne a, quant à elle, rendu publique, le 21 septembre 2005, une proposition de directive[2] marquant ses divergences d'analyse et son désaccord avec certaines des mesures proposées par le Conseil. Le projet de décision cadre a été vivement critiqué[3], puisqu'il pouvait s'analyser comme une remise en question de la nécessité et de la proportionnalité[4] de l'obligation de conserver les données relatives au trafic[5] à la charge des fournisseurs de service de communication. Dans ce contexte la proposition de directive vient tempérer le projet de décision cadre, en recherchant des conditions de mise en œuvre plus équilibrées et mieux proportionnées. Il s'agit d'**harmoniser la durée de conservation en fixant une période maximale d'une année, tout en assortissant cette obligation de systèmes de contrôle, d'évaluation et d'indemnisation**. Un consensus semble exister entre la Commission et le Conseil quant à la nécessité de traiter les données de géolocalisation et plus généralement sur la liste des informations qui devraient être conservées. Celles-ci ne devraient en aucun cas porter sur le contenu des communications. En revanche, **le Conseil et la Commission sont en profond désaccord quant à la détermination de leur compétence respective et au processus décisionnel à respecter**. En effet, la compétence du Conseil sur le fondement du troisième pilier est contestée, au bénéfice de celle de la Commission sur le fondement du premier pilier. Il n'en demeure pas moins que ce projet de directive fait, lui aussi, l'objet de vives critiques[6] tant au niveau de la durée de conservation, que des garanties apportées.

UNE DURÉE DE CONSERVATION HARMONISÉE, MAIS ENCORE DISCUTÉE

Le projet de directive propose de consacrer des durées de conservation différentes, selon que les données ont été collectées par le biais d'un réseau téléphonique ou par le biais du réseau Internet. Ainsi, **les données de trafic issues d'un réseau de téléphonie fixe ou mobile devraient être conservées**

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

pendant une année, alors que celle émanant du réseau Internet ne le seront que pendant six mois.

Le projet de directive ne propose pas de fixer une durée minimale de conservation, mais d'harmoniser la durée de conservation, qui ne devrait pas excéder une année. Cette proposition diverge du **projet de décision cadre, qui prévoyait une durée minimale de conservation d'un an**[7]**,** sans distinction en fonction du type de réseau utilisé. La différence est importante puisque, dans le contexte du projet de décision cadre, les États membres conserveraient la possibilité d'édicter une obligation de conservation bien supérieure à une année[8]. Le projet de directive propose quant à lui d'imposer à chaque État membre une durée de conservation qui ne pourrait être inférieure, ni supérieure, à un an.

Cette durée de conservation, reste discutée au regard de sa proportionnalité et de sa nécessité. Ainsi, le Contrôleur européen de la protection des données, Peter Hustinx, a publié un commentaire critique de la proposition de directive (PDF)[9] dans lequel il regrette l'absence de démonstration de la nécessité d'une durée de conservation d'une année. « *This conclusion was inter alia based on the failure to provide any evidence as to the need of the retention for public order purposes, due to the fact that analysis showed that the most significant amount of traffic data demanded by law enforcement was not older than six months* »[10]. Le contrôleur européen à la protection des données demande également que soit mieux prise en considération l'étude de la police anglaise (PDF), selon laquelle 85% des données de trafic ont été requises dans une période inférieure à six mois[11].

Cette incertitude quant à la durée de conservation des données de trafic repousse l'adoption des mesures d'application de la loi française[12], et laisse planer le doute sur celles qui pourraient être fixées par le projet de loi relatif au terrorisme présenté en Conseil des ministres le 14 septembre 2005. Cependant, le ministre de l'Intérieur français a laissé entendre qu'il souhaitait faire adopter une durée de conservation d'au moins un an, sans distinction du type de réseau ayant généré les informations relatives au trafic[13]. Si cette durée devait être consacrée en droit français, il pourrait donc exister un **risque d'incompatibilité partielle entre les mesures nationales et communautaires**.

DES GARANTIES NOUVELLES, MAIS ENCORE INSUFFISANTES,

Le projet de directive propose de confier le **contrôle a posteriori** des traitements réalisés dans le cadre de l'obligation de conservation des données de trafic aux autorités étatiques de protection des données personnelles. En France, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) aurait normalement été compétente pour s'occuper de ces traitements, mais la consécration textuelle de cette compétence serait néanmoins de nature à couper court à tout débat sur cette question. Cette disposition est d'autant plus nécessaire qu'elle présente le mérite **de rendre obligatoire la consultation des autorités de protection des données avant toute modification de**

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

la liste des informations à conserver.

Outre cette « *procédure de comitologie* »[14], le projet de directive prévoit également une procédure d'évaluation du système. En effet, au terme de l'article 15 de la directive Nº 2002/58/CE[15], le traitement des données de trafic doit constituer ***une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée, au sein d'une société démocratique***. Le caractère proportionné et nécessaire du projet de décision cadre pouvait être remis en cause. Ainsi, les coûts importants que ces traitements représentent[16] et la surveillance généralisée[17] qu'ils impliquent étaient de nature à remettre en question la proportionnalité de l'obligation de traiter les données de trafic. De même, l'argument selon lequel une recherche dans une telle masse d'information prendrait, en l'état de la technique, entre cinquante et cent ans[18] remettait en cause la nécessité d'une telle obligation. Le projet de directive prévoit donc, « *la collecte de statistiques concernant les cas dans lesquels des données ont été demandées, ainsi qu'une* ***évaluation de l'instrument*** *et de ses retombées, sur la base de ces statistiques*»[19].

La démarche est originale puisqu'**il s'agit de mettre en œuvre le traitement, puis d'analyser s'il est susceptible de constituer une limitation de libertés individuelles proportionnée et nécessaire dans une société démocratique**. Cette démarche, dangereuse, pourrait être de nature à entacher d'illégalité la directive, qui serait adoptée sur le fondement du projet de la Commission européenne. Cependant, la déclaration du Conseil européen indique que, « *la priorité devrait être accordée aux propositions concernant la conservation des données relatives au trafic des communications (…) en vue de leur adoption d'ici juin 2005*»[20]. Cette priorité a récemment été confirmée dans les conclusions du Conseil européen des 16 et 17 juin, ainsi que lors de la réunion spéciale du Conseil JAI du 13 juillet 2005, organisée à la suite des attentats de Londres. L'objectif est donc d'apporter une réponse rapide face à l'évolution du terrorisme en Europe. Dans l'urgence, il convient de ne pas confondre rapidité et précipitation. Par exemple, **si une requête dans ce type de traitement peut mettre entre cinquante et cent ans[21] pour aboutir, il est probable que le système de conservation des données de trafic ne comble pas toutes les attentes qui sont placées en lu**i.

Le projet de directive propose « *une disposition qui oblige les États membres à* ***dédommager les fournisseurs de communications électroniques*** *des surcoûts supportés en raison de l'obligation de conservation* »[22]. Cette disposition à vocation à maintenir la compétitivité des fournisseurs de service de communication, en ne leur faisant pas supporter des coûts excessifs pouvant atteindre plusieurs centaines de millions d'euros par fournisseur. Sont concernés les fournisseurs d'accès aux réseaux de téléphonie ou Internet. Concrètement, il pourra par exemple s'agir d'un **fournisseur d'accès commercial, d'une entreprise[23] ou un « Cybercafé »[24]**. Ce dédommagement est d'autan plus nécessaire à la mise en œuvre d'un système proportionné de conservation des données, que **les prestataires techniques ne**

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

conservent plus systématiquement les données de trafic à des fins de facturation. En effet, le développement des offres forfaitaires de communication et d'offres « illimitées » ne rend plus nécessaire la conservation systématique des informations relatives au trafic à des fins de facturation[25].

