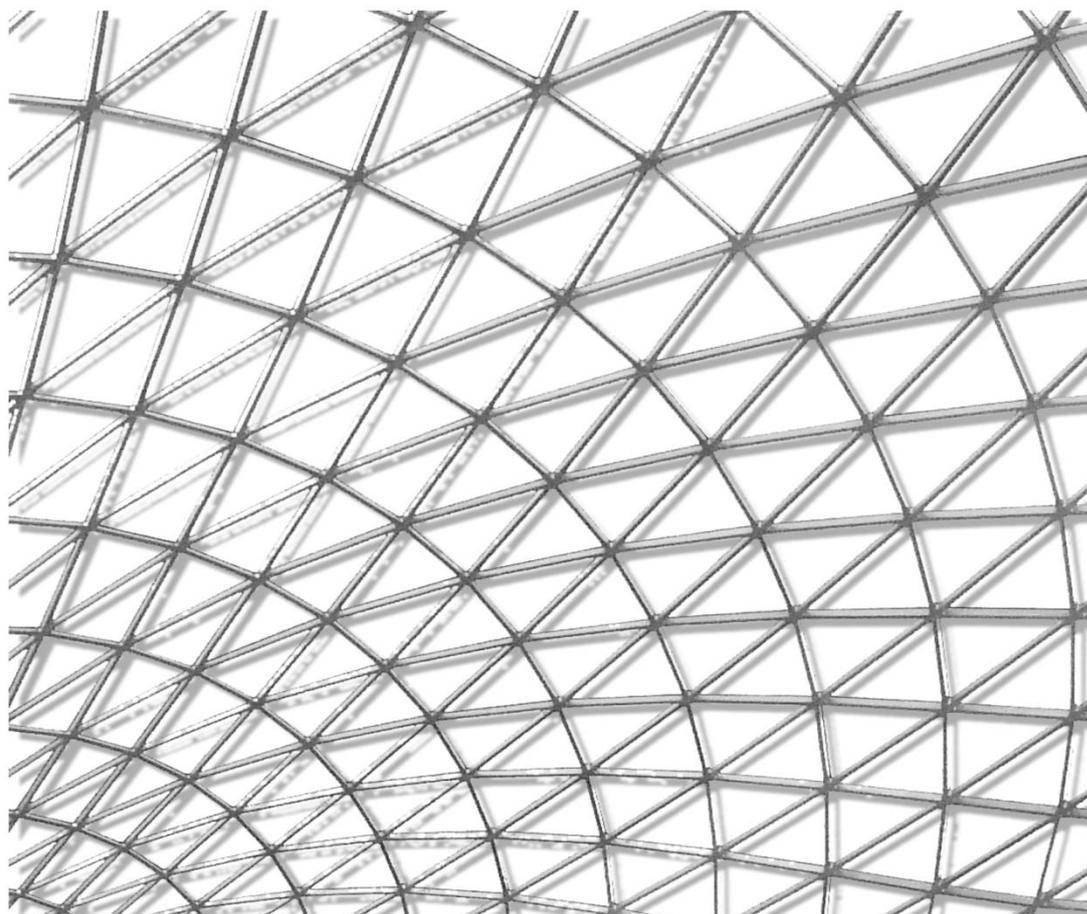


RJ
CE

REVUE JURIDIQUE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES



CHRONIQUES

NOTES DE JURISPRUDENCE

ÉTUDES

CHRONIQUES

INTERNET

- N° 1 – page 5. Le statut d'hébergeur confronté au droit à la réputation sur internet
 N° 2 – page 6. L'adoption de règles visant à préserver la neutralité du net aux Etats-Unis
 N° 3 – page 7. eBay condamné en tant qu'éditeur du fait de son rôle actif
 N° 4 – page 8. Après dix ans d'existence, le Forum des droits sur l'internet disparaît

TÉLÉVISION

- N° 5 – page 9. Attribution de chaînes bonus à TF1, M6 et Canal + : la Commission européenne menace de sanctionner la France
 N° 6 – page 10. Avis défavorable du CSA à propos du décret « SMAD » – Un camouflet pour le gouvernement
 N° 7 – page 13. Les bénéficiaires des services de médias à la demande vont financer la création
 N° 8 – page 14. La chaîne *Baby First* censurée par le CSA et *Canalsat*

RADIO

- N° 9 – page 15. La plus importante sanction pécuniaire infligée par le CSA à une station de radio

PRESSE

- N° 10 – page 16. Plainte du *Monde* pour violation du secret des sources de ses journalistes – La place de ce droit en question
 N° 11 – page 18. L'espionnage des journalistes dénoncé par le *Canard enchaîné*

CINÉMA

- N° 12 – page 19. Une loi pour parfaire l'aide à l'équipement numérique des salles de cinéma

PUBLICITÉ

- N° 13 – page 21. La publicité comparative en France, au carrefour des distributeurs et des tribunaux
 N° 14 – page 22. Du placement de produit dans un film au placement de film dans un produit
 N° 15 – page 23. Actualité du droit de la publicité sur internet : publicité interactive et publicité ciblée

TÉLÉCOMMUNICATIONS

- N° 16 – page 25. L'identification des utilisateurs de téléphonie mobile en Grèce

DROIT D'AUTEUR

- N° 17 – page 26. Accord entre la SACEM et *Youtube* : une promesse de rémunération des auteurs
 N° 18 – page 28. De l'original à la parodie en passant par la pale copie
 N° 19 – page 29. Première étude comparative sur le droit d'auteur en Europe en matière littéraire
 N° 20 – page 30. Nouvelles cibles de la Commission pour copie privée

Comité scientifique

Hervé Isar

Professeur, Vice-président de l'Université d'Aix-Marseille
 Co-directeur du LID2MS
 Directeur de l'IREDEC

Jean Frayssinet

Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille

Frédéric Laurie

Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille
 Directeur des études du Master II Droit des télécommunications

Alexandra Touboul

Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille
 Directrice des études du Master II Droit des médias

Guy Drouot

Professeur à l'Institut d'études politiques d'Aix en Provence

Karine Favro

Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, Colmar-Mulhouse

Xavier Agostinelli

Maître de conférences à l'Université du Sud, Toulon-Var

L.I.D.2 M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Revue Juridique des
 Communications Electroniques –
 LID2MS
 3 Av. Robert Schuman
 Espace René Cassin
 13628 Aix en Provence
 Cedex 1

Tel : 04 42 17 29 36
 Fax : 04 42 17 29 38

Directeur de la publication :

Hervé Isar
 herve.isar@univ-amu.fr

Rédacteur en chef :

Boris Barraud
 boris.barraud@univ-amu.fr

Rédactrice en chef adjointe :

Isabelle Meyer
 isabelle.meyer@univ-amu.fr

Collaboration scientifique et technique :

Willy Duhén
 ATER à l'Université Paris Ouest
 Nanterre La Défense

Parution biannuelle

Les articles peuvent être cités de la manière suivante :
 AUTEUR, « Nom de l'article »,
 RJCE 2010/1, n° 12 (année/n° de la revue, n° de l'article)

Pour soumettre toute contribution :
 boris.barraud@univ-amu.fr

<http://www.lid2ms.com>
<http://www.iredic.com>

NOTES DE JURISPRUDENCE**INTERNET**

- N° 21 – page 32. Prud'hommes Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, *Barbera et Southipong c/ Alten Sir* (réseaux sociaux et vie privée)
N° 22 – page 34. TGI Paris, 8 sept. 2010, *Bellanger c/ Google* (diffamation)
N° 23 – page 36. TGI Paris, 29 oct. 2010, *SNCF c/ Benoit M.* (cybersquatting)
N° 24 – page 38. CA Paris, 14 avr. 2010, *Omar S. c/ Dailymotion* (hébergeurs)
N° 25 – page 40. CJUE, 23 mars 2010, *Google c/ Louis Vuitton et autres* (mots-clés et contrefaçon)
N° 26 – page 42. TGI Paris, 18 juin 2010, *M6 web c/ SBDS* (télévision de rattrapage et droit d'auteur)
N° 27 – page 44. Cass. Civ. 1ère, 14 janv. 2010, *TISCALI c/ Dargaud Lombard* (hébergeurs)
N° 28 – page 46. CA Paris, 3 sept. 2010, *eBay c/ Dior et Louis Vuitton* (hébergeurs)

TÉLÉVISION

- N° 29 – page 48. Autorité de la concurrence, 16 nov. 2010, *AB et France Télécom c/ Canal plus* (exclusivités et concurrence)
N° 30 – page 50. Cass. Com., 13 juill. 2010, *Free et SFR c/ Orange* (exclusivités)

RADIO

- N° 31 – page 52. CE, 22 oct. 2010, *Vortex c/ CSA* (liberté de communication)

PRESSE

- N° 32 – page 54. CA Paris, 17 juin 2010, *Aujourd'hui Sport c/ Président de l'Autorité de la concurrence* (secret des sources)
N° 33 – page 56. CEDH, 14 sept. 2010, *Sanoma Uitgevers c/ Pays-Bas* (secret des sources)

TÉLÉCOMMUNICATIONS

- N° 34 – page 58. Cass. Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2010, *X c/ Y* (valeur probante des écrits électroniques)

DROIT D'AUTEUR

- N° 35 – page 60. TGI Nanterre, 25 mars 2010, *Ordinateur Express c/ CBS interactive* (liens hypertextes)

ETUDE**TÉLÉCOMMUNICATIONS**

- N° 36 – page 62. La valeur probante des écrits électroniques

EDITORIAL

LA REVUE JURIDIQUE, UN OUTIL INDISPENSABLE À LA COMPRÉHENSION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Entre modernité technologique et conservatisme juridique, on imagine souvent que le pas est grand et que le « vide juridique » règne.

En effet, tandis que l'Etat peine à maintenir sa position centrale au sein des processus d'élaboration et d'application du droit, les médias électroniques poussent à d'extraordinaires mutations, et offrent au juge, au normateur et à la doctrine des défis qu'ils doivent impérativement relever.

A ce titre, les régimes juridiques applicables aux communications électroniques revêtent deux traits principaux : ils sont récents – et donc relativement peu étudiés, si ce n'est compris – ; et en constante évolution – ce qui oblige à une veille et une attention de tous les instants.

Les praticiens comme les théoriciens du droit des nouvelles technologies ont ainsi besoin d'outils performants afin de le suivre dans ses incessants mouvements et de mieux appréhender ses linéaments.

Partant, le Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias et des Mutations Sociales (LID2MS) et son équipe d'accueil n° 4328, en lien étroit avec l'Institut de Recherche et d'Etudes en Droit de l'Information et de la Communication (IREDIC), a souhaité participer à l'étude dynamique et vivante du droit des communications électroniques en éditant une revue biannuelle composée de contributions des meilleurs spécialistes.

Il s'agit, tout d'abord, de proposer un instrument de valorisation des travaux des enseignants-chercheurs du laboratoire, des collaborateurs extérieurs désireux de proposer des articles de qualité, mais aussi des meilleurs étudiants de master de la nouvelle Université Aix-Marseille.

Il s'agit, ensuite – voire surtout –, d'éditer un outil permettant aux professionnels de la communication d'accéder aisément à l'actualité des cadres juridiques dans lesquels évoluent leurs activités.

A ces fins, la Revue juridique des communications électroniques (RJCE) a pour vocation de publier des notes de jurisprudence et de courts articles permettant de maintenir une veille quant aux derniers soubresauts affectant le droit encore instable des médias électroniques. Par des études, elle permet également d'approfondir la réflexion sur certaines problématiques essentielles et/ou d'actualité.

Dans ce premier numéro, sera ainsi abordé le thème de la valeur probante des écrits électroniques. A l'heure où le courriel a remplacé la lettre et où le facteur s'est métamorphosé en livreur à la disposition des commerçants en ligne, nul doute que la question recèle nombre d'incertitudes juridiques et, par conséquent, appelle d'urgentes réponses.

Cette revue entend donc s'attacher à la dimension concrète et opérationnelle du droit, sans toutefois ignorer ses dimensions théoriques. Pour cela, elle est ouverte aux matières qui influent sur la construction des normes telles que la sociologie, l'économie, l'anthropologie et, évidemment, la technologie.

Enfin, si elle s'intitule « Revue juridique des communications électroniques », elle n'exclut nullement les médias plus anciens que sont la presse, le cinéma ou l'audiovisuel ; car eux aussi subissent profondément les conséquences de la révolution du numérique.

La recherche en droit des communications électroniques rencontre actuellement un réel engouement, autant du point de vue des auteurs que des lecteurs. En éditant cette RJCE, le LID2MS entend répondre à la demande des premiers comme des seconds et participer ainsi à la construction d'un droit vivant.

Hervé Isar
Directeur de la publication

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille,
Co-directeur du LID2MS

LE STATUT D'HÉBERGEUR CONFRONTÉ AU DROIT À LA RÉPUTATION SUR INTERNET

Par Boris Barraud

Être ou ne pas être hébergeur, telle est la question. La loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004 arbore quelque chose de très shakespearien. Ainsi – semblables à Roméo devant choisir entre Montaigu et Capulet – les juges rencontrent un dilemme homérique : qui des qualifications d'éditeur et d'hébergeur doit l'emporter pour désigner les sites communautaires de l'Internet ? Et quels régimes de responsabilité doivent s'y rattacher ?

En France, de nombreuses décisions traitent de cette problématique nouvelle et que la loi peine à circonscrire. Or du fait de ce flou législatif et de la prohibition des dénis de justice, les tribunaux – le TGI de Paris en particulier – sont contraints de préciser les règles régissant le domaine de la communication au public en ligne dont la question du statut juridique applicable aux différents sites collaboratifs constitue en quelque sorte la clé de voûte.

L'ordonnance prise en référé par le président du TGI parisien le 20 octobre dernier est la dernière pierre apportée à cet édifice prétorien. Elle revêt un intérêt patent en raison du fait qu'il ne s'agit pas pour le juge, comme à l'accoutumée, de traiter de la conciliation entre droits de propriété intellectuelle et responsabilité des acteurs de l'Internet, mais d'aborder la question des atteintes à la réputation commises en ligne.

En l'espèce, Alexandre B. avait été mis en examen dans le cadre d'une information judiciaire ouverte du chef d'escroquerie contre les dirigeants de la société pour laquelle il travaillait, laquelle proposait à des artistes d'exposer leurs œuvres dans des endroits supposés prestigieux. S'en suivit la mise en ligne sur un site de la société JFG Networks – par un internaute dénommé Yvan S. étant également l'un des peintres plaignants – d'un article relatant : « Alexandre B. a été mis en examen par la police judiciaire de Versailles pour escroquerie. A l'issue de la garde à vue Alexandre B. a été mis en liberté surveillée. Un juge d'instruction a été nommé. Une commission rogatoire va poursuivre l'instruction et préparer le procès à venir ».

En conséquence, le mis en cause demandait au juge de l'urgence qu'il ordonne à l'hébergeur la suppression immédiate du texte incriminé ainsi que le paiement de dommages et intérêts en compensation du préjudice moral subi. Ce dernier quant à lui se défendait en avançant que le caractère « manifestement illégal » du blog en question – qui lui avait été dénoncé par lettre recommandée avec avis de réception – n'était pas certain. Partant, il n'y avait selon lui aucune raison légale de le retirer.

Est tout d'abord remarquable le fait que le requérant n'ait pas cherché à faire jouer à l'encontre la société défenderesse le régime de responsabilité de droit commun applicable aux éditeurs de contenus. En se plaçant sur le terrain spécifique de l'article 6 de la loi LCEN érigeant un système de responsabilité limitée pour les hébergeurs, les chances d'obtenir gain de cause de la part du juge s'avéraient inexorablement amoindries. Sans doute les nombreuses décisions ayant, depuis 2007, rejeté l'applicabilité du statut d'éditeur et retenu, par défaut, celui d'hébergeur ont-elles milité en faveur d'une attitude pragmatique consistant à se concentrer sur ce second. Cela peut en effet paraître plus judicieux que de l'invoquer subsidiairement et donc de façon peu pertinente. Cet élément témoigne de la primeur actuelle du statut d'hébergeur. À l'instar de Roméo, les juges auraient choisi quel parti suivre (*opere citato* ; voir l'article « La qualification d'hébergeur attribuée à Youtube par la justice espagnole »).

L'ordonnance ici en cause revêt un double apport : le premier porte sur les conditions permettant d'engager la responsabilité d'un hébergeur de contenus pour atteinte à la réputation ; le second s'intéresse à la notion d'atteinte à la présomption d'innocence et donc de diffamation.

Tout d'abord, Alexandre B. est débouté de sa demande car le magistrat retient que la société « s'est comportée en l'espèce comme un professionnel averti et exigeant, soucieux de la liberté d'expression et s'étant conformé aux prescriptions du conseil constitutionnel » ; étant rappelé que « l'hébergeur n'est astreint, en cette

qualité, à aucune obligation de surveillance et de contrôle [...] et ne peut voir sa responsabilité engagée qu'après que le contenu illicite d'une publication lui a été notifié dans les formes prévues par la loi et si, l'information dénoncée présentant un caractère manifestement illicite, il n'a pas agi promptement pour la retirer ».

Surtout, l'impression d'immunité des fournisseurs d'hébergement se voit confortée par l'ajout d'une nouvelle condition à la possibilité que des obligations leur incombent. Il s'agit du besoin d'entreprendre une quelconque action « telle que la saisine du juge des requêtes, aux fins de disposer des éléments d'identification du responsable de ce blog ». Il faut ici préciser que les nom et prénom de ce dernier figuraient en annexe du site litigieux, ce qui le rendait aisément identifiable. Ainsi, agir en premier lieu à son encontre n'était pas impossible. En outre, Ivan S. était intervenu volontairement à l'audience, assumant pleinement la paternité des propos en cause. Dès lors, il s'agissait également de répondre à la demande additionnelle de condamnation *in solidum* des deux acteurs de la publication.

Ainsi, le juge aborde sur le fond la requête à lui soumise et répond que « le seul fait imputé par ce texte d'avoir été mis en examen est un fait exact qui

Source :

TGI Paris, réf., 20 oct. 2010, *Alexandre B. c/ JFG networks*, <<http://www.legalis.net/spip.php?article3007>>, consulté le 10 novembre 2011.

ne saurait, dès lors, caractériser le délit de diffamation ». Il ajoute : « la seule référence à une mise en examen n'est pas, en tant que telle, contraire à la présomption d'innocence, laquelle n'interdit nullement d'évoquer des affaires judiciaires en cours mais a pour seul objet de prévenir toute conclusion définitive manifestant un préjugé tenant pour acquis la culpabilité de qui n'est pas encore jugé ».

Enfin, il termine : « le caractère diffamatoire d'un propos n'est pas toujours de nature à convaincre de son caractère illicite – et moins encore manifestement illicite – ce dernier pouvant être exclusif de toute faute lorsqu'il est prouvé ou se trouve justifié par la bonne foi ». Cette dernière phrase constitue sans doute l'apport principal de ce jugement de référé puisqu'elle semble élever encore un peu plus le mur défendant les hébergeurs en excluant toute sanction du fait de ne pas avoir retiré un contenu diffamatoire, même après notification en bonne et due forme. Si cette jurisprudence était confirmée, le régime applicable aux blogs, forums et autres réseaux sociaux risquerait fort de consister en un régime d'impunité. Le droit de la réputation sur Internet se dessine, mais les ratures à l'égard des victimes sont nombreuses.

n° 2

CHRONIQUE – INTERNET

Sous la direction de Jean Frayssinet

Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille

L'ADOPTION DE REGLES VISANT A PRESERVER LA NEUTRALITE DU NET AUX ETATS UNIS

Par Sarah Stealens

La Commission fédérale des communications américaines (FCC) a publié le mardi 21 décembre, un texte visant à réguler la neutralité du net aux Etats Unis.

La neutralité du net, défendue par Barack Obama, est un principe fondateur d'internet. Cela impose de ne faire aucunes discriminations à l'égard de la source, du contenu ou de l'information diffusée sur le réseau. Aux Etats Unis, la plupart des

fournisseurs d'accès à internet sont également des fournisseurs de câbles et de télécommunications. Certains craignent que ces fournisseurs mettent en avant leurs propres contenus en faisant en sorte, par exemple, que le débit soit plus rapide pour certaines informations.