Si les garanties proposées par le projet de directive sont plus adaptées que celles du projet de décision cadre, elles demeurent vivement critiquées. En effet, les mesures proposées ne sont pas nécessairement considérées comme étant de nature à améliorer de manière satisfaisante la sécurité, puisqu'elles **ne permettent pas nécessairement l'identification de la personne**[26]. En outre, le projet de directive est également critiqué pour ses lacunes, notamment au regard des **obligations de sécurité et de confidentialité des traitements qui n'y sont pas réaffirmées**, **de même que les conditions d'exercice des droits des personnes**[27].

LA DÉTERMINATION DE LA COMPÉTENCE INFLUE SUR LE PROCESSUS DÉMOCRATIQUE.

Enfin, le désaccord existant entre le Conseil et la Commission est de nature à souligner la difficulté de déterminer l'organe compétent, ainsi que la procédure à suivre. En effet, L'Union européenne, instituée par le traité de Maastricht, repose sur trois piliers déterminants les champs de compétence et les procédures décisionnelles. Ainsi, **dans le cadre du premier pilier, seule la Commission européenne peut formuler des propositions d'actes juridiques européens au Parlement et au Conseil**. **Dans le cadre du second et du troisième pilier, les propositions peuvent être faites non seulement par la Commission, mais encore par les États membres**. Relève notamment du premier pilier, la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, tandis que relève du troisième pilier la coopération policière et judiciaire en matière pénale. La question qui alimente le débat actuellement entre la Commission et le Conseil porte sur la détermination des organes compétents pour proposer un acte européen ayant vocation à régir la conservation des données relatives au trafic.

La directive cadre instituant le droit des données personnelles est intitulée, « *Directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données* ». La référence exprèsse à la libre circulation des données indique que la protection des données personnelles relève du premier pilier. Toutefois, la conservation des données de trafic s'inscrit dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, et semble donc pouvoir être rattachée aux questions de coopération policière et judiciaire en matière pénale, qui relèvent du troisième pilier. Ainsi, **d'une part, la Commission considère que la proposition de conservation des données de trafic relève du premier pilier et donc de sa compétence exclusive**[28] **alors que d'autre part, le Conseil estime qu'il s'agit de coopération policière et judiciaire et prétend être compétent pour proposer un projet de décision**

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

cadre. Pourtant, la simple obligation de conservation des données de trafic, si elle n'est pas accompagnée de mesures effectives de coopération, ne saurait relever du troisième pilier du seul fait, qu'elle a des finalités policières ou judiciaires. Ainsi, **le service juridique du Parlement et du Conseil estime que la conservation des données relatives au trafic relève du premier pilier**[29]. Les enjeux au plan démocratique de la détermination de la compétence sont essentiels.

Dans le cadre du premier pilier, le processus décisionnel implique l'ensemble des institutions. Dans ce processus, la Commission à l'initiative exclusive pour proposer l'adoption d'un acte juridique, qui sera adopté par le Conseil de l'Union européenne et par le Parlement européen, tandis que la Cour de justice européenne veillera à sa mise en œuvre. **Dans le cadre du troisième pilier, le processus décisionnel implique les ministres de l'Intérieur et de la justice des États membres, réunis en conseil**. **Il apparaît donc que le contrôle démocratique des dispositions adoptées sur le fondement du premier pilier est bien plus important que pour celles relevant du troisième**. Or, la conservation des données de trafic est un dispositif jusqu'alors inédit en droit français. En effet, les prestataires techniques auront l'obligation de conserver des données à caractère personnel, qui ne leur sont d'aucune utilité. Ce traitement, dont ils seront responsables, aura pour finalité exclusive la poursuite des infractions. Ainsi, la mesure de conservation des données de trafic peut revenir à considérer tout individu se connectant sur un réseau de communication comme un coupable potentiel, dont la navigation doit pouvoir être tracée, dans le cas d'une hypothétique infraction. Dans un tel contexte, pourquoi, ne pas rendre obligatoire, à titre préventif, le port du « bracelet électronique »[30] pour chaque individu, afin de se prémunir contre le risque éventuel que celui-ci commette une infraction dans un environnement physique ? La conservation de données personnelles est considérée par la Cour européenne des droits de l'Homme comme une atteinte à la vie privée, quand bien même elles ne seraient pas considérées comme sensibles[31] au sens de l'article 8 de la directive 95/46/CE[32] . Les enjeux sont d'importance et le maximum de garanties doit donc entourer ces mesures de surveillance. Or, celles proposées par la Commission, bien que supérieures à celles du Conseil, sont encore lacunaires ou incomplètes. Il est donc essentiel que la procédure d'adoption des dispositions visant à créer une obligation générale de conservation des données de trafic s'inscrive dans une procédure comprenant le maximum de garanties démocratiques.

Par Julien Le Clainche, Allocataire de recherche .

1 Document du Conseil 8958/04 du 28 avril 2004. Conseil Européen,projet de décision cadre sur la conservation de données traitées et stockées en relation avec la mise à disposition de services de communications électroniques disponibles publiquement ou de données sur les réseaux de communications publiques aux fins de la prévention, l'étude, la détection et la poursuite des actes criminels, y compris le terrorisme, version partiellement publique du 8 novembre 2004 (PDF).

2 MEMO/05/328, *Directive relative à la conservation des données*, Commission européenne, 21 septembre 2005.

3 Pour des illustrations de ces critiques, se reporter notamment aux communiqués de presse des associations de protection des libertés : Imaginons un réseau Internet Solidaire, *Des ONG s'adressent*

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

à la présidence de l'UE après les attentats de Londres, communiqué de presse, 12 septembre 2005. Pour une position commune des différentes associations de protection des Libertés individuelles consultez le site « Datarententionisnosolution ». Voir également, J. LE CLAINCHE, *Vers une durée de rétention sans… retenue ?*, DROIT-TIC, 18 juillet 2005.

4 Sur la remise en question des principes de proportionnalité et de nécessité voir, J. LE CLAINCHE, *Vers une durée de rétention sans… retenue ?*, DROIT-TIC, 18 juillet 2005.

5 Les données relatives au trafic sont celles qui sont traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un réseau de communications électroniques ou de sa facturation. Code des postes et communications électroniques, article L.32 18°. Directive 2002/58 CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JOCE L 201 du 31 juillet 2002.

6 Pour des illustrations de ces critiques, se reporter notamment à l'opinion émise par le contrôleur européen à la protection des données, Peter HUSTINX, Opinion of the European Data Protection Supervisor, on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the retention of data processed in connection with the provision of public electronic communication services and amending Directive 2002/58/EC (COM (2005) 438 final) (PDF).

7 Cette durée de conservation d'un an pourrait être étendue à trente-six mois dans le contexte du terrorisme et du crime organisé

8 Actuellement certains Etats membres imposent une conservation des données pouvant aller jusqu'à quatre années.

9 Opinion of the European Data Protection Supervisor, on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the retention of data processed in connection with the provision of public electronic communication services and amending Directive 2002/58/EC (COM (2005) 438 final) (PDF).

10 Opinion of the European Data Protection Supervisor, on the Proposal for a Directive , p. 4.

11 Liberty and security, striking the right balance, UK Presidency of the European Union, 7 September 2005 (PDF).

12 Loi 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, J.O n°66 mars 2003, p.4761.

13 L. NACHURY, *Les connexions des internautes à la disposition de la justice pendant un an*, 01Net, 27 septembre 2005.

14 MEMO/05/328, *Directive relative à la conservation des données*, Commission européenne, 21 septembre 2005, p. 5.

15 Directive 2002/58 CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JOCE L 201 du 31 juillet 2002.

16 Dans le domaine de la téléphonie, le coût est estimé « *à 180 millions d'euros par entreprise, les coûts annuels d'exploitation pouvant atteindre les 50 millions d'euros (…) Les charges dans le domaine de l'Internet seraient plusieurs fois supérieures au montant des investissements nécessaires en matière de téléphonie filaire traditionnelle* », A. Nuno Alvaro, rapport 2004/0813(CNS) au Parlement européen pour la commission des libertés, de la justice et des affaires intérieures, p.8 (PDF).

17 « *La conservation a priori d'informations identifiantes pose également la question de la présomption d'innocence dans une société démocratique. En effet, cette attitude prête à penser que chaque individu est un coupable potentiel, jusqu'à preuve de son innocence. Cette inversion de tendance est cependant une question plus sociétale, que juridique : Il s'agit de choisir vers quelle société nous voulons évoluer*» ; J. LE CLAINCHE, *Vers une durée de rétention sans… retenue ?*, DROIT-TIC, 18 juillet 2005.

18 Sur ce point voir, A. Nuno Alvaro, rapport 2004/0813(CNS) p. 7 (PDF) : « *Given the volume of data to be retained, particularly Internet data, it is unlikely that an appropriate analysis of the data will be at all possible*.» « *If all the traffic data covered by the proposal did indeed have to be stored, the network of a large Internet provider would, even at today's traffic levels, accumulate a data volume of 20 - 40 000 terabytes. This is the equivalent of roughly four million kilometres' worth of full files, which, in turn, is equivalent to 10 stacks of files each reaching from Earth to the moon. With a data volume this huge, one search using existing technology, without additional investment, would take 50 to 100 years. The rapid availability of the data required seems, therefore, to be in doubt*».

19 MEMO/05/328, *Directive relative à la conservation des données*, p. 5.

20 MEMO/05/328, *Directive relative à la conservation des données*, p. 2.

21 A. Nuno Alvaro, rapport 2004/0813(CNS) p. 7.

22 MEMO/05/328, *Directive relative à la conservation des données*, p. 5.

23 Sur la qualification de fournisseur d'accès appliquée à une entreprise voir, C.A Paris, 14ème chambre, section B, arrêt du 04 février 2005, SA BNP PARIBAS C/ SOCIÉTÉ WORLD PRESS ONLINE, DROIT-TIC. Décision commenté par le Forum de

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

Droits sur l'Internet, F.D.I, *Entreprise : accès tu fourniras, données tu conserveras*, 1er mars 2005.

24 Comme l'a indiqué le ministre de l'Intérieur le lundi 26 septembre 2005 sur la chaîne de télévision France 3, compte-rendu L. NACHURY, *Les connexions des internautes à la disposition de la justice pendant un an*, 01Net, 27 septembre 2005.

25 La CNIL a souligné « *le caractère inédit du dispositif retenu* », (CNIL, délibération 01-018 du 03 mai 2001 portant avis sur le projet de loi sur la société de l'information, in CNIL, « 22ème rapport d'activité 2001 », Paris, La Documentation française, 2002,annexes, p.226), « q*ui déroge au principe de finalité puisqu'il fait obligation aux opérateurs de communications électroniques de conserver, aux fins exclusives de faciliter le travail des autorités policières et judiciaires, des données qui se rapportent à l'ensemble des personnes utilisant leurs services et dont la conservation ne présente aucune utilité pour eux* », Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, « Rapport d'activité 2003 », N°24, La Documentation française, 2004, p. 42.

26 « *One reason to doubt the adequacy, often mentioned in the public debate, is that traffic data and location data are not always linked to a specified individual, so knowledge about a telephone number (or an IP-number) does not necessarily reveal the identity of an individual*.», Opinion of the European Data Protection Supervisor, on the Proposal for a Directive , p. 5.

27 « *contain adequate safety measures, so as to limit the access and further use, guarantee the security of the data and ensure that the data subjects themselves can exercise their right s*» , Opinion of the European Data Protection Supervisor, on the Proposal for a Directive , p. 5.

28 « *La position adoptée par la Commission est la suivante: la majeure partie de la décision-cadre – celle concernant les obligations imposées aux fournisseurs de conserver certaines données relatives au trafic – devrait se fonder sur une base juridique relevant du premier pilier*», MEMO/05/328, *Directive relative à la conservation des données*, p. 3.

29 « *. C'est également la position défendue par le Service juridique du Conseil et par le Parlement européen* », MEMO/05/328, *Directive relative à la conservation des données*, p. 3.

30 Le « bracelet électronique » est un outil qui permet à l'administration pénitentiaire de surveiller à distance certaines personnes en attente de jugement ou condamnées à une peine privative de liberté. Décret N° 2002-479 du 3 avril 2002 portant modification du code de procédure pénale et relatif au placement sous surveillance électronique, J.O n° 84 du 10 avril 2002 p. 6322, texte n° 32.

31 Jugement de la CEDH du 16 février 2000, Amann, 2000-II, Appl. 27798/95.

32 Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE du 23 Novembre 1995 n° L. 281, p. 31.

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

Droit des contrats, Droit de la consommation, protection du consommateur

Le nouveau régime des contrats électroniques -19/09/2005

Par M. Pierre Matringe, Doctorant .

Les règles de forme ont été adaptées par ordonnance à l'écrit électronique, le rendant presque interchangeable avec l'écrit sur support papier. Le contrat conclu par voie électronique entre un professionnel et un non-professionnel fait l'objet d'une considération particulière, introduisant une casuistique qui cadre mal avec le caractère général du Code civil.

Introduction

Suite à l'adoption de la loi sur la confiance dans l'économie numérique[1] (LCEN), le gouvernement a adopté le 16 juin dernier une ordonnance définissant le régime du contrat électronique.

L'art. 26 LCEN permettait au Gouvernement de prendre dans le délai d'un an une ordonnance en vue d'adapter les dispositions législatives en vue de permettre l'accomplissement de certaines formalités par voie électronique. Cette ordonnance a été prise *in extremis*, puisque présentée en Conseil des ministres par le Garde des Sceaux, le 15 juin 2005. L'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique[2] doit encore faire l'objet d'une ratification par le Parlement grâce à un projet de loi qui doit être présenté dans les six mois à compter de la publication de l'ordonnance.

On peut tenir pour acquise la ratification par le Parlement de cette ordonnance, malgré les malfaçons des articles introduits dans le Code civil, car elle transpose les art. 9 à 11 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. La non-transposition de cette directive avait fait l'objet d'un avis de la Commission[3].

La LCEN avait introduit dans le Code civil, d'une part, les articles 1108-1 et 1108-2 et, d'autre part, un chapitre intitulé « Des contrats électroniques », contenant les art. 1369-1, 1369-2 et 1369-3. L'ordonnance a renuméroté ces articles en 1369-4, 1369-5 et 1369-6 et a introduit dans le Code civil les art. 1369-1 à 3 et 7 à 11, répartis en quatre sections.