Ce principe de neutralité du net est l'objet de beaucoup de débat au sein du Congrès américain. Certains sénateurs ont pour objectif de faire voter

une loi visant à protéger le principe de l'Internet libre. C'est pour cela qu'ils souhaitent que la FCC ait le pouvoir nécessaire pour intervenir en la matière.

Au mois d'avril 2010, c'est la justice américaine qui avait considéré que la FCC n'était pas compétente pour imposer le principe de neutralité du net aux fournisseurs d'accès.

Cependant, les membres de la FCC ont adoptées, à trois voix contre deux, un certain nombre de règles visant à protéger la liberté des consommateurs sur internet. Le Président de cette institution considère que c'est un premier pas vers l'adoption d'une loi sur le sujet.

Dans l'application des différentes règles, la FCC fait toutefois la différence entre les communications sans fils et l'Internet fixe. Les fournisseurs d'accès Internet sans fils bénéficient de plus de liberté pour gérer leur réseau. La raison reposerait sur le fait que ces fournisseurs disposent d'une bande disponible plus limitée.

La règle principale visant à protéger la neutralité du net, consiste à interdire aux fournisseurs de bloquer

des contenus légaux même s'ils sont en concurrence avec leurs propres services.

La FCC autorise les fournisseurs à faire payer le consommateur en fonction de son utilisation d'Internet. Cela pourrait signer la fin de l'internet illimité.

En France, depuis 2009, l'ARCEP (autorité de régulation des communications électroniques et des postes) essaie de trouver des pistes de réflexion sur ce sujet. Pour cela elle a organisé un colloque en avril 2010 et depuis le mois de mai ces réflexions ont été publiées et soumises à consultation. En décembre, le député Christian Paul du Parti socialiste a déposé une proposition de loi sur le sujet, qui devrait être examinée en début d'année 2011.

Cependant, aux Etats Unis, rien n'est gagné, car ces nouvelles règles devraient rencontrer l'opposition des républicains. En effet, ils ne veulent pas que le gouvernement influe sur le fonctionnement des entreprises. Il risquerait donc d'y avoir un renversement concernant ces règles au mois de janvier, lorsque la majorité américaine prendra le contrôle du Congrès.

Sources :

BENAYOUN (A.), « Neutralité du net : les USA changent les règles », *degroupenews.com*, <www.degroupenews.com/actualite/n5693-neutralite-internet-filtrage-usa-gouvernement.html>, consulté le 10 novembre 2011.

FTV, « Neutralité du net : règles approuvées », *info.france2.fr*, <<http://info.france2.fr/monde/neutralite-du-net-regles-approuvees-66518031.html>>, consulté le 10 novembre 2011.

« Eric Besson, la neutralité du net et les autoroutes de l'information », *lemonde.fr*, <http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/04/07/la-neutralite-du-net-mise-a-mal-aux-etats-unis_1330206_651865.html>, consulté le 10 novembre 2011.

n° 3

CHRONIQUE – INTERNET

Sous la direction de Jean Frayssinet

Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille

EBAY CONDAMNE EN TANT QU'EDITEUR DU FAIT DE SON ROLE ACTIF

Par Thibaud Dory

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 3 septembre 2010, a condamné la société Ebay, courtier en ligne, dans une affaire relative à la vente d'objets contrefaisant la marque Christian Dior. Elle lui a reconnu la qualité d'éditeur de service, lui refusant ainsi le droit de bénéficier du régime de responsabilité dérogatoire des hébergeurs de

l'article 6.I.2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

La Cour a, en effet, considéré qu'Ebay jouait le rôle d'un courtier « qui se distingue des autres formes de courtage traditionnelles » car il n'intervient pas seulement lors de la conclusion de la vente mais

également lors des opérations préparatoires à celle-ci.

De plus, elle considère qu'Ebay n'est pas un prestataire dont le comportement serait alors « purement technique, automatique et passif ». Ici il joue un rôle actif qui justifie, pour la Cour d'appel de Paris, que la société Ebay vérifie « que les marchandises dont elle assurait la promotion de la vente, étaient ou non hors commerce en raison de leur caractère contrefaisant. »

C'est sur le fondement du seul droit commun de l'article 1382 du code civil que la Cour a apprécié la responsabilité d'Ebay et l'a condamné à payer, à

Christian Dior Couture, plus d'un 1,6 millions d'euros de dommages et intérêts.

Il est à noter que cet arrêt s'inscrit dans la droite ligne du jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris, le 13 mai 2009, dans une affaire l'opposant à l'Oréal où Ebay avait été reconnu hébergeur s'agissant de son activité de mise en ligne d'annonces et éditeur s'agissant de son activité de régie publicitaire et de promotion. Egalement, plus récemment, le 20 juillet 2010, la Cour d'appel de Reims, dans l'affaire Ebay/Hermès, l'a qualifié à la fois d'hébergeur et d'éditeur excluant, là aussi, la possibilité pour le géant du courtage sur internet de bénéficier du régime dérogatoire des hébergeurs.

Source :

HERZOG (N.), « eBay actif = éditeur – eBay passif = hébergeur », *Nicolasherzog.net*, <nicolasherzog.net/article-ebay-actif-editeur-hebergeur-passif-80309247.html>, consulté le 10 novembre 2011.

n° 4

CHRONIQUE – INTERNET

*Sous la direction de Jean Frayssinet
Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille*

APRÈS DIX ANS D'EXISTENCE, LE FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET DISPARAÎT

Par Pauline Dalman

Presque dix ans après sa création, le forum des droits sur l'Internet annonce sa fermeture. Le 31 décembre 2010 sa convention avec l'État prend fin et sa dissolution anticipée a été votée par une assemblée générale extraordinaire du 7 décembre 2010.

Cette association loi de 1901, créée en 2001 est un organisme dont la philosophie principale était la corégulation. Des recommandations à l'intention des pouvoirs publics étaient ainsi émises après consultation des acteurs publics et privés concernés par un sujet. Depuis 2004 le forum proposait un service gratuit de médiation pour régler les litiges en ligne.

Cet organisme aura traité plus de 13000 différends nationaux, européens et internationaux avec un taux moyen de réussite supérieur à 87 pour cent. Le 5 novembre 2010, il est récompensé pour son action en recevant le trophée de l'innovation en médiation décerné par l'Association nationale des médiateurs. Pour son fonctionnement le forum

recevait une subvention du ministère de l'Industrie d'un montant d'environ 1,14 millions d'euros par an. Cette subvention complétait les cotisations de ses membres.

Au cours de son existence, le forum a mené diverses actions notamment en matière de protection des consommateurs. En 2007, il publie une recommandation dans le cadre du développement du commerce électronique. La loi Chatel sur le développement de la concurrence et les droits du consommateur de décembre 2007 reprendra des dispositions de la recommandation concernant le droit de rétractation et le remboursement de l'acheteur en ligne. Le forum a également émis une documentation prolifique à destination du grand public sous la formes de guides et de brochures, pour une meilleure utilisation du web. Depuis 2008, les pouvoirs publics ont souhaité faire évoluer ce dispositif pour faire face à la démocratisation de l'Internet. Un projet, porté par Éric Besson puis Nathalie Kosciusko-Morizet prévoyait que le forum se fonde dans un

conseil national du numérique, mais cette transformation n'est jamais intervenue.

L'expérience du Forum aura souligné l'importance d'un organisme de dialogue et de concertation au sein duquel les pouvoirs publics sont à l'écoute de la société civile afin de construire une réponse adaptée au développement de la société numérique. Patrice Martin-Lalande, député et

membre du Conseil d'orientation du Forum a souligné « l'urgence d'assurer la pérennité de l'œuvre accomplie par le Forum et d'apporter une réponse précise quant à l'avenir des personnels concernés et à la nouvelle organisation dotée des moyens suffisant pour assurer la mission de dialogue, de concertation et de médiation nécessaire au bon fonctionnement de l'internet en France. »

Source :

REES (M.), « Le FDI est mort, vive le Conseil national du numérique ? », *pcinpact.com*, « <http://www.pcinpact.com/newq/60368-conseil-national-numérique-plan-besson.htm> », consulté le 10 novembre 2011.

n° 5

CHRONIQUE – TÉLÉVISION

*Sous la direction de Hervé Isar
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

ATTRIBUTION DE CHAINES BONUS A TF1, M6 ET CANAL + : LA COMMISSION EUROPEENNE MENACE DE SANCTIONNER LA FRANCE

Par Renaud Bobéda

La diffusion analogique des programmes de télévision vit actuellement ses dernières heures en France. En effet d'ici fin 2011, l'ensemble des chaînes françaises ne seront plus diffusées en analogique mais en numérique, le Languedoc-Roussillon étant la dernière à recevoir les programmes en analogique jusqu'en novembre 2011.

Ce passage à la diffusion numérique permettra en outre de libérer bon nombre de fréquences hertziennes, qui pourront être réaffectées à différents usages contribuant au service public mais aussi à des usages privés. La réaffectation de certaines fréquences à par ailleurs déjà commencé, ce qui n'a pas manqué de déclencher une polémique relative à une redistribution considérée comme trop avantageuse pour certains opérateurs.

La Commission Européenne a ainsi initié une procédure de sanction à l'encontre de la France dans une lettre de mise en demeure datée du 24 novembre 2010 adressée à la ministre des affaires étrangères Michèle Alliot-Marie. La commission conteste en effet l'attribution de fréquences supplémentaires aux « groupes de télévision historiques » au motif que le passage au numérique leur porterait préjudice.

Cette mesure, prévue par loi n°2007-309 du 5 mars 2007 relative à la « modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur » qui modifie la loi Léotard du 30 septembre 1986, octroie à trois grands opérateurs historiques sur le marché (TF1, M6 et Canal +) le bénéfice automatique d'une fréquence de diffusion après le passage à la diffusion numérique.

Pour justifier cette mesure, les autorités françaises ont précisé dans un courrier du 10 juin 2010 adressé à la Commission que cette mesure est destinée à réparer un « désavantage structurellement subi par les seuls opérateurs analogiques, du fait de droits octroyés par le passé ». Le même courrier indique que le marché de l'audiovisuel ne sera pas déstabilisé par ces mesures, la libération des fréquences opérée par le passage au numérique permettant l'assignation de nouvelles fréquences à de nouveaux opérateurs.

Ces explications n'ont pas convaincu la Commission, qui souligne dans sa mise en demeure qu'un tel mode de réparation n'est pas pertinent, en particulier du fait que le préjudice subi par les opérateurs concernés n'a fait l'objet d'aucune estimation. Ainsi l'attribution automatique d'une chaîne supplémentaire sans passer par la

procédure d'appel à candidature prévue à cet effet est une procédure discriminatoire.

De plus, la Commission observe que ces mesures bénéficient à des opérateurs qui par le passé ont déjà bénéficié de « largesses » de la part des autorités françaises (prolongation d'autorisation de diffusion, attribution d'une chaîne bonus pour chacune d'elle), largesses dénoncées par la concurrence car elles sont octroyées à des opérateurs bénéficiant d'une situation déjà fort avantageuse sur le marché (TF1 et M6 bénéficient à eux deux de 70% du marché publicitaire).

La lettre se termine sur une constatation de violation par la France de ses obligations relatives aux attributions des fréquences Hertzienne, obligations prévues par la directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002.

Sources :

HENNI (J.), « Bruxelles s'attaque aux futures chaînes TNT de TF1, M6 et Canal+ », *latribune.fr*, <<http://www.latribune.fr/technos-medias/20101129trib000577415/bruxelles-s-attaque-aux-futures-chaines-tnt-de-tf1-m6-et-canal.html>>, consulté le 10 novembre 2011.

BERRETA (E.), « Quand Bruxelles sermonne la France », *lepoint.fr*, <http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/document-quand-bruxelles-sermonne-la-france-01-12-2010-1269295_52.php>, consulté le 10 novembre 2011.

La France a donc un délai de deux mois pour se justifier devant la Commission Européenne, sans quoi elle risque à terme un procès devant la Cour de justice de l'Union Européenne.

Pour éviter cela, les autorités nationales peuvent toujours suivre la solution retenue par l'Italie qui, après avoir reçu un avis motivé de la Commission en 2007 pour des faits similaires, a voté en 2008 une loi permettant un accès plus facile des nouveaux entrants aux procédures d'attributions des fréquences hertziennes.

Toujours est-il que dans le cas d'une sanction de la France par les instances de l'Union, le nombre de fréquences libres a de sérieuses chances d'augmenter, ce qui est une bonne nouvelle pour les nouveaux entrants sur le marché.

n° 6

CHRONIQUE – TÉLÉVISION

*Sous la direction de Hervé Isar
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

AVIS DÉFAVORABLE DU CSA À PROPOS DU DÉCRET « SMAD » – UN CAMOUFLET POUR LE GOUVERNEMENT

Par Boris Barraud

Les services de télévision de rattrapage et de vidéo à la demande prennent chaque jour plus d'importance dans un secteur de l'audiovisuel qui se renouvelle et profite pleinement des innovations technologiques de ce début de XXI^e siècle.

Il était devenu impératif, en France comme ailleurs, de créer un cadre juridique précis afin de guider les opérateurs de ce marché émergent de l'immatériel. Aussi la directive européenne du 11 décembre 2007 se charge-t-elle, entre autres, de cette tâche ; celle-ci ayant été transposée par la loi du 5 mars 2009 aux articles 33 et 33-2 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication audiovisuelle.

Quant aux services de médias audiovisuels à la demande (SMAD) spécifiquement, restait à l'exécutif le soin de prendre un décret afin de préciser et rendre effectifs ces articles ; soit favoriser la diversité culturelle en soutenant les œuvres européennes et d'expression originale françaises, mais aussi encadrer des communications commerciales qui, le marché prospérant, se développent concomitamment. Le ministère de la culture et de la communication a donc œuvré à la rédaction de ce texte, lequel a ensuite été déféré au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), en application du pouvoir consultatif de cette instance établi aux articles 9, 27 et 33-2 de la loi de 1986. Après avoir pris le pou du

milieu en interrogeant consciencieusement ses acteurs, le Conseil vient de rendre son avis en assemblée plénière le 27 septembre 2010, document publié le 7 octobre suivant.

Événement rare dans les relations entre Gouvernement et CSA, ce dernier adresse au premier un véritable camouflet, remettant en cause la plupart des dispositions du futur décret. Cet avis négatif se positionne dans la droite lignée d'une première réflexion en date du 15 avril 2008 et qui mettait en garde le ministère de la rue de Valois devant les dangers que pouvait poser tout protectionnisme en distinguant « d'une part, le risque de délocalisation des services, particulièrement aisée pour des services en ligne, et, d'autre part, le risque de brider l'innovation et la diffusion de formats nouveaux correspondant aux attentes des téléspectateurs et des internautes ». Le CSA concluait que « de telles obligations ne devraient être adoptées qu'avec prudence, de façon progressive, en suivant l'évolution de ces services et en tenant compte de leurs caractéristiques ».

Frédéric Mitterrand et ses collaborateurs semblent pourtant être passés outre ces recommandations puisque le projet de décret prévoit des contraintes fortes pour TF1 Vision, M6 Replay et autres Canal Play ; notamment consacrer dans le catalogue des œuvres proposées un minimum de 60% d'œuvres européennes et de 40% d'œuvres d'expression originale française, investir 25% de leurs chiffres d'affaires au préachat de droits sur des œuvres futures et affecter jusqu'à 26% de celui-ci au développement de la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles. Il faut cependant remarquer, sans plus de précisions, que ces obligations n'ont pas vocation à toucher tous les SMAD mais ne s'appliqueraient que sous diverses conditions afférentes par exemple au chiffre d'affaires.

Le CSA – sans doute parce qu'il n'a pas fait l'économie de longuement auditionner les producteurs, chaînes et opérateurs de plates-formes de SMAD – fait de nombreuses propositions qui, pour la plupart, s'inscrivent dans une philosophie antagoniste de celle du Ministre, comme l'on l'analysera *in fine* de ce commentaire :

- abaisser les quotas d'œuvres européennes et françaises à 50% et 35% pour les éditeurs réalisant moins de 10 millions d'euros de chiffre d'affaires ;
- imposer le principe de progressivité de la participation financière (une évolution de 1% chaque année) afin de rendre plus supportables ces charges nouvelles.;
- « ne pas privilégier l'acquisition de droits exclusifs par le préfinancement des œuvres, afin de favoriser leur plus large exposition et leur meilleure circulation » ;

- introduire le principe d'un « réexamen dans 18 mois afin d'évaluer l'impact du dispositif sur le secteur et de l'adapter si nécessaire en tenant compte des accords professionnels conclus, du développement économique des SMAD et de l'évolution des pratiques de consommation ».

Est à noter que cet avis défavorable contient plus d'une dizaine d'autres recommandations portant principalement sur les communications commerciales et la clarification des questions comptables (assiette de la contribution, chiffre d'affaires...). Cependant, ces dernières portent moins à polémique.

S'affrontent en l'espèce deux visions des choses tout à fait antinomiques à propos de questions très politiques. En effet, sont mises en balance des valeurs qui traditionnellement se contredisent, celles de l'économie et celles de la culture.

Conformément à ses premières prises de position, le CSA entend avant toute chose amenuiser les risques de délocalisations et assurer la viabilité des acteurs économiques nationaux d'un marché récent – et donc encore fragile – en « tenant compte de leur caractère émergent, de leur environnement économique et de la concurrence de services étrangers qui ne sont pas assujettis à des règles aussi contraignantes ». Interrogé par *lefigaro.fr*, le président de l'institution, Michel Boyon, se justifie : « sur un même téléviseur, il y aura des plates-formes de TF1, M6, Canal +, Orange, Free ou SFR qui seront soumises aux obligations et celles d'Apple TV, Google TV et Hulu, qui en seront exemptes. Face à la rareté des instruments juridiques pour imposer des obligations à Apple ou Google, il revient au CSA de créer les conditions pour que les plates-formes françaises puissent survivre ».

Il s'agit d'une vision économique et libérale de la conjoncture assurant moins la diversité culturelle que le respect des intérêts pécuniaires des SMAD. Elle contraste avec le certain protectionnisme culturel dont fait preuve le ministère de la culture. Celui-ci s'inscrit par ce projet de décret dans la tradition française de soutien au secteur de la cinématographie faisant de la France le pays d'Europe qui investit le plus de deniers publics dans la production d'œuvres audiovisuelles, mais faisant également de la France le seul pays d'Europe où les productions nationales réalisent autant d'entrées que les superproductions hollywoodiennes. Ainsi, il apparaît logique que, à l'instar des chaînes de télévision, les SMAD investissent, du fait d'une obligation légale, dans le septième art et l'audiovisuel.

En témoigne la réaction de l'ARP (société civile des auteurs, réalisateurs et producteurs), laquelle, eu égard à son point de vue, ne surprend évidemment guère. Ainsi, elle juge dans un communiqué que « le CSA s'égaré gravement et semble s'être trompé de combat », avant d'espérer que la France pourra « rester l'aiguillon de la régulation dans le secteur culturel en général, et le financement de la création cinématographique en particulier ».

Reste que l'idée de remettre le débat sur la table dans un délai de 18 mois après l'entrée en vigueur du décret afin de le réajuster en fonction de l'évolution des circonstances et au vu de ses premiers effets doit être saluée par tous et pourrait inspirer Parlement et Gouvernement dès lors que des choix se révèlent difficiles et mènent à discussion.

Quant aux arguments économiques, ils semblent empreints d'une pertinence forte et le risque de voir s'évader bon nombre des opérateurs serait sans doute élevé dès lors que, comme le précise le conseiller du CSA Emmanuel Glaba, « aujourd'hui, les plates-formes de SMAD ne sont pas économiquement viables. Elles sont toutes déficitaires et seulement trois d'entre elles, Orange, SFR et Canal Play, dépassent les 10 millions d'euros de chiffre d'affaires. Elles ne pourront pas se développer et se battre à armes égales face à iTunes, Google voire Hulu tout en ayant des obligations trop lourdes à respecter. Déjà iTunes d'Apple est installé au Luxembourg. En raison du différentiel de TVA, il peut vendre des films 20% moins cher qu'une plate-forme française ».