Plutôt que de modifier une série de textes, l'ordonnance insère dans le Code civil des dispositions générales. Pour une part, les règles relatives au contrat électronique procèdent à l'adaptation de règles existantes, pour une autre part, elles le soumettent à un régime spécifique.

I. L'adaptation des normes existantes au contrat électronique

Le Code civil réglemente les formes imposées au contrat électronique, d'une part, en adaptant les règles de forme au contrat électronique, et, d'autre part, en établissant une certaine équivalence entre le contrat-papier et le contrat électronique.

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

A. L'adaptation des règles de forme au contrat électronique

Le principe de l'adaptation des formes *ad validitatem* à l'acte électronique est posé par l'art. 1108-1 du Code civil :

« *Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317. Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même.* ».

Le principe de l'adaptation des formes pour la validité d'un écrit électronique est doublé de dispositions qui tendent à établir une interchangeabilité de l'écrit électronique et de l'écrit sur support papier.

B. Vers une interchangeabilité de l'écrit électronique et de l'écrit sur support papier

L'ordonnance ajoute des dispositions qui tendent à l'interchangeabilité de l'écrit sur support papier et de l'écrit sur support électronique. Ainsi, aux termes de l'art. 1369-10,

« *lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit sous forme électronique doit répondre à des exigences équivalentes* ». « *L'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite par un procédé électronique qui permet d'accéder au formulaire et de le renvoyer par la même voie*[4] ».

De même, l'art. 1369-11 dispose :

« *L'exigence d'un envoi en plusieurs exemplaires est réputée satisfaite sous forme électronique si l'écrit peut être imprimé par le destinataire* ».

Dans le même ordre d'idées, l'al. 1er de l'art. 1369-7 dispose qu'« *une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique* ». Il est prévu que la lettre avec accusé de réception puisse elle-aussi être remplacée par un écrit électronique sous réserve de respecter les conditions posées par l'art. 1369-8. Si l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, cela ne signifie pas que la lettre missive soit interchangeable avec le courrier électronique, ni qu'il soit dans les usages qu'un cocontractant puisse s'attendre à cette substitution, d'où la réserve de l'acceptation par le destinataire du remplacement possible de la lettre recommandée par un courrier électronique remplissant certaines conditions. Le caractère interchangeable de la lettre missive et du courrier électronique rencontre des limites, comme la question de savoir comment remplacer la datation d'un acte sous seing privé conformément à l'art. 1328 du Code civil. L'art. 1369-7 al. 2 prévoit l'usage d'un procédé électronique à définir par un décret en Conseil d'État[5].

II. Les nouvelles règles définissant le régime du contrat électronique

Les dispositions ajoutées par la LCEN, puis par l'ordonnance, soumettent le contrat électronique à l'accomplissement de formalités. La lecture de ces articles montre que le contrat conclu par voie électronique entre un professionnel et un non-professionnel fait l'objet d'une considération

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

particulière. Ce faisant, ils entrent dans une casuistique qui devrait probablement figurer ailleurs que dans le Code civil. Nous essaierons de dégager un régime commun du contrat électronique, puis nous verrons les règles spécifiques aux contrats électroniques conclus par un professionnel.

A. Le droit commun du contrat électronique

La principale nouveauté des dispositions ajoutées par l'ordonnance est la distinction entre le contrat conclu par voie électronique et celui conclu par échange de courriers électroniques. Nous verrons les règles communes aux deux moyens de conclusion du contrat électronique avant d'examiner les règles spécifiques à ces deux moyens.

Les contrats électroniques étant des contrats entre absents, se pose la question de savoir à quel moment un écrit peut-il être considéré comme reçu. L'art. 1369-9 apporte une solution, mais de manière obscure. En effet, cet article, située dans une section intitulée « *de l'envoi ou de la remise d'un écrit par voie électronique »,* traite de la *« remise d'un écrit sous forme électronique* » et reçoit comme exception l'art. 1369-2, qui traite du courrier électronique. Si l'on s'en tient à la lettre de cet article, il concerne l'écrit sous forme électronique dans son ensemble[6]. L'art. 1369-9 opte, pour la théorie de la réception, sans aller jusqu'à la théorie de l'information : un écrit électronique est considéré comme reçu lorsque le destinataire a eu la possibilité d'en prendre connaissance et qu'il en a accusé réception. Rétrospectivement, cette norme prête une raison d'être aux art. 1369-1 et 1369-2[7]. Concernant la formation du contrat, l'art. 1365 al. 3 apporte une solution spécifique à certains éléments du contrat : « *La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès* ». Le contrat est conclu dès l'acceptation par le destinataire de l'offre, et non à partir de la confirmation du pollicitant, prévue par l'art. 1369-5 al. 2 et ce, même si aucune coordonnée bancaire n'a encore été transmise[8].

Il aurait été utile de prévoir une règle générale concernant la rétractation de l'offre. Durant les débats relatifs à l'adoption de la LCEN, l'art. 1369-4 (ancien art. 1369-1) a, par amendement, été restreint aux professionnels[9]. En conséquence, la disposition selon laquelle « *sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait* », n'est pas applicable aux personnes n'agissant pas à titre professionnel, alors que ce sont justement celles qui auraient besoin de la protection qu'offre cette norme. En effet, si une personne acceptait une offre retirée par son auteur – non-professionnel – mais stockée en *cache*, le contrat serait formé[10].

La LCEN a distingué dans les contrats électroniques ceux conclus par voie électronique et ceux conclus par courrier électronique. L'art. 1369-5 al. 1 et 2 soumet le contrat conclu par voie électronique aux formalités suivantes :

« *Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation.*» L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

commande qui lui a été ainsi adressée ».

Alternative au contrat conclu par voie électronique, le courrier électronique, défini à l'art. 1er LCEN *in fine*, permet au contrat électronique d'être un contrat de gré à gré. Le contrat conclu par ce moyen échappe donc au formalisme imposé au contrat conclu par voie électronique.

L'usage du courrier électronique est régi par l'art. L 34-5 du Code des postes et des communications électroniques et par la loi dite « *informatique, fichiers et libertés* ». L'envoi de courriers électroniques se situent dans l'hypothèse où la personne concernée a préalablement accepté ce traitement de données à caractère personnel[11], l'hypothèse dans laquelle la personne concernée conclut un contrat ou est en train de le conclure[12], ainsi que l'hypothèse dans laquelle un contrat antérieur et relatif à un objet similaire a déjà été formé entre les parties[13]. Les art. 1369-2, 1369-3 et 1369-8 affirment donc dans le cadre du contrat électronique la nécessité de l'acceptation expresse par leur destinataire de l'envoi de courriers électroniques relatifs à un contrat électronique, afin que le cocontractant ne soit pas surpris.

Le souci de protection du cocontractant est prolongée par l'introduction dans le Code civil de la distinction entre professionnel et non-professionnel.

B. Les contrats électroniques conclus par un professionnel

La LCEN a introduit dans le Code civil la notion de professionnel, alors que cette notion relève plutôt du Code de commerce, du Code de la consommation ou d'une loi spéciale. En effet, dans le Code civil, on trouve le mot « professionnel[14]» – comme antonyme de profane[15]– mais plus avant dans le Code civil. Désormais, l'art. 1369-3 pose à la fois le régime applicable au contrat électronique, et son exception, et ce, dans le livre III, intitulé « *des contrats ou des obligations conventionnelles en général* ».