Sources :

ENGUERAND (R.), « Le CSA s'oppose aux obligations visant la VOD », *lefigaro.fr*, <<http://www.lefigaro.fr/medias/2010/10/06/04002-20101006ARTFIG00724-le-csa-s-oppose-aux-obligations-visant-la-vod.php>>, consulté le 10 novembre 2011.

Fe (N.), « L'avis contesté du CSA sur les Smad », *l'humanité.fr*, <http://humanite.fr/10_10_2010-l%E2%80%99avis-contest%C3%A9-du-csa-sur-les-smad-455429>, consulté le 10 novembre 2011.

Dans ces conditions, quel parti prendra le Ministre Frédéric Mitterrand ? Sans doute reverra-t-il sa copie, analysant à juste titre que le fait qu'une institution qui à travers sa composition est inexorablement – bien que implicitement – orientée du côté de la couleur politique de la majorité en place s'oppose à un texte émanant de l'exécutif ne peut que signifier qu'il dépasse les limites du raisonnable et risque davantage de porter préjudices aux uns que venir au soutien des autres.

En effet, si les opérateurs du milieu s'exilient, le texte deviendrait sans objet et les investissements dans le cinéma et l'audiovisuel disparaîtraient concomitamment. Mieux vaut peu que rien.

Comme souvent en politique, les bonnes réponses des uns s'avèrent mauvaises pour les autres, et réciproquement.

Mais certainement, comme le souhaite le CSA, serait-il opportun de procéder par étapes et de réévaluer les taux et autres seuils financiers au gré du développement du marché plutôt que de risquer de noyer les plates-formes de vidéos sous des contraintes qui, à l'heure d'aujourd'hui, peuvent leur paraître inappropriées – si ce n'est insurmontables – face à une concurrence étrangère bien moins opprimée. Dès lors que l'on aboutirait à la création d'un « cercle vertueux », tous y gagneraient, y compris les entreprises de production cinématographique.

Dans cette hypothèse, le raisonnement du CSA viserait bel et bien à assurer le pluralisme culturel, mais par voie détournée.

LES BENEFICES DES SERVICES DE MEDIAS A LA DEMANDE VONT FINANCER LA CREATION

Par Amandine Carmona

Le premier janvier dernier, est entré en vigueur le décret relatif aux services de médias audiovisuels à la demande du 12 novembre 2010, adopté malgré la vive opposition du Syndicat des éditeurs de vidéo à la demande. Ce décret prévoit l'alignement des obligations financières des éditeurs de services de médias à la demande sur celles des éditeurs de services de télévision. En d'autres termes, il fixe les contributions financières minimales des services de médias à la demande pour le développement de la production cinématographique et audiovisuelle, d'œuvres européennes ou d'expression originale française, et les obligent ainsi à promouvoir l'exception culturelle. Pour cela ce texte réglementaire opère une distinction entre, d'une part, les services de vidéo à la demande (VAD) et les services de télévision de rattrapage (article 3), et d'autre part les services de VAD à l'abonnement (article 4) et les services de VAD à l'acte (article 5).

Tout d'abord, rappelons que la vidéo à la demande ainsi que la télévision de rattrapage sont tout deux des services de médias audiovisuels à la demande (SMAD), services de médias non linéaires. Les services de télévision de rattrapage ou « *catch up tv* » permettent à l'utilisateur de regarder, en différé et à la demande, les programmes diffusés par une chaîne de télévision en linéaire, après leur diffusion. La vidéo à la demande quant à elle permet la diffusion gratuite (*free on demand*) ou payante, d'un contenu vidéo numérique « afin de le visionner immédiatement ou de manière différée accessible via différents types de supports (ordinateur, téléviseur, téléphone....) »

Nul ne doutait de l'impact de la VAD sur la production cinématographique et audiovisuelle, mais il fallait lui donner un effet positif, d'autant que la promotion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles constitue une des règles de fond s'appliquant aux SMAD contenu dans la directive « SMA » de 2007.

L'élément déclencheur fut l'introduction, en juillet 2009, de la VAD dans la chronologie des médias s'alignant sur celle du DVD. Une des particularités de ce décret réside dans le « traitement particulier réservé aux services de télévision de rattrapage ».

En effet, en 2008 Canal + (leader sur le marché de la VAD) s'était déjà entendu avec l'industrie du cinéma pour « considérer la télévision de rattrapage comme étant associée aux droits de diffusion classiques et non aux droits non linéaires comme la VAD ».

Le décret officialise un rattachement des services de télévision de rattrapage aux chaînes de télévision et de surcroît la mutualisation des contributions de ces services avec celles des services de télévision dont ils sont issus. En effet, notons que l'article 302 bis KB du code général des impôts prévoit une taxe sur les services de télévisions, due par tous les exploitants établis en France, de service de télévision, qui ont proposé au cours de l'année civile écoulée, une ou plusieurs œuvres cinématographiques ou audiovisuelles. Cette taxe alimente ainsi un compte de soutien à la production cinématographique et audiovisuelle. La conséquence est que ces services de télévision de rattrapage sont exclus du champ d'application de ce décret s'agissant de leur contribution à la production d'œuvres audiovisuelles, mais reste entière pour la production cinématographique.

Quelques chiffres... L'article 4 du chapitre Ier du décret fixe pour les éditeurs de services de VAD à l'abonnement respectivement pour les œuvres européennes d'une part et pour les œuvres françaises d'autre part, proposant annuellement au minimum dix œuvres cinématographiques de longue durée dans un délai inférieur à vingt deux mois après leur sortie en salles en France, une contribution à hauteur de 26% et 22% de leur chiffre d'affaire annuel net; 21% et 17%, lorsqu'ils proposent annuellement au minimum dix œuvres cinématographiques de longue durée dans un délai inférieur à trois ans et égal et supérieur à vingt deux mois après leur sortie en salles en France. Et 15 et 12% dans les autres cas.

S'agissant des éditeurs de services de VAD à l'acte, l'article 5 du décret énonce qu'afin de satisfaire l'objectif de contribution au développement de la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles, ces services sont taxés d'au minimum 15% sur leur chiffre d'affaire annuel net,

dont au moins 12% de ces dépenses sont destinées aux œuvres d'expression originale française. En d'autre terme, les services de VAD à l'abonnement seront taxés de 27% à 48% sur leur chiffre d'affaire, contre 15% pour les services de VAD à l'acte.

Quoi qu'il soit, tous les éditeurs de services de médias à la demande (à l'exclusion de la télévision de rattrapage) doivent contribuer au financement de la création cinématographique ou audiovisuelle si leur chiffre d'affaires excède dix millions d'euros annuel. Ce décret révèle alors un engagement plus lourd des services de VAD à l'abonnement que celui des services de VAD à l'acte, ce qui s'explique selon de ministre de la culture et de la communication, par le fait que les services de VAD à l'abonnement sont susceptibles à terme d'entrer « en concurrence avec les services de télévision de cinéma, type chaîne « premium » ».

Source :

« Catch-up TV : Canal + signe avec les professionnels du cinéma », *journaldunet.com*, <<http://www.journaldunet.com/ebusiness/le-net/droits-catch-up-tv-pour-canal-1008.shtml>>, consulté le 10 novembre 2011.

Enfin l'application du décret est placée sous le contrôle du CSA qui est en charge de sa mise en œuvre. Cependant le Conseil avait émis un avis défavorable sur le projet, le 27 septembre 2010 (Avis n° 2010-22) craignant une entrave au développement des services de médias à la demande, dont l'équilibre économique est fragile, et invoquant une possible instabilité face à la concurrence et un risque de délocalisation des entreprises proposant ces services. Selon le CSA, la réglementation doit favoriser le développement de ces services et pour cela, elle doit leur être plus favorable, à l'aune de la directive SMA. Le décret ainsi publié le 14 novembre 2010 semble tenir compte de certaines suggestions du CSA, mais seule son application témoignera de ses véritables retombées économiques.

n° 8

CHRONIQUE – TÉLÉVISION

*Sous la direction de Hervé Isar
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

LA CHAÎNE « BABY FIRST » CENSURÉE PAR LE CSA ET CANALSAT

Par Cédric Berger

Lancée en octobre 2007, la chaîne de télévision Baby First est spécialement conçue pour les enfants de 6 mois à 3 ans. Elaborée par des experts pédagogiques, elle propose des émissions censées favoriser leur développement.

Le problème, c'est que le CSA a élaboré une délibération visant à protéger les enfants de moins de 3 ans des effets de la télévision, en particulier des services présentés comme spécifiquement conçus pour eux (délibération n°2008-85 du 22 juillet 2008). Le CSA étant chargé de veiller à la protection de l'enfance, il lui appartient de prendre les mesures qui permettent d'assurer la protection du très jeune public à l'encontre des programmes susceptibles de freiner son développement. Or, la quasi-totalité des professionnels sont unanimes : la consommation de télévision porte atteinte au développement des enfants de moins de 3 ans et présente un certain nombre de risques, tels que

passivité, troubles du sommeil et de la concentration... Pour favoriser la prise de conscience des adultes, le CSA a imposé aux distributeurs de services de télévision spécialement conçus pour les moins de 3 ans d'informer leurs abonnés des risques encourus par des enfants laissés seuls devant la télévision en général, et devant ces fameux programmes en particulier.

Le développement de la télévision pour les bébés inquiète de plus en plus les associations familiales, notamment le Collectif Interassociatif Enfance et Média (CIEM) ainsi que l'ancienne ministre de la Culture et de la Communication Christine Albanel qui, en 2008, qualifiait ce type de chaîne de « matraquage d'image et son ». Pour sa défense, « Baby First » indique que les bébés regardent déjà la télévision et qu'il est donc préférable de leur montrer des programmes éducatifs adaptés à leur âge.

Diffusée sur CanalSat, la chaîne ne pouvait faire l'objet d'une censure par le CSA. Les décisions de ce dernier ne peuvent en effet s'appliquer qu'aux chaînes de télévision établies en France. Or, « Baby First » est une chaîne américaine, basée à Los Angeles. Mais depuis le 12 octobre, elle n'est

plus diffusée sur le bouquet CanalSat, qui s'est enfin décidé à suivre les recommandations du CSA. Evidemment, cela n'empêchera pas nos chères têtes blondes d'aller voir ailleurs, notamment « Baby TV », une autre chaîne étrangère diffusée en France. Du moins pour le moment...

Source :

CARUANA (S.), « Le CSA protège les tous petits des dangers de la télévision », *degroupenews.com*, <http://www.degroupenews.com/actualite/n2765-csa-baby_tv-baby_first-sante-television.html>, consulté le 10 novembre 2011.

n° 9

CHRONIQUE – RADIO

*Sous la direction de Guy Drouot
Professeur à l'Institut d'études politiques d'Aix en Provence*

LA PLUS IMPORTANTE SANCTION PECUNIAIRE INFLIGEE PAR LE CSA A UNE STATION DE RADIO

Par Thomas Frinchatoy

Le 13 septembre 2007 à 21h07 « Difool », l'animateur radio d'un programme de « libre-antenne » entame avec un auditeur une discussion sur le thème de la fellation. Le 22 juillet 2008 le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel se réunit en assemblée plénière et décide de prononcer une sanction pécuniaire de 200 000 € à l'encontre de la S.A. Vortex éditrice du service de radio Skyrock. Le CSA justifie cette sanction en expliquant que : « la diffusion à l'antenne de Skyrock, le 13 septembre 2007 entre 21 h 07 et 21 h 37, de propos décrivant des actes sexuels de façon crue, détaillée et banalisée, constitue une violation de la délibération du 10 février 2004 qui prévoit qu'aucun service de radiodiffusion sonore ne doit diffuser entre 6 heures et 22 h 30 de programmes susceptibles de heurter la sensibilité des auditeurs de moins de 16 ans ».

La délibération du 10 février 2004 regroupe un ensemble de recommandations du CSA en application de l'article 15 de la loi du 30 septembre 1986 confiant celui-ci la protection de l'enfance et de l'adolescence dans les programmes mis à la disposition du public par un service de communication audiovisuelle. Ces textes légitiment la sanction pécuniaire que le CSA inflige à la société Vortex.

Pour autant Pierre Ballanger le PDG de Skyrock ne partage pas ce point de vue. Celui-ci déclare : « Cette amende est contestable sur le principe et absolument disproportionnée sur le montant ». Skyrock va alors tenter de substituer à la lourde amende de 200 000 € la création d'un comité de suivi médico-psychologique. Le CSA refuse et s'en suit un recours pour « excès de pouvoir » devant le Conseil d'Etat afin d'obtenir l'annulation de la décision du CSA.

Vendredi 22 octobre 2010 le Conseil d'Etat rend sa décision : « eu égard à la gravité du manquement et au caractère répété des agissements de la société Vortex contraire à ses obligations, la sanction prononcées n'est pas excessive ». Il a en même temps considéré que le refus de transformer l'amende est « l'exact application » de la loi du 30 septembre 1986.

Dans cette décision le Conseil d'Etat va se prononcer sur la conformité juridique de la sanction sans pour autant ce prononcer sur le fond. Le PDG de Skyrock continue d'affirmer que cette sanction est disproportionnée et contestable sur le principe. A l'heure actuelle une proposition a été faite aux pouvoirs publics pour que l'amende soit convertie en campagne d'intérêt général du même montant.

Sources :

LEROI (Th.), « Skyrock – Le Conseil d'Etat confirme la sanction de 200 000 euros pour avoir décrit une fellation », radioactu.com, <<http://www.radioactu.com/actualites-radio/131224/skyrock-le-conseil-d-etat-confirme-la-sanction-de-200-000-euros-pour-avoir-decrit-une-fellation/>>, consulté le 10 novembre 2011.

AFP, « Skyrock condamnée à 200 000 euros pour une discussion sur le fellation », *lemonde.fr*, <http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2010/10/26/skyrock-condamnee-a-200-000-euros-pour-une-discussion-sur-la-fellation_1431544_3236.html>, consulté le 10 novembre 2011.

n° 10

CHRONIQUE – PRESSE

*Sous la direction de Alexandra Touboul
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille*

PLAINTÉ DU MONDE POUR VIOLATION DU SECRET DES SOURCES DE SES JOURNALISTES – LA PLACE DE CE DROIT EN QUESTION

Par Boris Barraud

Ce sont des événements qui s'insèrent dans un débat ancien, délicat et éminemment politique : faut-il protéger les sources des journalistes et, si oui, avec quelle intensité ?

Dès lors que la procédure récemment engagée par Le Monde aura abouti à une réponse définitive de la part de la justice française, peut-être quelques certitudes apparaîtront-elles aux yeux de ces problématiques. Quoique rien ne soit moins sûr tant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) se montre vigilante et protectrice des droits des journalistes. Ainsi, si dans quelques temps – après procès, appel et autre pourvoi en cassation – les juridictions nationales ne donnaient pas gain de cause au quotidien, nul doute qu'il faudrait encore attendre de nombreuses années pour voir le litige l'opposant à la France tranché au niveau conventionnel.

C'est donc un long et coûteux litige qui s'amorce, mais il n'en demeure pas moins intéressant dès lors qu'il confronte le pouvoir politique au « quatrième pouvoir ».

Le 20 septembre dernier, la société éditrice du Monde et le journaliste Gérard Davet – auteur des articles à propos desquels les services de police et de contre-espionnage auraient recherché quelles pouvaient être les gorges profondes – déposaient plainte contre x pour violation du secret des sources.

Il n'est guère besoin de revenir plus en détails sur le sujet desdits articles – l'affaire dite « Woerth-Bettencourt » – tant il a fait et continue de faire la

une des périodiques. Mais, dans l'un de ces papiers, intitulé « le principal collaborateur de Liliane Bettencourt met Éric Woerth en difficulté », le journaliste retranscrivait les déclarations de Patrice de Maistre – le gestionnaire de fortune de l'héritière de L'Oréal – issues de sa garde à vue s'étant déroulée quelques jours auparavant. Or pour être en possession d'un tel témoignage, M. Davet devait inexorablement posséder une « source » plus ou moins proche du dossier. Ainsi, la direction centrale du renseignement intérieur (DCRI) a-t-elle procédé à la vérification de ses appels téléphoniques afin d'identifier le haut fonctionnaire responsable des fuites, ce à quoi elle parvint sans difficultés. Il s'agissait de David Sénat, un haut magistrat alors conseiller du cabinet de l'ancienne Garde des sceaux Michelle Alliot-Marie.

Seulement, le secret des sources des journalistes est, depuis la loi du 4 janvier 2010, un droit reconnu et inscrit à l'article 2 de la loi du 29 janvier 1881 sur la liberté de la presse dans les termes suivants : « Le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public ». La plainte s'appuie donc sur ce texte, mais également sur les articles 432-9, 226-18, 226-13 et 321-1 du Code de procédure pénale qui répriment « le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite », punissent le fait d'ordonner hors du cadre légal l'interception de correspondances émises ou reçues par voie de télécommunication et prévoient les délits de violation du secret professionnel et de recel de violation du secret professionnel.

En somme, est invoquée l'illégalité de ces « interventions techniques », comme les nomme Frédéric Péchenard, le directeur général de la police nationale (DGPN).

De son côté en revanche, Rémi Recio, délégué général de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS, soit l'autorité de régulation des écoutes téléphoniques en France) précise qu'une telle opération n'est possible qu'après consultation de l'autorité et qu'elle ne peut être acceptée que « dans le cadre de la prévention du terrorisme ». En conséquent, sauf l'hypothèse où M. Woerth cacherait remarquablement son jeu, les faits en question ne relevaient sans doute pas de cette qualification.

En outre, l'on ne se situait à l'évidence guère plus dans la perspective d'une procédure judiciaire, ce qui achève de rendre irrégulières lesdites « vérifications techniques ». Si un Procureur de la République a bien été saisi le 2 septembre, les faits s'étaient eux déroulés plus d'un mois auparavant et le haut fonctionnaire en cause avait déjà été muté en guise de sanction disciplinaire.

Cependant, une procédure permet de contourner le besoin d'autorisation de la CNCIS. Lorsque l'ordre provient directement d'un ministère ou de Matignon, il est alors possible de déroger à la loi de 1991 sur les écoutes téléphoniques. Or le Canard Enchaîné révélait le 29 septembre dernier que le Premier Ministre, par l'intermédiaire de son directeur de cabinet, avait bel et bien adressé aux ministères de l'intérieur et de la défense une lettre classée « confidentiel-défense » les autorisant à procéder aux opérations en cause. Dans ce document, est argué notamment qu'il en va de la « sécurité nationale », ce qui est une exagération patente et laisse présager des intentions sous-jacentes peu avouables.

Si par ailleurs toutes les entités étatiques en cause se rangent derrière leur « mission de protection des institutions », il n'en demeure pas moins que l'intervention des plus hautes autorités paraît illégitime dans une telle affaire. À l'évidence, l'État a à connaître d'événements plus sérieux et nul doute que ces immixtions dans des « histoires de famille » ne plaident pas en faveur d'une quelconque confiance envers des dirigeants qui oublient parfois en quoi consistent les mandats que leur a conférés le peuple. Pire, elles portent atteinte à la liberté de la presse et confirment l'impression de Reporters sans frontières selon laquelle la France est, avec l'Italie, l'un des pays d'Europe où le politique exerce le plus de pression sur l'information.

En revanche, si cela résultait d'une volonté de dissimuler quelque infraction aux lois – financement

occulte ou autres – alors on comprendrait davantage l'intérêt que peuvent avoir ces autorités à intervenir de la sorte. Mais on percevrait également qu'il s'agisse d'un mal autrement plus profond les gangrenant.

La plainte conclut donc que « les infractions commises par la DGPN et la DCRI causent un préjudice direct et évident à M.Gérard Davet et à la Société éditrice du Monde puisque l'atteinte portée au secret de ce qu'auraient été leurs sources répond à la volonté de les empêcher d'enquêter. L'atteinte qu'ils subissent de ce fait est d'autant plus intolérable que la Cour européenne des droits de l'homme rappelle régulièrement que les journalistes n'ont pas seulement le droit, mais le devoir d'informer ».

Sur ce point, il faut rappeler que la Cour EDH s'est posée en eldorado du secret des sources depuis le fameux arrêt « Goodwin c/ Royaume-Uni » du 27 mars 1996 et que sa jurisprudence est immanquablement invoquée dès lors qu'il s'agit de revendiquer un tel droit au silence.