Ce régime allège les règles de forme pour les professionnels lorsqu'ils contractent entre eux et impose des obligations d'informations lorsqu'un professionnel contracte avec un non-professionnel.

Le régime du contrat électronique[16] comprend tout d'abord la possibilité pour une personne agissant pour les besoins de sa profession de passer des actes sous seing privés relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale (art. 1108-2). La seconde règle de ce régime spécifique est la possibilité, instituée par l'art. 1369-6 al. 2, pour des professionnels contractant entre eux, de déroger aux obligations d'information posées par l'art. 1369-4 et aux règles de forme encadrant la formation du contrat posées par l'art. 1369-5.

Si le Code civil soustrait les professionnels aux règles de forme lorsqu'ils contractent entre eux, il leur impose des formalités supplémentaires lorsqu'un professionnel contracte avec un non-professionnel par voie électronique[17]. Le contrat conclu par voie électronique entre un professionnel et un non-professionnel est traité comme le cas normal du contrat électronique et constitue la voie royale des contrats d'adhésion. Le professionnel et le non-professionnel ne sont pas définis dans le Code civil. On associe naturellement le professionnel des art. 1369-1 et s. au professionnel du droit de la consommation. Au non-professionnel devrait correspondre le consommateur, mais cela n'est pas dit expressément.

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

Le professionnel doit respecter certaines obligations d'information. Ces formalités sont énoncées à l'art. 1369-4, qui transpose fidèlement l'art. 10 de la directive sur le commerce électronique. Ainsi, le professionnel qui propose « *la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction* ». En outre, il mentionne les différentes étapes à suivre pour conclure un contrat par voie électronique, les moyens techniques de correction, les langues proposées pour la conclusion du contrat, et, en cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage et les conditions d'accès[18].

Enfin, la LCEN ajoute aux mentions obligatoires du contrat électronique passé par voie électronique entre un professionnel et un non professionnel la mention des « *moyens de consulter les règles auxquelles l'auteur de l'offre entend se soumettre* ». Cette innovation est destinée aux codes de déontologie, mais peut renvoyer aux labels définis dans le Code de la consommation, à des labels relatifs, par exemple à la sécurité de la navigation aérienne. Elle peut également concerner les labels existant dans d'autres États de la Communauté européenne et relatifs, par exemple à la protection des données à caractère personnel[19].

Conclusion

Malgré ses malfaçons, l'ordonnance du 16 juin 2005 achève la transposition de la directive sur le commerce électronique. On peut sans doute lui reprocher d'avoir préféré éviter de retoucher une multitude de textes éparts en modifiant le Code civil. Il est difficile également de lui reprocher la présence dans le Code civil de la notion de professionnel, puisque celle-ci est due au législateur. On peut enfin se féliciter de l'adaptation des règles de forme concernant le contrat électronique.

Par M. Pierre Matringe, Doctorant .

1Loi n° 2005-575 du 21 juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique, J.O n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168, NOR: ECOX0200175L

2Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique, J.O du 17 juin 2005, NOR: JUSX0500112R

3Commission européenne, avis du 6 janvier 2003, IP/03/4.

4Cela implique un moyen de renvoyer le formulaire, mais non la mention d'une adresse à laquelle renvoyer le formulaire, comme le prévoient les art. L 121-24 et L 311-15 du Code de la consommation. V. http://tabaka.blogspot.com/2005/06/ordonnance-adaptation-du-code-civil.html, consulté le 21 août 2005)

5Un tel procédé est nécessaire car le déréglement de la date d'un ordinateur est un problème à la fois fréquent, bénin et par conséquent rarement corrigé.

6Et non seulement le courrier électronique remplaçant une lettre ou une lettre recommandée.

7Affirmer que des informations contractuelles peuvent être transmises par voie électronique ou par courrier électronique est un truisme. Une offre faite à public indéterminée engage son auteur en cas d'acceptation, la question en suspend, en l'absence d'*instrumentum* tangible, étant celle de la preuve.

8*Les paiements sur l'Internet*, Deuxième rapport de l'Observatoire de la Cyber-Consommation, Le Forum des droits sur l'internet, http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/rapp-cyberconso-20050519.pdf, consulté le 18 août 2005, p. 17.

9« Il n'y a pas lieu de soumettre les particuliers qui contractent en ligne à un formalisme particulier. En outre, viser les particuliers excède le champ de la directive communautaire du 8 juin 2000 et est en opposition avec la définition du commerce électronique établie à l'article 6 ». M. TABAROT, compte rendu intégral des débats à l'Assemblée nationale, 2e séance du mercredi 26 février 2003, JO du 27 février 2003, http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2002-2003/20030150.asp, consulté le 23 août 2005.

10J. A. GRAHAM, *L'expression du consentement dans les contrats virtuels en droit positif français*, BL Web-Doc. 3/1999, « ilhttp://rechtsinformatik.jura.uni-sb.de/cbl/comments/cbl-comment_19990003.htm,

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

dernière consultation le 24 août 2005. « il n'appartient qu'au pollicitant de se prémunir contre de telles mésaventures en prévoyant notamment le métatag suivant : <meta http-equiv="expires" content="date et heure"> dans ses pages afin d'indiquer la validité de la page contenant l'offre. De même, le métatag <meta http-equiv="pragma" content="no-cache"> empêche la duplication de ses pages ».

11Pour la prospection commerciale, art. L 34-5 Code des postes et des communications électroniques. De manière générale, art. 7 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, loi relative à la protection de personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JO du 7 août 2004. L'acceptation préalable va au-delà du simple fait de communiquer son adresse électronique, prévu par l'art. 1369-3, sans lequel l'envoi de courrier électronique est de toute façon impossible.

12Art. 7- 4° loi informatique, fichiers et libertés, précitée.

13Art. L 33-4-1 al. 4 Code des postes et des communications électroniques.

14 Sauf dans l'expression « secret professionnel » (art. 259-3, 342-3), s'agissant du professionnel qualifié pouvant être désigné par le juge aux termes de l'art. 255 al. 1er n° 9, ou comme paramètre que doit prendre en compte le juge lorsqu'il statue en droit de la famille ou en droit des successions.

15*Vocabulaire juridique*, Sous la direction de Gérard CORNU, Puf, coll. Quadrige, 6e éd. 2004. Il est question de professionnel aux articles consacrés à la responsabilité du fait des produits défectueux (1386-6, 1386-7 et 1386-15), aux contrats d'entreprise (art. 1799-1), à la clause compromissoire (art. 2061) et aux créances privilégiées (art. 2101, 2104).

16Remarquons que l'art. 1369-3 est inutile puisque ne dérogeant pas à l'art. 1369-10, à portée générale. De plus, les informations adressées à un professionnel selon l'al. 1er ne sont pas celles que celui-ci transmet en renvoyant le formulaire conformément à l'al. 2.

17Ces obligations s'ajoutent à celles prévues par l'art. 19 LCEN.

18« *Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce même décret et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande* ». L'archivage d'un contrat conclu par voie électronique est obligatoire pendant dix ans lorsque le montant de ce contrat dépasse 120 € (décret n° 2005-137 du 16 février 2006, décret pris pour l'application de l'art. L 134-2 du Code de la consommation, publié au Journal officiel du 18 février 2005, NOR : JUS0420982D).