Aujourd'hui, l'enquête semble progresser mollement. Ainsi, le Procureur de la République de Paris, Jean-Claude Marin, a-t-il demandé au ministère de la Défense la déclassification des vérifications téléphoniques effectuées par la DCRI. Même s'il semble attendre un avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN), il paraît peu probable que le Ministre de l'intérieur donne suite à cette sollicitation.

De son côté, David Sénat a été mis en examen, mais dans le cadre d'une toute autre affaire, pour infraction à la législation sur les jeux d'argent.

En réalité, le ciel des journalistes est encore à l'heure actuelle assombri par quelques nuages politiques menaçants. Certes il y eut l'intervention du législateur du 4 janvier 2010, mais cette loi emploie des termes vagues, sources d'insécurité juridique et obligeant les juges à interprétation. Ainsi, la DGPN, la DCRI et le Gouvernement s'engouffreront-ils sans doute dans la brèche ouverte par la disposition qui prévoit qu'il peut néanmoins être porté atteinte au principe du secret des sources lorsqu'un « intérêt impérieux l'impose ». Cette loi grave dans le marbre un degré de protection qui existait déjà en raison de la jurisprudence, mais elle ne change rien à la condition de fait des journalistes.

Il paraît réaliste, à l'heure où l'information se mue en médiatisation, de permettre à d'autres droits et libertés de primer sur ce droit au silence, mais également de le permettre à d'autres secrets tels que celui de l'instruction. En effet, on constate qu'en

France, sans barrières et sans freins, la presse – sans doute pour des raisons économiques – se mettrait fort rapidement à mimer l'exemple des *tabloïds* anglo-saxons (voir l'article « Une de Marianne, qui est le voyou ? »).

En conclusion, l'on peut citer cet extrait d'un rapport de recherche rédigé il y a quelques mois et qui illustre l'état actuel de la protection des sources journalistiques en France, malgré la récente adoption de ce texte la consacrant en droit : « On échoue sur un amer îlot de déceptions : le principe énoncé par la loi du 4 janvier 2010 ne saurait être plus qu'une coquille vide. Sorte de pétition de principe aux implications pratiques qui devraient

être proches du néant, elle ne peut qu'inspirer [aux journalistes] méfiance, dépit ou parfois résignation. [...] Reste que le secret des sources n'obtiendra de bénédiction tangible qu'à condition de voir disparaître son ennemi séculaire, celui qui l'a tant malmené et fait de la France son calvaire : le secret de l'instruction.

Puisqu'il n'y a qu'un trône et que celui-ci est occupé, mieux que la loi du 4 janvier 2010, c'est la loi réformant la procédure pénale qui pourra donner aux sources de l'information leurs titres de noblesse.

Le secret est mort, vive le secret.

Sources :

LHOMME (F.), « La plainte du monde pour violation du secret des sources déposée au parquet de Paris », *lemonde.fr*, <http://www.lemonde.fr/politique/article/2010/09/20/la-plainte-du-monde-pour-violation-du-secret-des-sources-deposee-au-parquet-de-paris_1413744_823448.html>, consulté le 10 novembre 2011.

LHOMME (F.), « Affaire Bettencourt : le parquet demande la déclassification de l'enquête », *lemonde.fr*, <http://www.lemonde.fr/societe/article/2010/10/14/affaire-bettencourt-le-parquet-demande-la-declassification-de-l-enquete-dcri_1426261_3224.html#ens_id=1410691>, consulté le 10 novembre 2011.

n° 11

CHRONIQUE – PRESSE

*Sous la direction de Alexandra Touboul
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille*

L'ESPIONNAGE DES JOURNALISTES DENONCE PAR LE CANARD ENCHAINE

Par Cédric Berger

Dans la tourmente des révélations scandaleuses visant certains membres du Gouvernement, *Le Canard enchaîné* a décidé d'apporter sa pierre à l'édifice. En novembre dernier, le journal a en effet accusé le Président de la République en personne de superviser « personnellement » l'espionnage de certains journalistes chargés de la couverture d'affaires sensibles.

Dans un article signé de son rédacteur en chef Claude Angeli, le journal assure que « dès qu'un journaliste se livre à une enquête gênante pour lui ou pour les siens », le chef de l'Etat « demande » au patron de la DCRI (Direction centrale du renseignement intérieur) Bernard Squarcini de « le mettre sous surveillance ».

Le célèbre hebdomadaire, qui n'a jamais hésité à dénoncer les dérives politiques, s'est appuyé sur

des sources anonymes au sein de la DCRI. Une équipe aurait même été montée à cette fin, composée de « plusieurs anciens policiers des RG », qui « se procurent les factures détaillées du poste fixe et du portable du journaliste à espionner ».

Sans surprise, l'Elysée a aussitôt démenti ces accusations, qualifiées de « totalement farfelues », sans autre commentaire. Pour le président du groupe UMP à l'Assemblée, il ne s'agit que « d'allégations ». Dans l'entourage de Bernard Squarcini, on affirme que le directeur de la DCRI n'a « jamais eu d'instruction de Nicolas Sarkozy depuis que celui-ci est président de la République ».

«La DCRI ne s'occupe pas des journalistes, mais, éventuellement, de leurs sources», a-t-on toutefois poursuivi. Elle est « chargée, notamment, de la lutte contre le terrorisme, mais aussi de celle contre la

compromission, ainsi que de la défense des intérêts de l'Etat. Lorsque des fuites interviennent à haut niveau dans un cabinet ministériel, il est de son devoir de s'en saisir. Elle a une structure hiérarchique (directeur général de la police nationale, directeur du cabinet du ministre) et lui rend compte de ses saisies d'initiative».

L'hebdomadaire maintient toutefois ses affirmations, appuyées par le Syndicat national des journalistes (SNJ), qui dénonce une « affaire d'Etat ». La conjoncture n'est pas favorable au pouvoir exécutif, qui a déjà été accusé auparavant par le journal Le Monde d'avoir violé la protection des sources des journalistes. Le vol d'ordinateurs commis au sein de certaines rédactions travaillant sur des sujets sensibles ne fait qu'alimenter les soupçons.

Source :

« Selon le canard enchaîné Sarkozy ferait espionner des journalistes », *leparisien.fr*, <<http://www.leparisien.fr/politique/selon-le-canard-enchaîne-sarkozy-ferait-espionner-des-journalistes-03-11-2010-1134143.php>>, consulté le 10 novembre 2011.

Le 4 novembre, la Délégation parlementaire aux Renseignements a auditionné deux responsables de la police et du contre-espionnage, tandis que la Garde des Sceaux qualifiait de « fantasme » ces accusations d'espionnage. Espérons qu'il ne s'agisse effectivement que d'un fantasme et non de la réalité, bien que les derniers événements laissent penser le contraire. La liberté d'informer est l'un des piliers essentiels de toute démocratie qui se respecte. Sans elle, la confiance des citoyens envers leurs institutions disparaît...

La France est classée à la 44^e place en matière de liberté de la presse selon un rapport de Reporters sans frontière.

n° 12

CHRONIQUE – CINÉMA

*Sous la direction de Guy Drouot
Professeur à l'Institut d'études politiques d'Aix en Provence*

UNE LOI POUR PARFAIRE L'AIDE À L'EQUIPEMENT NUMERIQUE DES SALLES DE CINEMA

Par Nathalie Fouque

Une loi a été votée le 30 septembre 2010 sur l'aide à l'équipement numérique des salles de cinéma en instaurant une contribution versée par le diffuseur à l'exploitant.

La loi a été votée par l'Assemblée nationale et le Sénat, sans opposition aucune. Les débats très consensuels ont abouti à un texte qui semble convenir à tous.

Les modifications apportées par ce texte sont codifiées dans les articles L213-16 à 213-23 du code du cinéma et de l'image animée.

Face à l'arrivée du numérique, des adaptations techniques sont indispensables, notamment en terme d'équipement cinématographique. En effet les distributeurs fourniront désormais aux exploitants des fichiers numériques, support de l'œuvre. L'ère de l'argentique est révolue. Les équipements traditionnels sont désuets. Si les

cinémas veulent soutenir la concurrence et offrir à leur public la qualité de représentation du numérique, ils devront mobiliser des fonds considérables pour équiper leurs salles. Coût de l'opération : 80 000 euros par exploitants en moyenne.

L'arrivée du numérique a pour effet immédiat de créer une fracture évidente entre les gros groupes d'exploitants qui ont déjà pu fournir l'effort financier suffisant pour se mettre à jour, et les petits exploitants indépendants qui n'en ont pas les moyens. Pour palier toute « fracture numérique » et pour maintenir une diversité des établissements de spectacle cinématographiques, l'Etat a décidé d'inciter l'aide à l'équipement des salles par l'instauration de cette contribution.

La loi, dans son détail prévoit que les distributeurs de l'œuvre cinématographique devront verser aux exploitants une contribution dont le calcul aura fait l'objet d'un accord interne entre les parties, son

montant restant limité par les dispositions de la loi. La négociation devra se faire dans des conditions transparentes, équitables et objectives. Cette redevance sera due pour chaque salle diffusant le film, les deux premières semaines de l'exploitation de l'œuvre par le cinéma. Ces délais pourront varier en fonction de l'évolution du plan de diffusion de l'œuvre au niveau national.

Plus généralement, cette loi s'appliquera dès lors qu'un distributeur utilisera l'équipement numérique d'un cinéma.

Elle sera effective jusqu'à ce que le coût de l'installation initiale soit couvert. Elle cessera nécessairement de s'appliquer fin 2021.

Afin que cette loi ne se retourne pas contre les exploitants qu'elle se targue d'aider, une disposition prévoit qu'aucune clause dans le contrat entre l'exploitant et le distributeur ne pourra faire dépendre la programmation du film, du versement de la redevance.

Un comité de concertation mis en place par le CNC et un comité de suivi examineront les effets de la loi et estimeront si elle répond aux exigences d'aménagement du territoire et de diversité culturelle. Le médiateur du cinéma pourra intervenir dans les conflits liés à l'application du nouveau texte.

Sources :

CLAIR (X.), « Cinéma : la projection numérique va se généraliser », clubparlementairedunumerique.fr, <<http://www.clubparlementairedunumerique.fr/actualite-secteur/septembre-2010/171-cinema-la-projection-numerique-va-se-generaliser>>, consulté le 10 novembre 2011.

BESSE (A.), « Un décret met en place une aide du CNC pour l'équipement numérique des salles de cinéma », *localtis.info*, <<http://www.localtis.info/cs/ContentServer?c=artVeille&pagename=Localtis%2FartVeille%2FartVeille&cid=1250260411617>>, consulté le 10 novembre 2011.

La loi du 30 septembre vient ainsi compléter deux autres dispositifs d'aide financière en faveur des exploitants : le décret du 1^{er} septembre 2010 permettant au CNC de fournir une aide financière aux exploitants, et le dispositif instauré depuis février 2010 engageant les collectivités territoriales et principalement les régions à contribuer à l'équipement des salles.

Mais le texte n'est pas parfait. Sont exclus les petits exploitants qui ne diffuseront pas l'œuvre cinématographique dans les quinze premiers jours de sa sortie nationale.

On observe alors que les dispositifs précédemment cités sont essentiels.

Les trois types d'aides réunis promettent une aide financière réellement efficace aux exploitants.

L'objectif de cette loi est d'assurer tant la survie des petits exploitants indépendants, que la continuité dans la diversité de l'offre. Plus généralement, elle permet de satisfaire le principe de large diffusion des œuvres cinématographiques conforme à l'intérêt général.

La loi du 30 septembre 2010 vient parfaire un système financier et technique bien pensé, qui guidera l'ensemble des exploitants, sans distinction aucune, dans l'ère numérique.

n° 13

CHRONIQUE – PUBLICITÉ

Sous la direction de Karine Favro

Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, Colmar-Mulhouse

LA PUBLICITE COMPARATIVE EN FRANCE, AU CARREFOUR DES DISTRIBUTEURS ET DES TRIBUNAUX

Par Claudie Picca

Le 19 octobre dernier, Carrefour, distributeur français, lance sa première campagne nationale de publicité comparative. Elle se décline sur supports papiers (affichage et presse) et télévisuels et

compare les prix de vingt-cinq « produits quotidiens » avec ceux des enseignes Leader Price et Lidl, deux *hard discounter* implantés en France.

Cette démarche est surprenante de la part de Carrefour. Ce distributeur a, jusqu'à présent, toujours fait preuve d'une réelle opposition pour ce type de campagne.

2006, Leclerc ouvre la marche en lançant la première campagne nationale de publicité comparative en France. Son « comparateur de prix en ligne » est immédiatement attaqué en justice par Carrefour. Ce dernier dénonce l'opacité du service offert sur le site quiestlemoinscher.com et le considère comme constituant une « publicité trompeuse et mensongère ». Après quatre années de démêlés judiciaires, la Cour de Cassation, dans son arrêt du 19 janvier 2010, juge que le site internet mis en cause est licite. Elle estime que l'enquête sur les prix concernés est issue d'opérateurs suffisamment indépendants de l'enseigne et que la manipulation de certains prix dénoncée par Carrefour est de faible importance au regard de la quantité d'articles présents sur le site.

Le 28 septembre 2010 (soit moins d'un mois avant la nouvelle campagne Carrefour), le tribunal de Commerce de Paris se prononce sur la licéité de la campagne publicitaire lancée en avril 2010 par Leader Price (groupe Casino). Elle compare ses prix avec ceux de deux autres distributeurs. Leader Price est condamné à payer 300 000€ de dommage et intérêts à Carrefour. Le Tribunal juge que la société Leader Price en adoptant « des slogans d'accroche de portée générale alors que le constat réalisé ne s'appuyait que sur un échantillon limité, n'a (...) pas respecté les dispositions du code de la consommation et (...) ces manquements à la neutralité et l'objectivité d'une campagne de publicité comparative constituent des actes de concurrence déloyale ». Cette décision fait actuellement l'objet d'un appel.

La publicité comparative est autorisée en France depuis la loi de 1992. Elle est régie par la directive 97/55/CEE du 6 août 1997 transposée dans le droit français par l'ordonnance du 23 août 2001. Les articles L-121-8 et suivants du Code de la consommation reprennent donc les conditions de licéité d'une publicité comparative. Ces conditions sont très strictes et la limite avec la publicité déloyale et dénigrante est vite atteinte. En effet, la publicité comparative est définie comme étant « toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent ». Elle est licite si elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur, si la comparaison porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le

même objectif et si elle est une comparaison objective des produits.

L'annonceur doit toujours être en mesure de prouver la licéité de son message qui ne peut contenir aucune erreur, ni affirmation imprécise ou non prouvée. L'usage de la « publicité comparative » rime donc souvent avec « passage devant les tribunaux ».

La question se pose alors sur les motivations et les intérêts de l'enseigne Carrefour, jusqu'à présent clairement opposée, à se lancer dans ce type de publicité. Par toutes ses actions envers ses prédécesseurs, elle montre bien qu'il s'agit de campagne à risques.

Le développement des publicités comparatives en France est donc enclin à donner naissance aux litiges. Si les procès pourraient freiner les distributeurs, ils ont tout de même l'avantage de faire parler la presse. Leur passage devant les tribunaux pourrait même servir d'excellent complément de communication.

A en croire le revirement de stratégie de communication de la part de Carrefour, le jeu en vaudrait bien la chandelle. Par cette campagne, Carrefour veut se différencier de ses prédécesseurs en montrant une image de transparence et de *hard discount*. Dans son communiqué, l'enseigne a souhaité démontrer la licéité de sa campagne en précisant « qu'elle respecte les règles de la publicité comparative édictées par le code de la consommation, en termes de neutralité et d'objectivité ». Cependant le groupe Casino a déjà fait remarquer que cette publicité compare une marque « *premier prix* », Carrefour Discount, à de vraies marques de distributeurs.

L'enseigne Leclerc, pionnière de la publicité comparative en France, est également la preuve de l'enjeu médiatique qu'entraîne une stratégie agressive entreprise dans une campagne. Ses publicités sont régulièrement attaquées en justice mais l'enseigne poursuit tout de même dans cette voie.

En France, l'usage de la publicité comparative ne devrait pas se limiter aux grandes distributions. On constate aujourd'hui, que de nombreuses marques communiquent essentiellement voir uniquement sur leurs prix. Les compagnies de transports notamment se livrent à cette guerre de prix et affichent clairement leurs tarifs dans leur campagne. Il ne leur reste plus qu'un pas à faire pour se lancer dans la publicité comparative.

Sources :

QUELIER (V.), « Le comparateur de prix de Leclerc à consommer avec modération », *01net.com*, <<http://www.01net.com/editorial/512308/le-comparateur-de-prix-de-leclerc-definitivement-juge-licite>>, consulté le 10 novembre 2011.

DEBOUTE (A.), « Publicité comparative : Carrefour attaque Casino », *lefigaro.fr*, <<http://www.lefigaro.fr/societes/2010/04/20/04015-20100420ARTFIG00646-publicite-comparative-carrefour-attaque-casino-.php>>, consulté le 10 novembre 2011.

« Carrefour poursuit Casino en justice », *challenges.fr*, <http://www.challenges.fr/actualites/entreprises/20100420.CHA3270/carrefour_poursuit_casino_en_justice.htm>, consulté le 10 novembre 2011.

n° 14

CHRONIQUE – PUBLICITÉ

Sous la direction de Karine Favro

Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, Colmar-Mulhouse

DU PLACEMENT DE PRODUIT DANS UN FILM AU PLACEMENT DE FILM DANS UN PRODUIT

Par Hannah Cauhépé

On le sait, la publicité et le cinéma ne sont pas deux mondes distincts : pas un film ne se fait sans que des marques y placent leurs produits pour toucher les consommateurs autrement qu'avec des spots ou des affiches publicitaires.

Mais aujourd'hui, ces deux médias se trouvent liés de manière plus forte encore. En effet, EuropaCorp, la société de production de Luc Besson a signé un accord de trois ans avec le constructeur automobile Renault afin de produire des contenus "mettant en valeur la gamme de véhicules électriques 'Zéro Émission'" qui seront commercialisés par Renault dès 2011.

Ce contrat trouve son origine dans la direction "verte" qu'a pris l'entreprise Renault, qui cherche ainsi à se lier avec des personnalités qui ont l'environnement à cœur, dont Luc Besson, qui a pu le montrer avec des films comme *Le Grand Bleu* ou *Home*.

Le premier film créé sous l'influence de ce contrat est un court métrage d'animation dont les sorties dans les salles européennes ont commencé dès le 19 novembre dernier avec l'Italie. Il est important de

noter que ce court a été conçu par deux anciens directeurs de création de Y&R, une agence publicitaire, et qui sont aujourd'hui employés par Blue, la filiale dédiée à l'"Advertainment" d'EuropaCorp. On remarque donc que le média dominant dans cette alliance est bien la publicité.

Mais ce n'est pas tout ! Les deux alliés préparent un long-métrage, actuellement en cours d'écriture, à produire en 2011. Christophe Lambert, Directeur Général de la maison de production depuis cet été, explique que "la voiture électrique sera un personnage clé du film", mais il entend bien réaliser un film profitable, dans la lignée de la marque Besson.

On peut se demander que penser de cette alliance et des méthodes de travail qui en découlent. En effet, la régulation du placement de produit demande que le scénario ne soit pas modifié en fonction de ou pour satisfaire une marque ; or, le manquement à cette règle est ici poussé à l'extrême car le scénario entier est écrit *pour* un produit de marque.

Source :

LARROQUE (Ph.), « Besson enrôle Renault dans le cinéma », *lefigaro.fr*, <<http://www.lefigaro.fr/medias/2010/11/11/04002-20101111ARTFIG00574-besson-enrole-renault-dans-le-cinema.php>>, consulté le 10 novembre 2011.

ACTUALITÉ DU DROIT DE LA PUBLICITÉ SUR INTERNET : PUBLICITÉ INTERACTIVE ET PUBLICITÉ CIBLÉE

Par Boris Barraud

Mercredi 20 octobre 2011, à l'initiative de Cap digital – une association regroupant les principaux acteurs des services numériques – se tenait à Paris le 3^e groupe de réflexion sur la publicité interactive.

Ces travaux autour de la question « quelle gestion des données personnelles ? » étaient l'occasion de faire le point sur cette nouvelle forme de communication plutôt particulière et qui ouvre aux annonceurs des perspectives tout à fait intéressantes. Mais ils conduisent également à revenir sur le cadre juridique de la publicité en ligne, laquelle ne manque pas, petit à petit, de devenir une cible privilégiée des annonceurs. Enfin, il est important de souligner la récente adoption d'une charte de bonne conduite visant à encadrer la publicité ciblée, celle-ci pouvant interpeller car enfrenant – à n'en pas douter – le droit au respect de la vie privée de chaque internaute.

Tout d'abord, il s'agit de cerner la notion de publicité interactive tant celle-ci demeure plutôt floue dans l'esprit du grand public. Littéralement, on comprend qu'il s'agit de messages commerciaux dans lesquels le particulier intervient directement, possède un rôle actif et non plus passif comme cela était traditionnellement le cas. Plus largement encore, on peut évoquer la publicité interactive dès lors que ce n'est plus seulement cette dernière qui vient au consommateur, mais que c'est aussi le consommateur qui va à cette dernière.

Aujourd'hui, il n'est plus possible de la cantonner maladroitement au seul champ de l'Internet. Ainsi, depuis mai 2010, la TV d'Orange diffuse de tels « communiqués » incitant le téléspectateur à interagir au moyen de sa télécommande avec la publicité qu'il regarde. Quant à la téléphonie mobile, elle use depuis longtemps de cette forme de démarchage à distance.

Mais indéniablement, le média porteur par excellence pour ces annonceurs est Internet et, selon François-Xavier Hucher – directeur des activités Internet et nouveaux médias de Médiamétrie – « l'espace de contact que représente Internet pour les annonceurs ne cesse d'augmenter [et celui-ci] s'impose comme un média incontournable du paysage publicitaire français ».

En 2009, à l'inverse de la télévision, de la presse, de la radio ou encore de l'affichage, qui tous ont vu leurs recettes publicitaires diminuer sensiblement sous l'effet de la crise économique, celles perçues sur le web ont crû de 6 % selon l'étude de Capterra Consulting publiée mercredi 13 janvier 2010. Cette hausse intervient après une progression très significative en 2008 : près de 25 %.

Il ne fait aucun doute que si nombre de sites proposent leurs services en apparence gratuitement, c'est avant tout parce que leurs *web masters* se rémunèrent grâce aux banderoles et autres encarts publicitaires qu'ils proposent à divers annonceurs. De la sorte, on imagine combien l'encadrement juridique de la publicité en ligne est susceptible d'impacter directement l'économie du secteur.

De prime abord, la publicité en ligne ne mène guère à de grandes problématiques. Son régime juridique se fonde au sein du droit de la publicité général et ainsi s'appliquent les règles classiques relatives à la publicité trompeuse ou à la publicité comparative notamment. Et si la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004 dispose que toute publicité sur Internet doit pouvoir être clairement identifiée comme telle et rendre déterminable la personne pour le compte de laquelle elle est réalisée, ce n'est qu'une plate transposition non innovante de la règle déjà applicable aux chaînes de télévision et à la presse écrite.

Néanmoins, certaines questions suscitent d'avantage le débat. On pense à la publicité pour les produits alcoolisés qui est autorisée sur Internet depuis la loi du 9 mars 2009, décision sans doute soutenue davantage par des motifs financiers et des pressions économiques que par le réel sentiment que les adolescents ne surfent que sur des sites destinés à un public de leur âge et où ces publicités demeurent proscrites.

Surtout, les publicités sur le *web* – qu'elles soient interactives ou qu'elles ne le soient pas – se rejoignent autour de la problématique centrale du

groupe de réflexion de Cap digital. En effet, comment concilier collecte de renseignements sur les acheteurs potentiels – matière première de ce type de publicité qui se nourrit de relations suivies et a priori « privilégiées » – et protection des consommateurs et de leurs droits ? Sans doute le dessein de l'association est-il de se concentrer sur les bénéfices commerciaux de ce mode de prospection et sur les moyens de les rendre plus efficaces encore. Cependant, il paraît nécessaire de franchir la barrière économique et de rechercher leurs limites, notamment eu égard aux droits des internautes.

Au sens de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL), une adresse e-mail est en soi une donnée personnelle devant être protégée au même titre que toute autre. Dès lors, s'imposent les principes de déclaration préalable des fichiers constitués et de loyauté pour toute collecte de telles données ; lesquels principes s'avèrent plutôt contraignant.

De plus, le système dit de « l'opt-in » ne permet de prospecter par courrier électronique qu'après que l'internaute ait donné explicitement son accord, dans les faits en cochant une case spécifique. L'article R10-1 du Code des postes et des communications électroniques sanctionne de 750 euros d'amende tout message envoyé en contravention de cette règle. L'addition peut donc vite devenir salée pour les contrevenants : un million d'euros pour 1 300 messages envoyés. Cette mesure semble d'ailleurs porter ses fruits puisque chaque usager peut constater une quasi-disparition des courriers non désirés.

Par ailleurs, il est important de souligner que la publicité ciblée – laquelle consiste à proposer des offres « sur mesures » en fonction des goûts et centres d'intérêt de l'internaute grâce à des données récoltées par le biais de *cookies*, de formulaires ou encore de l'adresse IP – vient de faire l'objet d'une charte de déontologie signée le 30 septembre dernier par les professionnels du secteur, sous l'égide de l'ancienne secrétaire d'État à la prospective et au développement de l'économie numérique, Nathalie Kosciusko-Morizet.

Cette charte intitulée « Publicité ciblée et protection des internautes » consacre le droit à l'oubli numérique, c'est-à-dire la possibilité d'effacer les données transmises sur la toile ; car il ne faut pas oublier que, plus qu'un média de flux, Internet est un média de stock. Les informations que l'on y divulgue y demeureront *ad vitam aeternam*. Comme le décrit Gildas Ngare sur le site rue89.com, c'est « un défi pour les libertés publiques », défi qu'illustre parfaitement la publicité ciblée.

La principale ambition de cette charte est de permettre aux internautes d'accepter ou refuser la diffusion de contenus publicitaires adaptés à leur comportement de navigation, soit de transposer le principe de « l'opt-in ». Mais il s'agit également d'encadrer plus étroitement le rapprochement entre données comportementales et personnelles ou encore de promouvoir l'usage et le développement de techniques nouvelles de protection de la vie privée.

Ce dernier point se révèle primordial – même si une transparence accrue est sans conteste nécessaire – car la publicité ciblée interpelle en premier lieu par cet aspect là : sa seule et unique ressource est la vie privée ; or celle-ci est protégée tant par le Code civil (article 9) que par la Convention Européenne des Droits de l'Homme (article 8). Cet aphorisme apparaît : protéger la vie privée implique l'interdiction de la publicité ciblée. Imaginer un territoire sur lequel toutes deux puissent cohabiter semble scabreux puisque cette forme de démarchage se nourrit exclusivement d'intrusions dans les choix et les goûts qui constituent des éléments à part entière de l'intimité de chacun.

En conséquence, sans pouvoir coercitif ou de sanction puisque ce ne sont en réalité que de simples recommandations, on aboutit à l'âpre constat que cette charte ne pourra guère dépasser le pâle degré du symbolique. La question de son efficacité doit être soulevée, d'autant plus que, selon la nouvelle Ministre de l'écologie, l'enjeu est en premier lieu de « ne pas étouffer le secteur de la publicité, carburant de l'économie numérique ». Quant à Marc Lolivier, délégué général de l'Union française du marketing direct (UFMD), s'il avance que « l'idée est de travailler sur la régulation de la publicité ciblée », on peut craindre que les 10 organismes signataires – annonceurs, régies publicitaires, moteurs de recherche ou boutiques en ligne – n'oublient trop rapidement leurs louables résolutions et cette pourtant belle et noble intention qu'est l'autorégulation.

Pourtant, alors que l'on se demande si Internet n'est pas l'ennemi de la vie privée, il faut reconnaître qu'il est père de paradoxes. Car n'est-ce pas sur la toile que chacun est le plus libre de s'exprimer, sans crainte d'être reconnu, derrière un pseudonyme alambiqué synonyme d'anonymat ?

Dans peu de temps, par le biais de la géolocalisation, l'on recevra en temps réel des informations – disons plutôt des publicités – décrivant les magasins se situant dans le quartier fréquenté. On n'arrête pas le progrès. Mais quel est le prix à payer ?

Sources :

GIRARD (L.), « La croissance du marché de la publicité sur internet a fortement ralenti en 2009 », *lemonde.fr*, <http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2010/01/13/la-croissance-du-marche-de-la-publicite-sur-internet-a-fortement-ralenti-en-2009_1290965_3236.html>, consulté le 10 novembre 2011.

NGARE (G.), « Le droit à l'oubli numérique, un casse-tête juridique », *rue89.com*, <<http://www.rue89.com/explicateur/2009/11/11/le-droit-a-loubli-numerique-un-casse-tete-juridique>>, consulté le 10 novembre 2011.

n° 16

CHRONIQUE – TÉLÉCOMMUNICATIONS

*Sous la direction de Frédéric Laurie
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille*

L'IDENTIFICATION DES UTILISATEURS DE TÉLÉPHONIE MOBILE EN GRÈCE

Par Olimpia Mavrotoska

Avec la loi 3783/2009 la Grèce est devenue le douzième pays dans l'Europe et la Méditerranée où les cartes prépayées ont désormais une identité. Jusqu'à l'adoption de la loi suscitée, les détenteurs des portables sans abonnement pouvaient se procurer une carte téléphonique, soit par une société de téléphonie mobile, soit par les hypermarchés, même par les tabacs, sans qu'ils soient obligés de donner aucun renseignements personnels. Cette pratique avait comme résultat l'existence d'environ 13,5 millions de portables anonymes en Grèce.

Désormais, cette situation appartient au passé. L'achat des cartes prépayées s'effectue seulement dans les agences de téléphonie mobile. Si une personne achète une carte sim prépayée, il faut qu'elle donne son identité afin que le prestataire puisse stocker les données personnelles exigées. En plus, il faut qu'elle signe une déclaration sur l'honneur pour attester de l'authenticité de ses coordonnées, adressé à l'Autorité de contrôle compétente, c'est-à-dire l'EETT. Ainsi, chaque carte sim est-elle désormais reliée à une personne spécifique. Afin que la carte soit transmise il faut une déclaration signée à la fois par l'abonné et par celui qui reçoit la carte. En ce qui concerne les mineurs, ce sont les parents qui doivent donner leurs propres coordonnées.

En cas de vol ou de perte de la carte sim, l'abonné est obligé d'aviser promptement le prestataire. L'EETT effectue de contrôles réguliers auprès de chaque prestataire concernant l'identification des abonnés. Si elle constate des infractions, elle peut

imposer des sanctions administratives. Il faut souligner en contrepartie, que le prestataire est obligé de conserver les coordonnées des abonnés aux conditions de la législation en vigueur quant à la protection des données de caractère personnel dans le domaine des communications électroniques.

Les raisons d'imposition de mesure d'identification varient selon son origine et son objectif. Principalement, l'identification vise au renforcement de la sécurité nationale. En fait, cette mesure en s'entendant au-delà des nouveaux abonnés aux abonnés existants, peut devenir une arme précieuse aux mains de la police dans sa lutte contre les délits pénaux, les actes terroristes et le crime organisé. Ainsi, on contribue au renforcement de la sauvegarde de l'ordre public. En outre, l'identification aboutit au traitement égal de tous les clients, qu'ils aient un abonnement (et donc déjà obligation de donner leurs coordonnées) ou une carte prépayée. D'ailleurs, on souligne que l'identification n'englobe pas les données personnelles qui sont protégées par le secret.

Le 31 juillet 2010, qui était le délai pour l'adoption de la mesure, est déjà passé et l'enregistrement de tout abonné s'est parfaitement intégré dans le paysage grec. Désormais, les cartes prépayées ont une identité, ce qui est considéré comme une restriction appropriée, nécessaire et proportionnelle dans le cadre d'une société démocratique. On espère, alors, qu'elle apportera les résultats recherchés.

Source :

« *Prepaid cell/mobile phones in Greece – Registration required* », *livinggreece.gr*, <<http://livinggreece.gr/2009/11/08/prepaid-mobile-cell-phone-greece/>>, consulté le 10 novembre 2011.

n° 17

CHRONIQUE – DROIT D'AUTEUR

*Sous la direction de Xavier Agostinelli
Maître de conférences à l'Université du Sud, Toulon-Var*

ACCORD ENTRE LA SACEM ET YOUTUBE : UNE PROMESSE DE RÉMUNÉRATION DES AUTEURS

Par Nathalie Fouque

Un accord a été signé le 30 septembre 2010 entre la société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) et la plateforme mondiale d'hébergement YouTube.

Si le contenu du contrat reste confidentiel, les grandes lignes ont tout de même été rendues publiques : YouTube devra désormais, et de façon rétroactive, rémunérer les auteurs, compositeurs, humoristes et éditeurs de musiques inscrits à la SACEM pour les œuvres qu'il héberge.

Cet accord est l'aboutissement de plusieurs années de négociations entre les deux protagonistes.

Depuis la création de sa branche française, YouTube hébergeait des vidéos musicales appartenant au répertoire de la SACEM sans lui reverser de droits d'auteurs. YouTube a ainsi été menacé de poursuites judiciaires pour utilisation illicite de contenus, en vertu du principe de responsabilité de l'hébergeur.

Mais c'est finalement par un accord à l'amiable que la SACEM et YouTube ont décidé d'établir les fondements d'un contrat permettant aux auteurs d'être justement rémunérés quant à la reproduction de leurs œuvres.

Les termes du contrat s'étendent précisément à la diffusion en ligne du répertoire musical mondial, y compris anglosaxon, géré par la SACEM sur les territoires français, luxembourgeois et monégasque. Sans oublier un détail de taille : cet accord s'appliquera de façon rétroactive pour les contenus diffusés sur YouTube depuis le 1^{er} janvier 2006. L'entreprise paraît considérable...

Quant à la rémunération à proprement parler des auteurs, elle se calquera en parti sur l'accord passé en 2008 entre la SACEM et DailyMotion. Le calcul des droits devrait s'effectuer à la fois sur la base des recettes publicitaires dégagées par YouTube, mais aussi sur sa part de marché.

Une correcte application de l'article L131-4 du Code de propriété intellectuelle est ici faite par le choix du système de rémunération proportionnelle des auteurs, en fonction de l'exploitation réelle de l'œuvre. Pour ce faire, YouTube s'est engagé à fournir les données statistiques de visualisation de chaque œuvre.

C'est la première fois que la plateforme mondiale signe un accord avec une société d'auteurs française. Ce nouveau tournant marque une volonté de la part du géant mondial de la vidéo sur Internet de soutenir et de valoriser la création d'œuvres en ligne. Toutefois cet accord ne couvre que le champ musical. Sont attendus des accords entre YouTube et la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (Sacd) et la Société civile des auteurs multimédia (Scam).

La SACEM quant à elle, poursuit, par cet accord, un objectif de favorisation des auteurs ; c'est pourquoi elle n'a jamais requis la suppression des vidéos du site mais a choisi la solution de la rémunération, bien plus bénéfique pour ses adhérents.

Couplé avec les premiers mails envoyés par l'HADOPI début octobre, cet accord reflète la tendance actuelle qui est à la reconnaissance indéniable des auteurs sur Internet, notamment sur les sites de partage d'œuvres.

Le directeur Europe du sud, de l'Est et du Moyen Orient de YouTube, Christophe Muller, se dit satisfait de cet accord eu égard aux effets positifs qu'il aura sur l'émergence de nouveaux talents.

Cependant, au delà de ce constat positif et prometteur, il est important de rester mesurés : une telle entreprise paraît difficilement réalisable. YouTube aura la double mission de vérifier si le contenu mis en ligne par l'internaute est du ressort de la SACEM (tâche pharaonique puisqu'à chaque minute sont mises en lignes l'équivalent de 24 heures de vidéos) puis de verser les droits effectifs à la SACEM. Ici une seconde interrogation s'impose : comment YouTube, plateforme gratuite

d'échanges de vidéo pourra-t-elle s'acquitter de ces sommes ?

L'entreprise paraît plus ambitieuse que réalisable.

Quant aux motivations de YouTube, est-il réellement question de s'engager pour l'émergence de nouveaux talents et d'entrer dans une logique de soutien aux auteurs ? ou plutôt d'éviter de nombreuses poursuites judiciaires sur le fondement du droit d'auteur en se réfugiant derrière cet accord utopique ?

Il faut maintenant attendre les premiers effets de cet accord pour déterminer si un nouveau pas a vraiment été franchi.

Source :

AFP, « Accord Sacem-Youtube, avancée pour le droit d'auteur sur internet », *lepoint.fr*, <http://www.lepoint.fr/culture/accord-sacem-youtube-avancee-pour-le-droit-d-auteur-sur-internet-30-09-2010-1243460_3.php>, consulté le 10 novembre 2011.

n° 18

CHRONIQUE – DROIT D'AUTEUR

*Sous la direction de Xavier Agostinelli
Maître de conférences à l'Université du Sud, Toulon-Var*

DE L'ORIGINAL A LA PARODIE EN PASSANT PAR LA PALE COPIE

Par Elodie Renaud

Depuis le 8 novembre vous pouvez vous retrouver « Ce soir avec Arthur » sur la chaîne Comédie. Ce nouveau programme est présenté par l'animateur Arthur, de son, vrai nom Jacques Essebag.

Cette émission a fait une entrée fracassante dans le monde de la télévision. Le 22 novembre Craig Ferguson a accusé ouvertement et publiquement Arthur de plagiat.

The Late Late Show est un programme culte de la télévision irlandaise, né en 1948, et diffusé notamment sur la chaîne américaine *Columbia Broadcasting System* (CBS). Depuis 2005, Craig Ferguson présente cette émission tout en humour, satire et ironie. Y sont mêlés musique, interviews de célébrités, débats sur des questions de société, musique et marionnettes. Ce *talk show* est un véritable spectacle télévisuel qui a valu à Craig Ferguson le *George Foster Peabody Award* en 2010 : la plus prestigieuse récompense dans le domaine audiovisuel aux Etats-Unis.

Il est souvent difficile de faire la part des choses entre plagiat et inspiration. Le plagiat ne craint qu'un seul ennemi : la notoriété. « On ne se fait prendre qu'à condition d'avoir du succès, c'est le jeu » reconnaît Robert Plant, chanteur et membre du groupe Led Zeppelin. A ce jeu, Arthur s'est fait prendre.

Le plagiat ou contrefaçon est un délit complexe composé de 3 éléments : l'élément légal, l'élément matériel et l'élément moral. Ce qui est protégé par le champ d'application des articles du code de propriété intellectuelle (articles L335-2, art L335-3 du CPI) ne sont pas les idées mais leur mise en forme. On peut parler de plagiat même lorsque l'expression de l'idée n'a pas été reprise littéralement. On apprécie d'abord ce délit du point de vue des ressemblances entre œuvre contrefaite et une œuvre dite contrefaisante. Puis on étudie les différences ; si elles ne détruisent pas la première impression d'ensemble, on dit qu'il y a contrefaçon. En l'espèce, Craig Ferguson reproche à Jacques Essebag d'avoir copié le décor, les marionnettes mais surtout, et cela est flagrant, le générique de

l'émission. On retrouve dans les deux génériques les mêmes caractéristiques utilisés avec la même chronologie. La scène est filmée de nuit avec le plan d'un monument. Un gros plan sur la tête du présentateur avec les voitures en arrière plan. Puis l'animateur joue de la batterie et chante. On notera l'emploi du même type de microphone. Gros plan sur le nom des rues. Enfin ils finissent en beauté dans la fontaine puis apparaissent les lettres dorées du titre de l'émission.

Si l'originalité est un critère subjectif et relatif, elle constitue l'âme de l'oeuvre. A ce titre, elle participe de la condition de protection de l'oeuvre audiovisuelle en tant qu'oeuvre de l'esprit (articles L112-1 et L112-2 du CPI). Tous les éléments constituant l'originalité du générique du *Late Late Show* se retrouvent dans « Ce soir chez Arthur ». Sans originalité ni univers personnel qui se démarque, nous sommes bien en présence d'une oeuvre contrefaisante.