19Ex. : § 9a Bundesdatenschutzgesetz. Sur la fiabilité des labels, v. *Les sites « labelisés » sont-ils plus fiables* ?, Forum des droits sur l'internet, http://www.foruminternet.org/questions_reponses/lire.phtml?id=20, dernière consultation le 18 août 2005.

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

Adressage, Noms de domaine et liens hypertextes, Droit de la consommation, protection du consommateur

Comment l'Afnic prépare l'ouverture du .fr aux particuliers ? - 12/09/2005

Par M. Jean-François Poussard, Rédacteur en Chef MailClub.info .

2006. C'est l'objectif affiché par l'Afnic (Association Française pour le Nommage Internet en Coopération) pour proposer des noms de domaine directement en .fr aux particuliers.

2006. C'est l'objectif affiché par l'Afnic (Association Française pour le Nommage Internet en Coopération) pour **proposer des noms de domaine directement en .fr aux particuliers**. Le **principe de l'ouverture a été acté** lors d'un atelier organisé par l'association en charge du .fr, le mardi 6 septembre. Découvrez le compte-rendu de ce débat, riche en enseignements.

Pourquoi ouvrir le .fr aux particuliers ? Matthieu Weill, directeur général de l'Afnic, est parti du constat que la **plupart des autres extensions sont ouvertes** : *« Pourquoi ne pas le faire, puisqu'on le fait ailleurs ? »*. Les 9 millions de noms de domaine allemands enregistrés en .de, dont 80 % sont détenus par des particuliers, ont souvent été cités comme exemple. Y aurait-il une pression amicale de la commission européenne pour ouvrir l'ensemble des ccTLD européens aux sociétés européennes ? Matthieu Weill précise que ce n'est pas le cas depuis que cette dernière a décidé de lancer son .eu.

L'ouverture du .fr aux particuliers rappellerait également que les personnes physiques sont aussi légitimes que les personnes morales. « Internet, ce n'est pas que pour les sociétés », insiste le nouveau directeur général de l'Afnic. De plus, on constate un **développement croissant d'usages personnels** comme les blogs ou les emails multiples.

Cette ouverture présente bien sûr des **risques**. Le directeur général de l'Afnic, déduit que *« si il y a un accroissement des dépôts, il y aura statistiquement plus de litiges »*. La **première ouverture du .fr aux personnes morales en mai 2004 a entraîné des litiges** *« totalement assumés »*.

Libre choix du nom
L'Afnic a commencé à travailler sur un cahier des charges et des scénarii, preuve que l'ouverture du .fr aux particuliers est devenue une de ses priorités. Ce cahier promeut *« une procédure simple et légère pour l'utilisateur »*. Le **futur titulaire pourrait enregistrer plusieurs noms de domaine (pas de restrictions en terme de nombre de dépôts), avec un *« libre choix du nom en faisant clairement apparaître la responsabilité du titulaire »*** .

Des **garanties seraient fournies aux ayants droits**, avec des moyens d'actions en cas de litige, en appliquant le droit national français. Cette ouverture se veut également cohérente avec les règles mises en place pour

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

les personnes morales, avec une capacité de réaction en cas de violation des règles.

Qui pourra prétendre au .fr ? Les critères d'éligibilité du .fr pour les particuliers ne sont pas encore définis. L'Afnic lance des pistes sur les **statuts de résidents ou de nationaux français, voir européens**.

Les modes d'identification ont été beaucoup discutés au sein de l'assistance. Différentes options ont été exposées : fournir sa carte d'identité lors de l'enregistrement, produire ses justificatifs uniquement lors de contrôles ponctuels, mot de passe envoyé par email ou par courrier, ou encore aucune identification, sous réserve qu'en *« cas de litige le nom de domaine peut être bloqué puis supprimé »*. Matthieu Weill a exprimé sa *« volonté d'une solution simple »*. Il lui semble disproportionné d'utiliser une base de donnée gigantesque telle celle de la sécurité sociale comme moyen d'identifier un particulier pour acheter un .fr.

Qui dit particuliers, dit forcément **protection des données personnelles**. L'ouverture du .fr aux particuliers ne se fera pas sans l'accord de la CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés). Des solutions sont envisagées comme l'option de *« diffusion restreinte »* actuelle pour les whois des .nom.fr.

Objectif 2006

« Une fourchette au trimestre près sera annoncée avant décembre 2005 ». La date précise de l'ouverture du .fr aux particuliers sera elle connue *« quatre mois avant au plus tard »*.

Vous avez la possibilité de **participer à des débats** sur le sujet via des outils mis en place par l'Afnic (n'hésitez pas à consulter le site officiel : www.afnic.fr), comme :

. un email de suggestions : ouverture-particuliers@afnic.fr

. un forum de discussion (ouvert à partir du mercredi 7 septembre) : http://forum.afnic.fr

MailClub.info vous tiendra informé des évolutions de ce dossier.

Par M. Jean-François Poussard, Rédacteur en Chef MailClub.info .

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

Propriétés intellectuelles, Propriétés industrielles et commerciales

0ù en sommes nous de la brevetabilité des logiciels et des oeuvres issues de l'informatique? - 05/09/2005

Par Me. Martine Ricouart-Maillet, Avocate associée, cabinet BRM. et M. Jean-Frédéric Carter Juriste.

Le projet de directive communautaire sur le brevet logiciel a été rejeté par le Parlement Européen le 6 Juillet 2005, par une large majorité des votants (648 voix contre et seulement 14 pour)

Le projet de directive communautaire sur le brevet logiciel a été rejeté par le Parlement Européen le 6 Juillet 2005, par une large majorité des votants (648 voix contre et seulement 14 pour).

Quelles sont aujourd'hui les possibilités de breveter un logiciel en Europe, dans l'attente d'un autre texte communautaire qui pourrait venir préciser la situation?

1. La Convention de Münich du 5 Octobre 1973

L'article 52 de la convention (disponible sur le site de l'O.E.B.) est ainsi rédigé :

" Article 52 : Inventions brevetables

1. Les brevets européens sont délivrés pour les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle.

2. Ne sont pas considérés comme des inventions au sens du paragraphe 1 notamment :
A. les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques;
B. les créations esthétiques;
C. les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs;
D. les présentations d'informations.

3. Les dispositions du paragraphe 2 n'excluent la brevetabilité des éléments énumérés auxdites dispositions que dans la mesure où la demande de brevet européen ou le brevet européen ne concerne que l'un de ces éléments, considéré en tant que tel. "
Les logiciels sont donc exclus en tant que tels du champ de la brevetabilité.

A l'inverse des législations américaine et japonaise sur le sujet, l'Union Européenne ne reconnaît pas un principe de brevetabilité des inventions et œuvres issues de l'informatique.

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

2. La politique de l'Office Européen des Brevets :

L'O.E.B. fait une lecture de la Convention a contrario, et en déduit que si un logiciel n'est pas brevetable " en tant que tel ", cela signifie qu'il est brevetable lorsqu'il n'est pas " en tant que tel ".

Il résulte de cette interprétation que l'O.E.B. accepte de breveter un logiciel lorsqu'il est le complément nécessaire d'un ensemble plus vaste, type automate de production, agenda électronique, ou encore matériel de lecture audio ou vidéo.

Une telle interprétation de la Convention rapproche le droit communautaire des droits américain et japonais.

On estime à 30.000 le nombre de brevets logiciels accordés par l'O.E.B. depuis sa création en 1978.

3. Vers une remise en cause de l'interprétation de la Convention ?

Le rejet du projet de directive proposant d'instaurer officiellement un brevet logiciel communautaire aurait pu sonner le glas de l'interprétation extensive de la Convention par l'O.E.B., le vote exprimant assez clairement la méfiance des eurodéputés à l'égard de la brevetabilité des logiciels.

L'Office de Münich, dans un communiqué en date du 6 Juillet 2005, a pris note du vote des eurodéputés.

Rien pour l'instant n'indique la position de l'Office quant à son interprétation future de la Convention.

Mais le rejet du projet de directive ne changeant rien au droit positif, il n'y a priori aucune raison juridique pour que l'O.E.B. interprète le texte autrement.

Il semble néanmoins que le brevet logiciel ne soit pas complètement oublié, puisqu'un projet de directive " pour un brevet communautaire " est à l'étude au Conseil, et qu'il est probable que quelques articles y traiteront des logiciels.

Par Me. Martine Ricouart-Maillet, Avocate associée, cabinet BRM. et M. Jean-Frédéric Carter Juriste.

BRM AVOCATS NEWS

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

JURISPRUDENCE

Propriétés industrielles et commerciales, responsabilité

Tribunal de grande instance de Strasbourg, 1ère chambre civile, jugement du 19 mai 2005, CNRRH, PIERRE ALEXIS T. C/ 2L MULTIMÉDIA, AYMERIC L.

Thèmes
Propriétés industrielles et commerciales, responsabilté

Abstract
Propriété intellectuelle, droit des marques, marque semi figurative, contrat d'affiliation, hébergeur, contrefaçon, concurrence déloyale, atteintes au nom commercial et au nom de domaine, responsabilité (non)

Résumé
L'hébergeur n'est pas responsable dès lors qu'il n'était pas informé du caractère illicite du contenu hébergé. L'affliliateur qui n'a pas la maîtrise des contenus illicites des sites affilliés n'est pas responsable non plus.

Décision

Pierre Alexis T. associé de la société Centre national de recherche en relations humaines (Cnrrh), est **titulaire de la marque semi figurative "Eurochallenges" déposée à l'Inpi le 21 février 1997** sous le numéro : 97665926 et désignant, notamment, les services de conseils, recherches et informations en relations humaines et agence matrimoniale.

La société Cnrrh est, quand à elle, titulaire du **site** accessible à l'adresse : **http://www.eurochallenges.com** ayant pour objet la promotion de rencontres de femmes russes, d'Europe de l'Est et d'Asie. Elle dispose pour cela d'une **licence d'exploitation de la marque** semi figurative "Eurochallenges" qui lui a été concédée par son titulaire, Pierre Alexis T.

Ayant constaté l'existence de 4 sites internet comportant dans leur **code source** le mot "eurochallenges" et étant liés par un **contrat d'affiliation** à la société 2L Multimédia, la société Cnrrh et Pierre Alexis T., autorisés par ordonnance présidentielle en date du 4 mars 2005, ont fait assigner à jour fixe, selon exploit d'huissier délivrés les 8 et 10 mars 2005, la société 2L Multimédia (ci-après dénommée 2L) et Aymeric L. en **contrefaçon, concurrence déloyale, atteintes au nom commercial et au nom de domaine**.

En l'état de leurs dernières écritures déposées au greffe le 29 avril 2005, ils demandent au tribunal de débouter les défenderesses de toutes leurs prétentions et :

de condamner "in solidum" les défendeurs à verser, à titre de dommages-intérêts 40 000 € à Pierre Alexis T. et 300 000 € à la société Cnrrh,

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

- d'interdire la poursuite des faits incriminés sous peine d'astreinte de 5000 € par infraction constatée,

- d'autoriser la publication du jugement dans un quotidien national et dans un périodique au choix des demandeurs et aux frais des défendeurs dans la limite d'un coût total de 16 000 €,
. d'ordonner l'exécution provisoire du jugement,
. de leur allouer à chacun 4000 € en application de l'article 700 du ncpc.

Pierre Alexis T. fonde principalement ses demandes sur les moyens et arguments suivants :
. l'assignation est valable faute pour les défendeurs de justifier du grief que leur causerait les irrégularités dont elle est affectée,
. il y a contrefaçon par reproduction massive de sa marque "Eurochallenges" dans le but et avec l'effet de diriger la clientèle d'agence matrimoniale vers de multiples sites de rencontres à fins conjugales ou sexuelles,
. il y a avilissement de sa marque par usurpation pour des activités de rencontres à fins sexuelles, voire pornographique,
. 2L est responsable de cette contrefaçon en sa qualité de fournisseur de contenu en marque blanche,
. Aymeric L. est responsable au même titre en sa qualité de concepteur, d'instigateur et de fournisseur des moyens de cette contrefaçon.

La société Cnrrh expose que :
. l'atteinte au nom commercial et au nom de domaine "eurochallenges.com" par l'usage illicite de la marque "Eurochallenges" par les défendeurs est constitutive d'une faute susceptible d'engager leur responsabilité délictuelle au sens de l'article 1382 du code civil,

. le nombre de pages contrefaisantes constituant les sites http://www.chronocul.org, http://www.chronocul.net, http://www.rencontre.ru et http://www.ellebaise.carasexe.com, la multiplicité des affiliés (5 à 6000) et la notoriété de la marque tendent à amplifier et aggraver le préjudice résultant du détournement d'une partie de la clientèle de Cnrrh au profit des sites de rencontre à fins conjugales contrefaisants auxquels 2L et Aymeric L. fournissent le contenu,
. une partie substantielle des investissements publicitaires est perdue car elle contribue à la notoriété des contrefacteurs.

La société 2L Multimédia et Aymeric L. :
. soulèvent la nullité de l'assignation qui comporte une date erronée, mentionne un lieu de siège social pour la société Cnrrh qui ne correspond pas à la réalité et n'indique pas la profession de Pierre Alexis T.,
. opposent l'irrecevabilité des demandes formées contre eux pour défaut de qualité à défendre,
. subsidiairement, concluent au débouté et se portent demandeurs reconventionnels en paiement de 15 000 € à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive, 5000 € par application de l'article 700 du ncpc ; ils demandent encore au tribunal de prononcer une amende civile contre les demandeurs et sollicitent la publication du jugement dans 3 journaux de leur choix aux frais des demandeurs-défendeurs reconventionnels dans la limite de 5000 € HT.

Ils font principalement valoir que :
. la société 2L Multimédia et Aymeric L. qui ne sont ni les concepteurs, ni les propriétaires des sites contrefaisants, sont étrangers aux faits de l'espèce, leur qualité d'hébergeur les exonérant en outre de toute responsabilité en application de la loi du 21 juin 2004,
. ils n'ont commis aucune faute ni causé aucun préjudice susceptibles d'engager leur responsabilité civile dès lors qu'ils n'ont pas la maîtrise des sites internet argués de contrefaçon.

Sur les exceptions de nullité

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

L'article 114 alinéa 2 du ncpc dispose que : « *la nullité [d'un acte de procédure] ne peut être prononcée qu'à la charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agir d'une formalité substantielle d'ordre public* ».

Il s'ensuit que **faute pour les défendeurs de justifier du grief que leur auraient causé les irrégularités** contenues dans l'assignation qui, en outre, hormis la date erronée, ont été réparées dans les derniers écrits des demandeurs, **la nullité des assignations n'est pas encourue** et leurs exceptions doivent être rejetées.