Sources :

« Arthur accusé de plagiat par un animateur américain », *leparisien.fr*, <<http://www.leparisien.fr/actualite-people-medias/video-arthur-accuse-de-plagiat-par-un-animateur-americain-24-11-2010-1164077.php>>, consulté le 10 novembre 2011.

« Plagiat : pour Arthur, il faut y voir un hommage », *zigonet.com*, <http://www.zigonet.com/t%E9I%E9vision/plagiat-pour-arthur-il-faut-y-voir-un-hommage_art17684.html>, consulté le 10 novembre 2011.

Probablement pour désamorcer l'idée très explicite de procès formulée par Craig Ferguson, Jacques Essebag s'est expliqué dans le Grand Direct diffusé sur Europe 1. Il a précisé qu'il fallait percevoir le générique de son émission comme un simple hommage à Craig Ferguson. Nul doute, ce n'est ni une rencontre fortuite ni le résultat d'une inspiration commune qui est à l'origine de ces ressemblances mais bien une pâle copie.

Suite à ses accusations, Craig Ferguson a convié Jacques Essebag à son propre *talk show*. Coup de projecteur sur les deux émissions. A priori aucun procès ne se profile à l'horizon.

Arthur a profité de ce tremplin pour réaliser un nouveau générique à la française qui pour le coup est une véritable parodie (article L122-5 du CPI) et non un pur plagiat.

L'art et la manière de tirer partie d'un manque évident de créativité ou le désir manifeste de faire un peu trop « comme à l'américaine ».

n° 19

CHRONIQUE – DROIT D'AUTEUR

*Sous la direction de Xavier Agostinelli
Maître de conférences à l'Université du Sud, Toulon-Var*

PREMIERE ETUDE COMPARATIVE SUR LE DROIT D'AUTEUR EN EUROPE EN MATIERE LITTERAIRE

Par Sarah Stealens

Malgré une tentative d'uniformisation de la part du législateur européen, il reste encore beaucoup de pratiques différentes en Europe concernant l'application des droits d'auteur et notamment en matière littéraire.

Une étude dirigée par Laure Pécher et Pierre Astier, membres de l'Agence littéraire Pierre Astier et associés, a été rendue publique en octobre

2010. Cette dernière tend à comparer les droits d'auteur applicables en matière littéraire dans 4 pays d'Europe : l'Espagne, l'Allemagne et la Grande Bretagne en comparaison avec la France. Cette étude a été réalisée pour le « Motif » (Observatoire du livre et de l'écrit en Ile de France). La récolte des informations s'est faite par le contact. En effet, la rencontre avec les professionnels du droit et du livre

fut nécessaire ainsi que l'analyse stricte des textes de loi dans les pays choisis.

La réalisation d'une telle étude fut surtout motivée par l'ignorance des professionnels du secteur quant au régime et aux pratiques contractuelles de leurs voisins européens. En effet, de nos jours, le marché du livre ne peut plus être traité au niveau national et nécessite souvent une collaboration entre différents Etats. Au cours de leur étude, Mme Pécher et M. Astier ont remarqué que les droits d'auteurs dans les pays européens peuvent être très différents sur certains points même si tous ces pays sont membres de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle). Ces différences s'expliquent notamment par des pratiques culturelles inscrites dans l'histoire de chaque Etat.

A en lire l'étude, le choix des pays a été justifié par leur divergence. L'Allemagne a été choisie car son régime de protection rappelle le régime français. En effet les deux Etats se rejoignent sur leurs pratiques éditoriales et contractuelles. Le choix de l'Espagne est justifié par l'étendue linguistique présente dans ce pays. De plus son marché est marqué par une représentation beaucoup plus jeune qu'ailleurs en Europe. La Grande Bretagne est intéressante par son application anglo-saxonne du droit d'auteur et par l'utilisation du copyright.

L'étude publiée fait 117 pages et permet concrètement de distinguer les protections selon les pays. Tout d'abord on peut dire que l'Allemagne est l'Etat le plus proche de la France même si le droit allemand est dit moniste a contrario de la France dont le droit est dualiste. Cette dualité s'explique par la différenciation essentielle en droit français entre le droit moral et les droits patrimoniaux.

Source :

HAIN (J.), « Droits d'auteur en usage en Europe », *lemotif.fr*, <<http://www.lemotif.fr/fr/etudes-et-analyses/etudes-du-motif/droits-d-auteur-en-usage-en-europe/>>

n° 20

CHRONIQUE – DROIT D'AUTEUR

*Sous la direction de Xavier Agostinelli
Maître de conférences à l'Université du Sud, Toulon-Var*

NOUVELLES CIBLES DE LA COMMISSION POUR COPIE PRIVEE

Par Florian Freytag

La commission pour copie privée vient d'adopter une décision publiée au journal officiel le 26 octobre

Cependant malgré cette différence l'Allemagne, la France et l'Espagne ont adopté un système de protection dit de droit d'auteur en opposition avec le système anglo-saxon de « copyright » privilégié par la Grande Bretagne. Pourtant l'étude révèle que l'histoire entre la France et la Grande Bretagne concernant le droit d'auteur n'est pas dépourvue de points communs. En exemple on peut citer que c'est au XVIIIe siècle que ces deux pays ont porté les premières réflexions sur la propriété intellectuelle.

S'agissant des pratiques contractuelles il est apparu que sur les quatre pays comparés il existe trois natures différentes de contrat en matière littéraire. Il s'agit d'une cession chez les Français, d'une concession chez les Allemands et les Espagnols et d'une *licence* pour les Anglais. La distinction se fait surtout concernant l'objet du contrat.

A travers le contrat d'édition, qui est le contrat comparé dans cette étude, on peut donc voir que la distinction entre droit d'auteur et « copyright » n'est pas substantielle en matière d'édition littéraire comme cela peut être le cas dans d'autres secteurs. La vraie opposition entre la Grande Bretagne et les trois autres pays reste que le législateur ne veut pas intervenir dans les relations contractuelles entre l'auteur et l'éditeur. En France, la loi est venue apporter des principes immuables dans le code de la propriété intellectuelle. La pratique anglaise repose plus sur les usages que sur les codes.

Au regard de cette étude comparative, il semble clair que malgré des tentatives d'harmonisation des droits en Europe, chaque Etat reste marqué par son histoire, sa culture et ses usages dans la pratique de la protection des droits d'auteurs.

l'institution chargée du calcul de cette rémunération adapte une fois de plus son dispositif aux nouvelles techniques de stockage.

La taxe gérée par la commission pour copie privée (plus communément connu sous le nom de « commission d'Albis », nom de son rapporteur) a pour vocation de soutenir la création artistique et tente de compenser les difficultés rencontrées par le droit d'auteur et les droits voisins face au nouvel environnement numérique.

Celle-ci se traduit par le prélèvement d'une somme sur l'achat de différents supports de stockage tels que CD vierges, clés USB, disques durs etc. Cette somme est prédéterminée selon un barème consultable sur le site du ministère de la culture et de la communication.

Cette dernière décision de la commission élargit une fois de plus l'assiette de la taxe à compter du 1er novembre 2010. Celle-ci supprime la mention « à disque » de la description des supports de stockage externe assujettis à la taxe et ceci en vue d'intégrer

les Solid State Drive (SSD) dans son champs d'application. Ces SSD sont de nouveaux supports de stockage externe à mémoire flash (sans disque) plus rapides et économiques que les disques durs traditionnels.

La décision exonère les systèmes de stockage « qualifiés et certifiés pour pouvoir fonctionner simultanément avec au moins trois systèmes d'exploitation », ainsi que les « systèmes de stockage utilisables exclusivement dans le cadre d'un environnement technique professionnel, c'est-à-dire avec des équipements complémentaires tels que des serveurs, des racks ou autres ».

Toutes ces prérogatives s'inscrivent assez logiquement dans l'esprit de la loi « création et internet » du 12 juin 2009 et de la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet (HADOPI). En effet, cette politique qui consiste à faire des copieurs non professionnels les principales cibles de la politique actuelle en matière de propriété intellectuelle tend à se généraliser au sein de nos institutions.

Sources :

HEUILLARD (R.), « Copie privée : les NAS et les SSD externes désormais taxés », *clubic.com*, <<http://www.clubic.com/disque-dur-memoire/nas/actualite-374818-taxe-copie-privee-nas-ssd-externes.html>>, consulté le 10 novembre 2011.

JEROME (G.), « Taxe copie privée : NAS et SSD externes concernés », *generation-nt.com*, <<http://www.generation-nt.com/taxe-copie-privee-nas-ssd-externes-actualite-1106781.html>>, consulté le 10 novembre 2011.

CHAMPEAU (G.), « Copie privée : tous les NAS de salon seront désormais taxés », *numerama.com*, <<http://www.numerama.com/magazine/17154-copie-privee-tous-les-nas-de-salon-seront-desormais-taxes.html>>, consulté le 10 novembre 2011.

NOTE DE JURISPRUDENCE – INTERNET

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE BOULOGNE-BILLANCOURT – JUGEMENT DE DEPARTAGE, 19 NOVEMBRE 2010, MORGANE BARBERA ET SOUPHARAK SOUTHIPONG / SAS ALTEN SIR

Mots clefs : Licenciement - communication électronique - salarié - faute grave - vie privée - dénonciation – jugement de départage

Faits : Le 22 novembre 2008, trois salariés de la société ALTEN SIR ont échangé des messages irrespectueux au sujet de leur hiérarchie, sur le site et réseau social *Facebook*. Ils ont été licenciés le 21 janvier 2009 pour « incitation à la rébellion » et faute grave, après avoir été dénoncés par un autre salarié de l'entreprise. Deux des anciens salariés ont contesté leur licenciement, invoquant une illicéité de la preuve et un droit au respect des correspondances privées. Le troisième ancien salarié a cependant accepté la décision après un arrangement à l'amiable avec son ancien employeur.

Procédure : Le 20 mai 2010, le Conseil a été appelé à se prononcer sur les deux licenciements, dont la cause réelle et sérieuse a été contestée par les anciens salariés. Malheureusement, une égalité est apparue entre les conseillers. C'est ainsi qu'a eu lieu le jugement de départage le 19 novembre 2010, avec, comme le prévoit la procédure, la présence d'un magistrat, pour éviter qu'une égalité ne se représente.

Problème de droit : Quelle est la qualification juridique des messages échangés sur les réseaux sociaux du type *Facebook* ?

Considérant de principe : « *En premier lieu, il est fait observer que Monsieur François CARON [le salarié ayant choisi l'arrangement à l'amiable] a choisi dans le paramètre de son compte, de partager sa page Facebook avec « ses amis et leurs amis », permettant ainsi un accès ouvert, notamment par les salariés ou anciens salariés de la société ALTEN SIR ; il en résulte que ce mode d'accès à Facebook dépasse la sphère privée et qu'ainsi la production aux débats de la page mentionnant les propos incriminés constitue un moyen de preuve licite du caractère bien fondé du licenciement. »*

Note :

Le salarié a un droit au respect de sa vie privée et de ses correspondances privées jusqu'au sein même de l'entreprise, sur le poste de travail et pendant le temps de travail. Il a aussi un droit à la liberté d'expression et de critique dans et hors de l'entreprise, sous réserve d'observer ses obligations de discrétion et de loyauté ; sur le fondement des articles 9 du Code civil et 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Les critiques du salarié peuvent cependant justifier un licenciement en cas d'abus, notamment lorsque les termes utilisés sont injurieux, diffamatoires ou excessifs (Cass. Soc. 4 février 1997, n°96-40.678 et 25 janvier 2000, n°45.044).

En l'espèce, les salariés ont invoqué à la fois le caractère privé et humoristique des correspondances.

Le véritable coeur de la question ici est de savoir si ce type de correspondance constitue une communication privée, ou au contraire, s'il s'agit d'une communication publique.

La distinction entre ces deux notions est apparue dans certaines décisions de justice. Un espace pourrait être qualifié de privé lorsqu'il est réservé « aux seuls membres d'un groupement de personnes liées par une communauté d'intérêts », ce qui « suppose certaines conditions d'admission au groupement, quelles qu'en soient la forme et le contenu, [...] ». Si des personnes étrangères à ce groupement ont accès à l'information, ou si le groupement en question n'est qu'un « simple assemblage inorganisé d'individus attirés par une passion commune ou une curiosité partagée », le lieu est qualifié de public. (TGI Paris, 17ème ch., 25 oct. 1999)

Le 20 mai, le Conseil n'a pas réussi à se prononcer. Cela démontre un certain malaise autour d'une question émergente. La procédure prévoit un

renvoi en départage. Il s'agit d'une particularité juridictionnelle inhérente à la parité du Conseil. L'intervention d'un juge professionnel, issu du tribunal d'instance, permet d'éviter une seconde égalité.

Pour caractériser les correspondances des salariés, le Conseil affirme que « [...] ce mode d'accès à Facebook dépasse la sphère privée [...] ». Le Conseil sous-entend dans son raisonnement qu'un autre réglage des paramètres de la page Facebook ayant hébergé les discussions, aurait pu amener une autre solution. En d'autres termes, la qualification des correspondances dépend ici, essentiellement, du réglage de confidentialité du compte Facebook. Un message visible par les « amis » et les « amis des amis » ne peut, selon le Conseil, être qualifié de correspondance privée. Le public n'est pas restreint. L'accès est même ouvert à des personnes inconnues de l'émetteur du message. Cette notion de public, permet au juge de caractériser le message de privé ou non.

Nous sommes donc en présence d'une possible qualification hybride des correspondances hébergées par le site Facebook. Des correspondances privées peuvent devenir une communication publique d'un simple clic. Cette transformation s'opérant par l'apparition spontanée d'un public : donnant son caractère public au message. Cela peut sembler instable et être source d'insécurité juridique.

Cette solution, illustre parfaitement les dangers du « bug utilisateur » sur les réseaux sociaux. La question de la qualification de ces messages pouvant se reposer en matière pénale.

Jean-Charles IZE

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDEC 2011

n° 22

NOTE DE JURISPRUDENCE – INTERNET

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS 17^e CHAMBRE, 8 SEPTEMBRE 2010, P. BELLANGER C/ SOCIETE GOOGLE INC., ERIC S. ET GOOGLE FRANCE

Req n° 10/07440

Mots clefs : Diffamation – Internet – Moteur de recherche – Suggestion – Responsabilité – Directeur de publication – Liberté d’expression – Fixation préalable

Faits : Pierre B. le fondateur et dirigeant de la radio Skyrock, a été condamné par une décision non définitive du tribunal correctionnel de Paris le 5 février 2010, pour délit de corruption de mineure. Ayant constaté que les fonctionnalités *Google suggest* et « Recherches associées » proposaient aux internautes certaines associations de son patronyme avec les termes « viol » « satanisme » et « prison », il assigne la société Google Inc. et sa filiale Google France ainsi que Eric.S en sa qualité de directeur de la publication pour diffamation sur le fondement de l’article 29 alinéa 1 et 32 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881 ainsi que les dispositions 93-2 et 93-3 de la loi du 29 juillet 1982.

En effet expérimentée depuis 2004 mais généralisée depuis septembre 2008 une nouvelle fonctionnalité de Google intitulée *Google suggest* propose aux internautes qui effectuent une recherche, un affichage automatique de 10 suggestions correspondants à leur requête initiale pendant la frappe des mots. À cette fonctionnalité, est associée une deuxième « recherches associées » permettant aux internautes d’accéder à d’autres résultats supposés correspondre à leur demande.

Procédure : Le plaignant a fait constater par le centre d’expertise des logiciels (CELOG), que suite à la saisi des premières lettres ou des premiers mots de ses prénom et nom apparaissait alors les expressions litigieuses parmi un total de dix suggestions.

Après avoir adressé plusieurs mises en demeure au directeur de publication afin que soit retiré les suggestions diffamatoires, il s’est heurté à des fins de non recevoir. C’est pourquoi il saisit le Tribunal de grande instance de Paris afin d’en obtenir le retrait définitif.

La 17^e chambre du tribunal de grande instance de Paris par un jugement du 8 septembre 2010, accueille en partie la demande du plaignant, considérant le délit de diffamation constitué, et prononce une condamnation de principe.

Problème de droit : La responsabilité pour l’aide à la recherche de Google peut elle être retenue sur le fondement du délit de diffamation ?

Considérant de principe : « *L’affichage non sollicité des expressions litigieuses associé au nom du demandeur fait nécessairement peser sur l’intéressé sinon une imputation direct des faits attentatoires à l’honneur ou à la considération du moins la suspicion de s’être trouvé compromis dans une affaire de viol , satanisme, d’avoir été condamné ou d’avoir fait de la prison. Ces propositions prises séparément, et plus encore associées les une aux autres constituent ainsi, au moins par insinuation, des faits précis susceptibles de preuve et de nature à jeter l’opprobre sur le demandeur* ».

Note :

Cette décision ajoute une pierre à l'édification de la jurisprudence qui entoure depuis peu la fonctionnalité *Google suggest*, venant grossir les rangs du contentieux autour de Google déjà existant. Ce jugement vient donc, non pas condamner pour la première fois la société Google mais traiter de cette responsabilité sous l'angle de la diffamation publique envers un particulier en prononçant une condamnation de principe.

Au préalable le Tribunal vient contester point par point l'argumentaire technique avancé par Google. Pour cela d'une part, il se positionne en faveur d'une intervention humaine préexistante à toute technique, au motif que toutes les solutions mathématiques avant toute mise en oeuvre procèdent de « l'esprit humain ». D'autre part, le Tribunal relève une intention délibérée et volontaire de Google d'intervenir dans le fonctionnement du service, qui se manifeste dans un premier temps, par un trie préalable de Google. En effet Google rectifie certaines requêtes, comme celles présentant des termes grossiers mais aussi effectue un contrôle préalable marqué par une politique de suppression de la pornographie, la violence et la haine. Dans un deuxième temps, cette intervention traduit une volonté de Google d'orienter voir d'inciter les internautes. C'est ainsi que le Tribunal souligne « l'effet boule de neige » de cette fonctionnalité, de nature à orienter « la curiosité » des internautes qui se voient proposés des résultats de recherches alors même « qu'ils ne soupçonnaient pas » leur existence.

Google conteste cette demande au motif que les propositions ne sont pas « le fait de la pensée consciente mais le résultat d'algorithme ». Cette décision se distingue des cas précédents où les faits étaient jugés sous l'angle de l'injure publique. La bonne foi des défendeurs n'est pas retenue par les magistrats au motif que les imputations diffamatoires sont faites dans l'intention de nuire, rejetant ainsi le « but légitime » de ces propositions prétendues « étrangères à toute animosité ».

S'agissant de la liberté d'expression le Tribunal décide que la demande de suppression des expressions diffamatoires ne serait contrevenir à la liberté d'expression entendu comme droit d'information des internautes, puisque seul l'affichage des associations litigieuses serait ainsi supprimé, le contenu des recherches restant à leur disposition.

S'agissant de la responsabilité, le Tribunal reconnaît la responsabilité du directeur de publication au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 et décide que le fait d'anticiper certaines requêtes répond à la notion de fixation préalable. Les défendeurs eux même « reconnaissent que les suggestions proposées aux internautes procèdent d'eux même et de nul autre ». Le Tribunal tient pour civilement responsable la société Google Inc. des propos diffamatoires. Par conséquent le Tribunal condamne Eric S., directeur de publication du site internet www.google.fr, de prendre toute mesure pour supprimer les suggestions litigieuses, et le condamne *in solidum* avec la société Google Inc. à verser un euros symbolique de dommages et intérêts au plaignant. Néanmoins la société Google France est mise hors de cause « n'ayant pas de responsabilité directe dans le fonctionnement du moteur de recherche ».

Ce jugement ne s'aligne pas sur la décision de la cour d'appel de Paris du 9 décembre 2009 qui à défaut de condamner la société Google fait prévaloir la liberté d'expression sur la suppression des propositions litigieuses, comme étant le reflet d'une interrogation des internautes. Ceci témoigne d'une divergence de position entre les différentes juridictions. Mais tout porte à croire que cette condamnation au titre d'une responsabilité solidaire constitue le préalable à la qualification d'une responsabilité propre de la société Google relative à ses fonctions de référencement.