Sur la recevabilité

Afin d'apprécier si la société 2L Multimédia et Aymeric L. ont ou non qualité pour défendre, il est nécessaire de procéder à l'examen au fond du litige.

Sur la contrefaçon

L'article L 716-1 du code de la propriété intellectuelle que :

« *L'atteinte portée au droit du propriétaire de la marque constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur. Constitue une atteinte aux droits de la marque la violation des interdictions prévues aux articles L 713.2, L 713-3, L 713-4 du code de la propriété intellectuelle* ».

En l'espèce, il ressort des procès verbaux de constat dressés les 3 et 17 janvier 2005 par Me Alain Schneider, huissier de justice associé à Strasbourg, que la marque "Eurochallenges" dont Pierre Alexis T. est titulaire apparaît dans les codes sources de quatre sites internet accessibles sous les adresses http://www.chronocul.org, http://www.chronocul.net, http://www.rencontre.ru et http://www.ellebaise.carasexe.com.

Il est cependant parfaitement constant que les défendeurs ne sont ni les concepteurs, ni les propriétaires de ces sites de sorte qu'ils ne sont pas les auteurs de ces activités contrefaisantes.

Il convient en fait de distinguer :

* **les sites** accessibles sous les adresses http://www.chronocul.org, http://www.chronocul.net, http://www.rencontre.ru d'une part, **pour lesquels les propriétaires respectifs ont passé avec la société 2L Multimédia un contrat d'affiliation** qui peut s'analyser comme un contrat de prestations de service de publicité selon lequel, moyennant rémunération, ils s'engagent à assurer la promotion du site http://www.easyrencontre.com appartenant à 2L en insérant des liens hypertextes sur leur site renvoyant sur le site de 2L ou des fenêtres internes ("frames") leur permettant d'inclure au sien de leur propre site, des pages du site de 2L ; dans le cadre des accords, il est manifeste que 2L n'a aucune maîtrise du site "affilié" et que le "contenu" qu'elle leur fournit est constitué par tout ou partie de son propre site à l'égard duquel il n'est allégué aucune contrefaçon de la marque "Eurochallenges" ; en tout état de cause, les demandeurs ne rapportent pas la preuve qui leur incombe que les défendeurs auraient, de quelque manière que ce soit, fourni aux propriétaires des sites contrefacteurs, une liste de mots clés dans laquelle figurait la marque "Eurochallenges" ;

* **le site** accessible sous l'adresse http://www.ellebaise.carasexe.com, propriétaire de Franck S. d'autre part, qui est un sous-domaine du site "carasexe.com" a**ppartenant à 2L pour lequel les deux parties sont liées par un contrat d'hébergement** ; en effet, l'activité de 2L rentre bien dans les prévisions de l'article 6.I.II de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, définissant l'activité d'hébergeur : 2L est titulaire du nom de domaine "carasexe.com" et met à la disposition de ses clients tous les éléments nécessaires à l'exploitation d'une présence sur internet en leur offrant la possibilité de créer un sous-

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

domaine ; l'article 6.I.II précité dispose que la responsabilité civile des sociétés d'hébergement ne saurait être engagée si : « *elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou des faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment ou elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ses données ou rendre l'accès impossible* » ; or, les parties demanderesses n'apportent aucunement la preuve que les défendeurs étaient informés de l'usage par le propriétaire du site dans ses mots clés de la marque "Eurochallenges" et il ressort sans ambiguïté des attestations délivrées par Franck S., propriétaire et concepteur du site http://www.ellebaise.carasexe.com que dès qu'ils en ont été informés, ils l'ont enjoint de supprimer physiquement ce site, ce qui démontre que ces derniers ont agi promptement et que leur intervention a permis la cessation immédiate des agissements contrefaisants.

La bonne foi des parties défenderesses est encore confirmée par les clauses de son contrat d'affiliation stipulant que « *l'utilisation d'expressions répréhensibles, de marque ou de nom de site est interdite* ».

Il résulte de ce qui précède :

. qu'**en leur qualité d'hébergeur, la responsabilité des défendeurs n'est pas encourue faute pour les demandeurs de démontrer qu'ils étaient informés des agissements contrefaisants pratiqués par les clients qu'ils hébergeaient et qu'une fois informés, ils n'auraient pas agi promptement pour mettre fin à la contrefaçon de marque**,

. que **dans le cadre des contrats d'affiliation passés avec les propriétaires des sites http://www.chronocul.org, http://www.chronocul.net, http://www.rencontre.ru, leur responsabilité n'est pas davantage engagée faute pour les demandeurs de démontrer qu'ils ont fourni à leurs partenaires le contenu contrefaisant**.

Enfin, **faute de démontrer que les défendeurs disposaient de la maîtrise de ces sites ou avaient le pouvoir d'influer sur leur contenu, la responsabilité de ces derniers ne peut pas non plus être engagée sur le fondement de l'article 1382 du code civil**.

Il convient en conséquence de déclarer Pierre Alexis T. irrecevable en ses demandes fondées sur la contrefaçon pour défaut de qualité des défendeurs et de débouter la société Cnrrh de ses demandes fondées sur l'article 1382 du code civil.

Les demandeurs qui succombent supportent "in solidum" les entiers dépens et doivent, par application de l'article 700 du ncpc, indemniser les défendeurs des frais irrépétibles qu'ils ont exposés et qui, compte tenu des circonstances de l'espèce, seront fixés à 3000 €.

Sur les demandes reconventionnelles

Suite à l'établissement des constats d'huissier susvisés démontrant l'existence d'agissements contrefaisants et n'étant pas parties aux contrats unissant 2L à ses affiliés, les demandeurs ont légitimement pu se méprendre sur la portée de leurs droits de sorte que la procédure qu'ils ont engagée ne saurait être qualifiée d'abusive.

De même, la complexité des relations contractuelles existant entre les différents protagonistes de cette affaire ne permet pas de considérer que le droit de poursuivre l'instance, engagée de surcroît à jour fixe, après le premier jeu de conclusions en défense du 2 mai 2005, a dégénéré en abus ouvrant droit à indemnisation ou réparation pour les

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.

défendeurs-demandeurs reconventionnels.

Ces derniers seront dès lors déboutés de l'ensemble de leurs fins et conclusions.

Le tribunal, statuant publiquement, par jugement contradictoire et en premier ressort,

. Rejette les exceptions de nullité des assignations,

. Déclare Pierre Alexis T. irrecevable en ses demandes fondées sur la contrefaçon de sa marque,

. Déboute la société Cnrrh de ses fins et conclusions,

. Condamne "in solidum" Pierre Alexis T. et la société Cnrrh aux entiers frais et dépens ainsi qu'à payer à la société 2L Multimédia et à Aymeric L. "in solidum" un montant de 3000 € en application des dispositions de l'article 700 du ncpc,

. Déboute la société 2L Multimédia et Aymeric L. de leurs fins et conclusions reconventionnelles.

Référence : Tribunal de grande instance de Strasbourg, 1ère chambre civile, jugement du 19 mai 2005, *CNRRH, PIERRE ALEXIS T. C/ 2L MULTIMÉDIA, AYMERIC L.*, DROIT-TIC http://www.droit-tic.com/juris/aff.php?id_juris=34

© J. Le Clainche. Les articles sont la propriété de leurs auteurs.