Amandine Carmona

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDIC 2010

n° 23

NOTE DE JURISPRUDENCE – INTERNET

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS 3EME CHAMBRE – 2EME SECTION, 29 OCTOBRE 2010, SNCF/BENOIT M.

Mots clefs : Marque - nom de domaine – contrefaçon – atteinte – concurrence – pratiques trompeuses – parasitisme – cybersquatting.

Faits : La société nationale des chemins de fer français (Sncf), établissement public industriel et commercial, titulaire de la marque Sncf, avait enregistré plusieurs nom de domaine notamment celui de sncf-usa.com. Elle a découvert que Monsieur Benoît M. ancien stagiaire de l'entreprise, a enregistré le nom de domaine sncfusa.com.

Procédure : Par acte du 10 juin 2010 la Sncf assigne Monsieur Benoît M. devant le tribunal de grande instance. Le demandeur saisit le tribunal aux fins de constater que l'enregistrement du nom de domaine sncfusa.com par Monsieur Benoît M. constitue un acte de parasitisme et une pratique commerciale trompeuse, par une atteinte au nom de domaine sncf-usa.com.

Problème de droit : Le nom de domaine sncfusa.com enregistré par Monsieur M. constitue-t-il une imitation illicite de la marque Sncf engageant la responsabilité civile de son auteur ?
L'imitation illicite de la marque Sncf constitue-t-elle une atteinte au nom de domaine sncf-usa.com ?

Considérant de principe : « *Il importe peu que le site litigieux ait été ou non exploité, dès lors que le simple enregistrement du nom de domaine imitant une marque notoire suffit à engager la responsabilité de son auteur, étant en outre précisé qu'il ressort du constat d'huissier que le site de Monsieur M. a, au moins partiellement, été exploité.* »

Note :

Les marques notoires bénéficient d'une protection spéciale dans le code de la propriété intellectuelle (CPI). L'article L. 713-5 CPI prévoit ainsi que « la reproduction d'une marque jouissant d'une renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur si elle est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cette reproduction ou imitation constitue une exploitation injustifiée de cette dernière. »

En l'espèce, la Sncf, établissement public industriel et commercial, est titulaire de la marque Sncf. Afin de bénéficier de l'application de l'article L. 713-5 CPI, la notoriété de la marque Sncf doit être démontrée. Cette qualification relève de l'appréciation des juges du fond par des éléments apportés par la partie demanderesse. Ainsi la Sncf peut être considérée comme une marque notoire au regard des investissements publicitaires qu'elle entreprend, et d'un sondage montrant que cent pourcent des personnes interrogées connaissent la marque Sncf. La Sncf ainsi qualifiée de marque notoire, peut bénéficier de la protection prévue à l'article L. 713-5 CPI qui permet d'engager la responsabilité civile de l'auteur de reproduction d'une marque notoire lorsqu'elle cause un préjudice au propriétaire de la marque.

Cependant, l'article L. 713-5 CPI doit être adapté au cas d'espèce puisque la reproduction de marque serait ici réalisée par un nom de domaine. Le nom de domaine enregistré par Monsieur M. sncfusa.com est très proche de celui de la société Sncf puisqu'il n'est différencié de ce dernier seulement par un tiret. L'imitation de la marque est ainsi caractérisée.

Pour ne pas voir sa responsabilité civile engagée, le défendeur avance le fait que le site sncfusa.com n'a pas été exploité. Le tribunal répond alors « il importe peu que le site litigieux ait été ou non exploité, dès lors que le simple enregistrement du nom de domaine imitant une marque notoire suffit à

engager la responsabilité de son auteur ». Ainsi, le critère de l'exploitation n'est pas retenu. De cette imitation de marque notoire, résulte une imitation au nom de domaine sncf-usa.com, constitutive d'une atteinte au nom de domaine car elle a pour conséquence de détourner la clientèle de la Sncf et de profiter de la notoriété de la Sncf. Monsieur M. est alors qualifié de cybersquatteur, puisqu'il a enregistré un nom de domaine très proche de celui déjà existant et appartenant à la Sncf.

En plus du recours au droit de la propriété intellectuelle, la Sncf a également pu avoir recours au droit des sociétés afin d'obtenir la condamnation de Monsieur M. L'enregistrement du nom de domaine sncfusa.com constitue une pratique commerciale trompeuse telle que prévue à l'article L. 121-1 et L. 121-2 du code de la consommation qui interdit « toute pratique commerciale lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent et lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ou sur les caractéristiques essentielles de ce bien ou service. » Dans l'espèce, la pratique commerciale trompeuse résulte du fait que « le consommateur pouvait effectivement penser, au vu du nom de domaine et du site sur lequel il se trouvait, qu'il se trouvait en présence d'un site exploité par un établissement public. »

La Sncf a ainsi obtenu réparation de son préjudice devant le tribunal judiciaire. Et celui-ci a ainsi statué : « en enregistrant le nom de domaine sncfusa.com, Monsieur Benoît M. a porté atteinte à la marque notoire Sncf et au nom de domaine sncf-usa.com dont est titulaire la Sncf, et a trompé le consommateur. »

Clémentine Lafon

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDIC 2010

n° 24

NOTE DE JURISPRUDENCE – INTERNET

COUR D'APPEL DE PARIS, POLE 5, 1^{ERE} CHAMBRE, 14 AVRIL 2010, OMAR S. ET AUTRES. C/ DAILYMOTION N° 2008/08604

Mots clefs : hébergeur – éditeur – contrefaçon – publicité – responsabilité – retrait – droit d’auteur – LCEN

Faits : Le duo comique Omar et Fred constate la mise en ligne de certaines vidéos extraites de leur spectacle sur le site Dailymotion. N’ayant pas donné leur accord, ces derniers assignent en justice la plateforme communautaire pour contrefaçon de leurs droits d’auteurs et d’artistes interprètes.

Procédure : Pour faire droit à leur demande, les demandeurs contestent principalement, en première instance, la qualité d’hébergeur de la société Dailymotion au motif que celle-ci, par l’exploitation commerciale des contenus de son site au moyen de vente d’espaces publicitaires, dépasse sa simple qualité d’hébergeur au profit de celle d’éditeur de contenus. La juridiction de premier degré déboute les prétentions des humoristes en confirmant le statut d’hébergeur de la société Dailymotion. Ces derniers interjettent appel.

Problème de droit : La rémunération par la publicité d’un prestataire technique fait-elle perdre à ce dernier sa qualité d’hébergeur ?

Considérant de principe : « [...] L'exploitation du site par la commercialisation d'espaces publicitaires, dès lors qu'elle n'induit pas une capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne, n'est pas de nature à justifier de la qualification d'éditeur du service en cause »

« Qu'il importe d'observer en effet que la L. prévoit expressément que le service hébergeur puisse être assuré même à titre gratuit, auquel cas il est nécessairement financé par des recettes publicitaires et qu'elle n'édicte, en tout état de cause, aucune interdiction de principe à l'exploitation commerciale d'un service hébergeur au moyen de la publicité »

« Qu'il doit être par ailleurs relevé que n'est pas démontrée en l'espèce une relation entre le mode de rémunération par la publicité et la détermination des contenus mis en ligne [...] de sorte que le service n'est pas en mesure d'opérer sur les contenus mis en ligne un quelconque ciblage publicitaire de manière à tirer un profit d'un contenu donné et à procéder par là-même à une sélection de ces contenus qui serait commandée par des impératifs commerciaux ».

Note :

Depuis l'avènement du web 2.0, de nombreux contentieux se sont développés autour de la mise en jeu de la responsabilité des acteurs du web, en matière de contrefaçon.

Parmi eux, la problématique de la définition de l'éditeur de contenus et de sa distinction avec la notion d'hébergeur ont particulièrement fait débat. Face à ce flou juridique, la Cour de Cassation avait donné son avis dans son arrêt Tiscali du 14 janvier 2010. En l'espèce, le juge du droit avait considéré, que ne pouvait bénéficier du statut d'hébergeur, celui qui exploitait commercialement un site hébergeant le contenu de tiers.

Trois mois plus tard, la première chambre civile de la Cour d'Appel de Paris amorce à son tour une réflexion à propos de l'impact du critère économique sur la qualification d'hébergeur. En l'espèce, deux humoristes français constatent la mise à disposition au public de plusieurs de leurs oeuvres sur le site de partage Dailymotion.

A l'instar de l'arrêt Tiscali, les demandeurs considèrent que le prestataire technique dépasse les limites de son statut d'hébergeur en se livrant à « une exploitation commerciale des contenus par la vente d'espaces publicitaires dont le produit [serait] directement corrélé à l'audience du site ». La juridiction du second degré, contrairement à son illustre prédécesseur, va débouter les humoristes au motif que « n'est pas démontrée en l'espèce une relation entre le mode de rémunération par la publicité et la détermination des contenus mis en ligne ». Pour arriver à cette solution, la Cour va, tout d'abord, faire appel à la loi pour la confiance dans l'économie numérique de 2004 (LCEN) et plus particulièrement à son article 6-I-2 qui définit la notion d'hébergeur.

Le juge va constater à juste titre qu'« aucune interdiction de principe à l'exploitation commerciale d'un service hébergeur au moyen de la publicité » n'est prévue dans le texte, laissant ainsi, à l'intermédiaire technique, une totale liberté dans son mode de rémunération.

Ensuite, la Cour, dans son raisonnement, va innover en subordonnant la validité de cette

exploitation commerciale à une condition non prévue par les textes.

En effet, le juge considère que l'exploitation commerciale du site ne remet pas en cause la qualité d'hébergeur de l'intermédiaire technique à partir du moment où celle-ci n'induit pas « une capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne ».

En tout état de cause, à défaut des critères précités, la responsabilité de l'hébergeur pourra tout de même être engagée. Pour cela, le prestataire technique doit avoir eu connaissance de contenus illicites stockés sur son site, et n'avoir pas « agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible » conformément à l'article 6-I-2 de la loi LCEN de 2004. Mais que reste-t-il de la jurisprudence Tiscali ? Malgré les apparences, les visions de la Cour d'Appel et de la Cour de Cassation ne sont pas antinomiques, la différence de solution s'expliquant à travers deux facteurs.

Le premier concerne les règles d'application de la loi dans le temps. Alors que la Cour de Cassation a rendu sa décision sous l'empire de la loi du 1^{er} août 2000 (modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication), la Cour d'Appel de Paris, quant à elle, s'est basée sur la loi LCEN de 2004. Cette différence législative est significative en la matière, dans le sens où elle génère des divergences quant à l'appréhension de l'activité de stockage pour mise à disposition du public.

Le second facteur est purement factuel. À la différence de Dailymotion, Tiscali proposait aux annonceurs de placer directement des espaces publicitaires payants sur les pages personnelles des utilisateurs, prouvant *de facto* la relation entre l'exploitation commerciale et la détermination du contenu.

C'est sur cet aspect que le juge du droit et le juge du fond semblent se rapprocher pour réduire ensemble le régime de responsabilité limitée du prestataire technique en matière de contrefaçon.

Patrick Anjos Torgal

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDIC 2011

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 23 MARS 2010, GOOGLE FRANCE SARL ET GOOGLE INC / LOUIS VUITTON MALLETTIER SA ET AUTRES

Affaires jointes N° C-236/08, C-237/08, C-238/08

Mots clefs : Contrefaçon – droit des marques – hébergeur – responsabilité limitée – moteur de recherche – annonceur - référencement – publicité – question préjudicielle

Faits : Le service Google AdWords permet d'afficher des liens promotionnels en relation avec la recherche d'un internaute sur la base de mots-clés sélectionnés au préalable par l'annonceur. Ce service de référencement payant a connu rapidement un important succès et représente une manne financière pour Google, mais il est également devenu source d'ennuis judiciaires. Certains annonceurs ont choisis de sélectionner comme mots-clés des noms de marques. Les trois affaires traitées par la Cour de justice de l'union européenne (CJUE) présentent des faits similaires.

Dans l'affaire concernant Louis Vuitton, quand un internaute effectuait une recherche à partir du nom de la marque, il obtenait, en plus des résultats "naturels", non seulement des liens promotionnels vers des sites concurrents, mais également des liens vers des sites proposant des produits contrefaisants. Les titulaires des marques ont rapidement saisi les tribunaux pour atteinte au droit des marques.

Procédure : Le tribunal de grande instance de Paris le 4 Février 2005 et la cour d'appel de Paris le 28 juin 2006 refusent de conférer à Google un statut d'hébergeur et de lui accorder un régime de responsabilité limitée. Il sera condamné pour contrefaçon de marque et concurrence déloyale.

La Cour de cassation, saisie par Google, n'a pas confirmé les jugements de première instance et d'appel. Dans son arrêt du 20 mai 2008, elle a préféré s'enquérir de l'expertise de la CJUE par le biais de questions préjudicielles.

Problème de droit : La sélection d'une marque comme mot-clé est-elle un usage susceptible d'être interdit par le droit des marques ? La société Google peut-elle bénéficier du statut d'hébergeur prévu par la directive européenne 2000/31 du 8 juin 2000 ?

Considérant de principe : « *Le titulaire d'une marque est habilité à interdire à un annonceur de faire, à partir d'un mot clé identique à ladite marque que cet annonceur a sans le consentement dudit titulaire sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur Internet, de la publicité pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels ladite marque est enregistrée (...).*

Le prestataire d'un service de référencement sur Internet qui stocke en tant que mot clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un usage de ce signe au sens de l'article 5, paragraphes 1 et 2, de la directive 89/104 ou de l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 40/94.

L'article 14 de la directive 2000/31/CE (...), doit être interprété en ce sens que la règle y énoncée s'applique au prestataire d'un service de référencement sur Internet lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées. S'il n'a pas joué un tel rôle, ledit prestataire ne peut être tenu responsable pour les données qu'il a stockées à la demande d'un annonceur à moins que, ayant pris connaissance du caractère illicite de ces données ou d'activités de cet annonceur, il n'ait pas promptement retiré ou rendu inaccessibles lesdites données. »

Note :

Le célèbre moteur de recherche américain Google a lancé en 2001 un service de référencement payant dénommé « Google AdWords ». Cette offre permet à des annonceurs d'afficher des liens vers leurs sites, accompagnés d'un message promotionnel à partir d'une sélection de mots-clés. Désormais, à côté des résultats dits "naturels" de recherche, classés par ordre décroissant de pertinence, apparaît ce service de référencement payant en fonction des mots-clés sélectionnés par les annonceurs. La société Google est rémunérée pour chaque "clic" sur le lien promotionnel. Certains annonceurs ont choisi de sélectionner comme mots-clés des noms de marques dont ils ne sont pas propriétaires.

Dans un premier temps, la CJUE a tenté de savoir si l'utilisation d'une marque en tant que mot-clé est un usage susceptible d'être interdit par le droit des marques. Pour cela, l'activité du potentiel contrefacteur doit se situer dans la vie des affaires, cette dernière notion devant être entendue comme contraire à un usage privé. Les produits ou services proposés doivent être identiques à ceux pour lesquels la marque est enregistrée. Enfin, une atteinte doit être portée à une des fonctions de la marque. La CJUE a estimé que l'annonceur, en sélectionnant comme mot-clé une marque, fait usage de cette dernière dans la vie des affaires, son but étant de proposer une alternative aux produits de la marque enregistrée. La Cour a également jugé que les annonceurs portaient atteinte à la fonction d'indication d'origine des produits en ne respectant pas l'obligation de transparence qui leur est dévolue. Leurs annonces permettent difficilement à l'internaute d'être informé et de savoir si le produit vient effectivement du titulaire de la marque. Les annonceurs peuvent donc être considérés comme contrefacteurs.

La CJUE a cependant estimé que l'activité de Google quant à elle ne relevait pas de la vie des affaires, Google ne faisant pas usage de la marque

dans sa propre activité commerciale. Il ne peut donc être considéré comme contrefacteur sur ce fondement. Dans un second temps, la CJUE a dû se prononcer sur le statut juridique de Google. La directive européenne 2000/31 prévoit un régime de responsabilité limitée pour les hébergeurs de contenus. Ainsi, leur responsabilité civile ne peut être engagée que s'ils avaient connaissance du caractère illicite de ce qu'ils hébergeaient, ou s'ils avaient été informés de l'illicéité d'un contenu et qu'ils n'ont pas agi promptement pour le retirer ou en rendre l'accès impossible. La CJUE a estimé que la responsabilité de Google dépendait de son degré d'intervention dans la sélection des mots-clés opérée par l'annonceur. Si le rôle exercé par le prestataire du service de référencement est neutre, il pourra bénéficier du régime de responsabilité limitée. Cependant, si il a un rôle actif et propose lui-même aux annonceurs des mots-clés similaires à des noms de marques, sa responsabilité pourra être engagée sur le terrain du droit commun.

En l'espèce, la CJUE estime que Google peut bénéficier du régime de responsabilité limitée puisqu'il est considéré comme n'ayant aucun rôle actif dans la rédaction des messages promotionnels et la sélection des mots-clés. La CJUE n'a pas réellement clarifié le régime de responsabilité applicable aux moteurs de recherche. Elle retient comme critère essentiel le rôle neutre du prestataire de service, mais en ne définissant pas précisément ces notions, elle ouvre la voie à de nouvelles difficultés. Les titulaires des marques ont désormais la garantie de pouvoir engager la responsabilité des annonceurs, cependant, ils auraient préféré que la responsabilité de Google soit confirmée. Cela leur aurait permis d'avoir un interlocuteur unique dont la solvabilité ne fait aucun doute.

Pauline DALMAN

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDIC 2010

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS - 3E CHAMBRE - 2E SECTION, 18 JUIN 2010, M6WEB, METROPOLE TELEVISION ET AUTRES C/ SBDS

Mots clefs : télévision de rattrapage - liens profonds - utilisateur - droit de représentation - concurrence déloyale - parasitisme

Faits : Le groupe M6 exploite des services gratuits de télévision de rattrapage disponibles sur les sites « M6 Replay » et « W9 Replay ». La société SBDS édite un site intitulé « TV replay » qui répertorie et met à disposition du public l'ensemble des programmes audiovisuels disponibles en télévision de rattrapage. Le groupe M6 constate que la société SBDS propose sur son site des « liens profonds ». Ces liens dirigent l'internaute directement vers une fenêtre de visionnage des vidéos éditées par les sociétés du groupe M6. Le groupe reproche notamment à la société SBDS de ne pas faire passer les internautes par l'accueil de sites M6/W9 qui pourraient les inciter à y rester et à visionner d'autres programmes du groupe M6.

Procédure : Les sociétés du groupe M6 assignent la société SBDS. Elles invoquent la violation des conditions générales d'utilisation des services M6 Replay et W9 Replay puis les atteintes portées à leur droit d'exploitation ainsi qu'aux droits du producteur d'une base de données. Enfin, elles accusent la société SBDS de concurrence déloyale et de parasitisme.

Problème de droit : La mise à disposition au public d'un programme diffusé par un tiers et ce, par le biais de liens dits « profonds » avec le site dudit tiers, sans son autorisation préalable, constitue-t-elle une représentation illicite dudit programme devant être ainsi considérée comme une violation des droits d'auteurs et droits voisins ?

Considérant de principe :

« Aux termes des dispositions de l'article L 122-2 du Code de la propriété intellectuelle, la représentation consiste dans la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque. En mettant les programmes de M6 Replay et W9 Replay à la disposition du public, la société SBDS ne lui communique nullement elle-même les oeuvres, mais ne fait que l'aider en lui indiquant un lien permettant de les visionner directement sur les sites m6replay.fr et w9replay.fr, lesquels sites effectuant alors l'acte de représentation au sens de ce texte. »

Note :

La télévision de rattrapage permet aux chaînes de télévision de mettre gratuitement à disposition du public leurs programmes en se rémunérant sur les publicités diffusées sur leurs sites. Cependant des sites répertoriant les services disponibles sur internet ont vu le jour. Le Tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris s'est prononcé sur la question d'une éventuelle menace que pourrait présenter l'usage de liens profonds par les sites « référenceurs » et a affirmé pour la première fois leur légalité.

En l'espèce, les sociétés du groupe M6 ont assigné en justice la société SBDS éditrice du site TV Replay. Elles reprochaient audit site de diriger les internautes, par le biais de liens hypertextes profonds, vers la fenêtre de visionnage de ses programmes sans passer par les pages d'accueil de ses sites de télévision de rattrapage, subissant ainsi un préjudice commercial.

En premier lieu, le Tribunal s'est prononcé sur la responsabilité contractuelle de la société défenderesse. Le demandeur avait exposé que la société SBDS violait les conditions générales d'utilisation de ses sites internet. Pour rejeter sa demande, le juge rappelle un principe du droit des obligations : pour violer un accord, il faut nécessairement une acceptation préalable des parties ; ici, l'éditeur et l'utilisateur du site. Ensuite, il précise que la société SBDS ne peut être qualifiée d'utilisateur du site puisqu'elle se borne à mettre à disposition les programmes sans les visionner elle-même, et par conséquent elle est exclue du champ d'application des conditions générales d'utilisation qui ne peuvent alors lui être opposables.

D'autre part, les sociétés du groupe M6 indiquent que leurs droits d'auteur et droits voisins ont été violés par le site TV Replay. Ces dernières estiment que la mise à disposition au public de leurs programmes par l'usage de « liens hypertextes profonds » et ce, sans leur autorisation, constitue une représentation illicite desdits programmes. La présente demande est rejetée. Les juges rappellent la notion de représentation définie à l'article L 122-2

du Code la propriété intellectuelle (CPI) puis relèvent que la défenderesse ne communique pas « elle-même » les oeuvres, mais qu'elle ne fait qu'indiquer un lien vers les sites éditeurs. Ils en concluent qu'elle ne réalise pas un acte de représentation.

Quant à la demande invoquant l'atteinte aux droits du producteur d'une base de données, le juge considère que le groupe M6, malgré les frais engagés pour le développement des sites, ne justifie pas avoir consenti des « investissements substantiels » pour la constitution, vérification ou présentation des bases de données et donc ne réunit pas les critères définis à l'article L 341-1 du CPI nécessaires à la qualification de « producteur de bases de données ». Le TGI rejette donc la demande et ce, alors même qu'il reconnaît aux sites la qualification de « bases de données » en s'appuyant sur la définition de l'article L 112-3 du CPI. Ce même article permet auxdites bases de données de bénéficier du régime de protection des oeuvres intellectuelles.

Enfin, le juge ne retient pas non plus la concurrence déloyale et le parasitisme invoqués par la partie demanderesse en rappelant « qu'une action en concurrence déloyale ou parasitisme doit être fondée, pour ouvrir droit à réparation, sur des faits autres que ceux invoqués au titre de la violation des droits de propriété intellectuelle ».

Le TGI de Paris a donc débouté l'intégralité des actions menées par le groupe M6 en se fondant essentiellement sur une interprétation stricte des textes et a ainsi validé l'usage de liens hypertextes profonds par les sites référenceurs. Par ailleurs, les juges du fond ont conforté leurs différents rejets en condamnant la société M6 web pour comportement fautif constitué par son acte de dénigrement envers le site TV-Replay.

Claudie Picca

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDIC 2010

n° 27

NOTE DE JURISPRUDENCE – INTERNET

COUR DE CASSATION, 1^E CHAMBRE CIVILE, 14 JANVIER 2010, TELECOM ITALIA (TISCALI) / DARGAUD LOMBARD, LUCKY COMICS*Pourvoi N° U 06-18.855***Mots clefs : Internet – Responsabilité délictuelle – Hébergeur – Editeur de contenus – Loi du 30 septembre 1986 modifiée – LCEN**

Faits : En 2002, la société d'hébergement en ligne TISCALI Media s'est rendue responsable de contrefaçon. Elle a en effet hébergé la page d'un internaute ayant publié des bandes dessinées sans l'autorisation de leurs auteurs. Un préjudice est ainsi porté directement aux sociétés Dargaud Lombard et Lucky Comics qui sont titulaires des droits sur ces oeuvres.

Procédure : Les sociétés Dargaud Lombard et Lucky Comics forment une action contre la plateforme TISCALI afin de faire réparer le préjudice naissant de la publication des bandes dessinées sans autorisation sur le fondement de la contrefaçon. Le TGI de Paris a rendu le 16 février 2005 un jugement dans lequel sont rejetées les prétentions des demandeurs visant à faire reconnaître la contrefaçon. TISCALI voit tout de même sa responsabilité délictuelle engagée au motif qu'elle avait failli à son obligation de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires ; obligation posée par l'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986, modifiée par la loi du 1er août 2000. Sur ce motif, elle est condamnée à verser des dommages et intérêts aux demandeurs. La société d'hébergement interjette appel. Cette fois, par un arrêt de la Cour d'appel du 7 juin 2006, les juges du fond retiennent la responsabilité de TISCALI Media pour contrefaçon des différentes bandes dessinées qui avait été publiées sur la page de l'internaute.

Les juges infirment en ce point le jugement de première instance. Toutefois, ils confirment la responsabilité délictuelle de la société TISCALI media. Ils mettent en évidence le défaut de collecte et de conservation, par la plateforme d'hébergement, de données permettant d'identifier l'internaute publiant des contenus. Ils font allusion à des « coordonnées fantaisistes d'identification ».

TISCALI Media se pourvoit en cassation.

Problème de droit : L'apposition de publicité sur les pages personnelles des internautes par l'hébergeur fait-elle de celui-ci un éditeur de contenu, le privant du statut juridique protecteur de l'hébergeur ?

Considérant de principe : « attendu que la société Tiscali média a offert à l'internaute de créer ses pages personnelles à partir de son site et proposé aux annonceurs de mettre en place, directement sur ces pages, des espaces publicitaires payants dont elle assurait la gestion ; que par ces seules constatations souveraines faisant ressortir que les services fournis excédaient les simples fonctions techniques de stockage »

Note :

En 2002, la société d'hébergement en ligne TISCALI Media s'est rendue responsable de contrefaçon pour la publication par un internaute, sur sa page personnelle, d'œuvres protégées sans que l'autorisation n'ait été donnée par les auteurs des bandes dessinées. L'arrêt de la cour de cassation du 14 janvier 2000 se penche sur les notions d'éditeur de contenus et d'hébergeur. Les juges de la cour suprême vont confirmer l'arrêt d'appel engageant la responsabilité de la société TISCALI pour contrefaçon de bandes dessinées.

Le raisonnement est le même pour le juge de cassation que pour les juges du second degré : la responsabilité de la société TISCALI doit être retenue au motif qu'elle n'a pas le statut juridique d'hébergeur, mais d'éditeur de contenus. Pour retenir cette qualification juridique, il est retenu que la société ne s'était pas contentée d'effectuer des prestations techniques de stockage sur le site, mais avait au contraire assuré une exploitation financière de la page par l'apposition de publicité. Cette intervention autre que technique entraînait un changement de statut juridique de la société. Les juges de cassation ont, dans cette espèce, fait application de la législation en vigueur à l'époque des faits pour répondre à la question de savoir si un hébergeur peut apposer de la publicité aux pages de ses internautes. De la qualification choisie dépend l'application éventuelle du régime de responsabilité limitée au profit de TISCALI Media.

Le juge de cassation reprend les termes de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée par la loi du 1er août 2000 pour confirmer l'arrêt d'appel, en indiquant qu'avait été faite une correcte appréciation de la qualité d'éditeur de contenus de la société TISCALI Media. En ayant édité de la publicité sur les pages qu'elle hébergeait, la plateforme avait dépassé le simple rôle de l'hébergeur qui devait s'en tenir à des prestations techniques de stockage des pages des internautes. La société ayant agi sur le contenu, elle ne peut plus bénéficier du statut protecteur d'hébergeur

mais doit être considérée comme éditeur de contenus. Notons que cette décision, bien que rendue en 2010 par la cour suprême ne se fonde pas sur la LCEN du 21 juin 2004 mais sur les dispositions antérieures à cette loi. La qualification juridique ainsi retenue n'a donc, a priori, plus de portée depuis 2004. L'arrêt du 14 janvier 2010 est donc un arrêt d'espèce sur lequel les juridictions ne peuvent plus s'appuyer actuellement. Si l'on ne peut parler d'un revirement de jurisprudence, celle dernière est toutefois désuète depuis l'entrée en vigueur de la LCEN. Par un arrêt du 13 octobre 2010 par exemple, la CA de Paris, conformément à la législation LCEN, a retenu le statut de d'intermédiaire technique pour la société DailyMotion, rejetant le statut d'éditeur, dans des faits comparables à ceux de l'espèce. Dans la décision de 2010, on observe que, si l'hébergeur pouvait fournir ses prestations à titre onéreux, le fait de commercialiser des espaces publicitaires lui faisait perdre son statut d'hébergeur. Désormais la commercialisation d'espaces publicitaires n'est plus, à elle seule, un critère de qualification éditoriale. Toutefois, si le bandeau publicitaire met en évidence un ciblage actif destiné à atteindre l'internaute, l'hébergeur devient éditeur en ce qu'il agit sur le contenu.

Cet arrêt met en évidence l'importance de la réforme ayant abouti à la LCEN de 2004 destinée à élargir le statut d'hébergeur et en renforcer la protection. Au regard du développement considérable du Web 2.0, le législateur se devait d'adapter le statut d'hébergeur aux nouvelles pratiques. La jurisprudence TISCALI marque ainsi le point final d'une législation dépassée qui ne tenait pas compte des réalités de la fonction d'hébergeur, limitant trop celle-ci.

Nathalie FOUQUE

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDIC 2010

n° 28

NOTE DE JURISPRUDENCE – INTERNET

COUR D'APPEL DE PARIS POLE 5, CHAMBRE 2, 03 SEPTEMBRE 2010, STE EBAY INC ET A. / STE DIOR COUTURE, LOUIS VUITTON ET A.

Req nos 08/12820 ; 08/12822 ; 08/12821

Mots clés : Commerce électronique – Responsabilité délictuelle – Comportement passif – Hébergeur – Courtage – Distribution sélective

Faits : La société eBay et sa filiale sont poursuivies pour la vente de contrefaçons en ligne de produits Louis Vuitton et Christian Dior, ainsi que pour la vente de parfums Dior, Guerlain, Givenchy et Kenzo en violation du réseau de distribution sélective mis en place par ces dernières.

Procédure : Par lettre du 17 juillet 2006, le groupe LVMH avait mis en demeure eBay de cesser la diffusion d'annonces portant atteinte à leurs réseaux de distribution sélective. Suite à l'échec de cette sommation, la firme numéro un mondial du luxe assigne la société eBay devant le Tribunal de commerce de Paris. Par un jugement du 30 juin 2008, le tribunal déclare que la société eBay ne peut bénéficier du régime dérogatoire de responsabilité mis en place par l'article 6.1.2 de la loi du 21 juin 2004 relative à la confiance dans l'économie numérique, car elle n'a pas la simple qualité d'hébergeur, mais exerce également une activité de courtage. En constatant que la société eBay exerce une telle activité, le tribunal impose donc à l'entreprise de courtage en ligne une obligation de surveillance relevant du régime de droit commun et l'a condamnée à 38,5 millions d'euros de dommages et intérêts. Le tribunal enjoint aussi aux sociétés eBay de cesser et interdire, sous astreinte de 50 000 euros par jour de retard, la diffusion d'annonces portant sur des produits de la marque de luxe. Le site d'enchères en ligne ne respectant pas cette injonction, le groupe LVMH obtient, lors d'un jugement du Tribunal de commerce en 2009, une nouvelle condamnation d'eBay pour la liquidation de ces astreintes. Suite au jugement du 30 juin 2008, eBay fait appel en revendiquant la qualité d'hébergeur. La société souhaite en effet que la Cour lui applique le régime de responsabilité limitée mis en place par la loi du 21 juin 2004 pour pouvoir échapper au régime de responsabilité de droit commun de courtier et à son obligation de surveillance.

Problèmes de droit : La société eBay et sa filiale peuvent-elles légalement revendiquer la qualité d'hébergeur afin de pouvoir bénéficier du régime de responsabilité limitée prévu par les articles 6.1.2 et 6.1.7 de la loi du 21 juin 2004 ? La société est-elle alors tenue à une obligation de surveillance vis-à-vis des biens et contenus qu'elle met en ligne ?

Considérant de principe :

« *Considérant qu'il suit que le rôle joué par les sociétés eBay n'est pas celui d'un prestataire dont le comportement serait purement technique, automatique et passif et qui, partant, n'aurait pas la connaissance ou le contrôle des données qu'il stocke [...]. Qu'il s'agit d'une forme de courtage qui se distingue des autres formes de courtages traditionnelles par une absence d'intervention d'un tiers lors de la conclusion de la vente mais par l'intervention active de ce tiers tout au long des opérations préparatoires à la vente [...]. La prestation de courtage fournie par les appelantes supposait qu'elles vérifient que les marchandises dont elles permettaient la vente par voie électronique et organisaient la promotion auprès d'acheteurs potentiels, n'étaient pas soumises à un régime de distribution sélective.* »

Note :

L'activité d'hébergement est visée par les articles 14 et 15 de la directive 2000/31 CE et 6.1.2 et 6.1.7 de la loi de transposition du 21 juin 2004. C'est cette même loi de 2004 qui pose le principe d'irresponsabilité pénale de l'hébergeur quant au contenu. Certaines sociétés, comme eBay en l'espèce, souhaiteraient donc pouvoir s'abriter derrière cette qualité pour échapper à l'obligation de surveillance des contenus ou biens illicites qui pourraient se trouver hébergés sur leurs sites.

La Cour d'appel de Paris confirme ici, par trois arrêts du 3 septembre 2010, le jugement rendu en première instance¹ condamnant la société eBay et sa filiale pour la vente en ligne de produits contrefaisant les marques du groupe LVMH et pour la violation du réseau de distribution sélective mis en place par le groupe.

Pour en arriver à cette solution, la Cour d'appel procède à un raisonnement en plusieurs étapes.

Dans un premier temps, elle analyse de manière détaillée la nature exacte des prestations fournies par les sociétés eBay pour pouvoir légalement qualifier leur rôle. A ce propos, les appelantes revendiquent leur qualité d'hébergeur et exposent que leur responsabilité ne peut être engagée. Elles font savoir que leur activité consiste seulement à permettre aux utilisateurs de leurs sites de mettre en ligne des annonces et qu'il n'y a ni intervention, ni contrôle de leur part dans ce processus. Les sociétés eBay se plaisent à revendiquer leur qualité de « prestataires techniques fournissant un service d'hébergement ». Les intimées, quant à elles, soutiennent que les sociétés eBay exercent une activité de courtier de sorte qu'elles ne sauraient revendiquer le bénéfice du régime de responsabilité limitée des hébergeurs. A titre d'exemple, les juges s'appuient sur les mentions présentes sur le site ebay.fr pour démontrer le rôle actif d'eBay et pour en conclure que son rôle ne se limite donc pas à celui d'un « prestataire dont le comportement serait

purement technique, automatique et passif et qui, partant, n'aurait pas la connaissance ou le contrôle des données qu'il stocke »². Pour la Cour, le rôle d'eBay consiste effectivement à la promotion active des offres pour optimiser les chances qu'elles aboutissent à des transactions sur le montant desquelles les sociétés eBay percevront une commission. La Cour précise alors que « l'activité d'eBay est une forme de courtage qui se distingue par une absence d'intervention d'un tiers lors de la conclusion de la vente mais par l'intervention active de ce tiers tout au long des opérations préparatoires à la vente ».

Les juges se prononcent ensuite sur l'obligation de surveillance découlant de cette qualification. En leur qualité de courtier, les sociétés eBay sont donc tenues à une obligation de vigilance. Les juges relèvent à cet égard que la prestation de courtage supposait qu'elles vérifient que les marchandises dont elles permettaient la vente ne relevaient pas d'un réseau de distribution sélective. Cette obligation ne pouvait être satisfaite par des mises en garde générales ou par la simple affirmation de l'existence d'un filtrage. Elles ne justifient donc pas avoir réagi promptement pour cesser la diffusion et l'organisation de ventes conséquentes.

Les juges vont tout de même nettement réduire le montant des dommages et intérêts dus par eBay en les ramenant à 5,7 millions d'euros.

Pour conclure, notons que l'apport principal de ces arrêts réside dans la confirmation de la qualification de courtier appliquée à l'activité d'eBay par les juges parisiens.

¹ T. com. Paris, 30.06.2008, JurisData n° 2008-364501.

² Formulation employée par la CJUE dans son arrêt du 23.03.2010 à propos du service Adwords de Google.

Céline Carreras

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDDIC 2010

n° 29

NOTE DE JURISPRUDENCE – TÉLÉVISION

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 16 NOVEMBRE 2010, GROUPE AB, FRANCE TÉLÉCOM C/ GROUPE CANAL PLUS**Mots clefs : Télévision Payante – Pratiques Anticoncurrentielles – Position Dominante – Exclusivités - Distribution De Programmes – Décision Individuelle Créatrice De Droits**

Faits : Le 30 août 2006, le ministre de l'économie autorise la fusion des deux acteurs majeurs de la télévision payante en France, à savoir les bouquets CanalSat (propriété de Vivendi Universal) et TPS, réunis sous le nom de Canal Plus. Cette opération de concentration fut accompagnée de plusieurs mesures d'exclusivités de distribution, au bénéfice de ce désormais unique opérateur. Elles concernent la distribution exclusive des chaînes propriétaires de Canal Plus, des chaînes liées à l'opération de concentration et des chaînes indépendantes (TF1 et M6 en particulier). Dès 2007, ces exclusivités sont dénoncées par le Groupe AB, puis par France Télécom, en ce qu'elles offriraient à Canal Plus une position dominante sur le marché de la télévision payante. Au surplus, de part leur addition, elles verrouilleraient même l'accès à ce marché.

Procédure : Le 1er août 2007, l'Autorité de la concurrence est saisie par le Groupe AB et ses filiales AB Sat, AB 1 et RTL9, concernant la mise en oeuvre de pratiques anticoncurrentielles de la part du Groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision payante. Le 8 janvier 2008, l'Autorité de la concurrence se saisie d'office de la question des pratiques du secteur, ce qui démontre l'intérêt de la question, et la joint à la première saisine du Groupe AB le 13 mars 2008. Le 5 novembre 2008, troisième saisine de la part, cette fois-ci, de France Télécom, pour les mêmes motifs, à savoir les pratiques du Groupe Canal Plus, propriété de Vivendi Universal, dans ses activités de télévision payante. Entre temps, les acteurs de la première saisine se sont désistés le 13 mai 2008, ce qui n'empêche pas l'Autorité de la concurrence de poursuivre son instruction.

Problème de droit : Outre la question de la licéité des exclusivités du groupe Canal Plus, l'Autorité de la concurrence s'efforce dans sa décision d'articuler le droit des concentrations et le droit de la concurrence, à la lumière de la situation juridique de 2006.

L'autorisation de concentration, décision individuelle du ministre de l'économie, peut-elle voir son contenu valablement remis en cause par l'Autorité de la concurrence?

Cette dernière nous donne ici une première décision de principe, davantage sur la forme de son examen que sur le fond de l'affaire. Toutefois, la première aura son incidence sur le second.

Considérant de principe : « *Il n'appartient pas à l'Autorité, du fait des droits acquis par les parties notifiantes à raison de la décision du ministre de l'économie en date du 30 août 2006 autorisant l'opération de concentration entre les sociétés TPS et Vivendi Universal, d'examiner sur le fondement des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et des stipulations de l'article 81 CE devenu 101 TFUE, les clauses de non-concurrence conclues entre les sociétés Groupe Canal Plus, TF1 et Métropole Télévision, ainsi que les clauses d'exclusivité conclues entre les sociétés Groupe Canal Plus et, respectivement, TF1, Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active portant sur la distribution des services linéaires et non linéaires de télévision payantes édités par ces sociétés. De tels droits acquis ne font pas obstacle, en revanche, à l'examen des clauses portant sur la distribution de services de télévision payante sur fibre optique et sur la distribution de services de télévision de rattrapage, de même que des clauses de premier regard figurant dans les contrats de distribution signés entre ces sociétés.* »

Note :

En mars 2006, les premiers accords de l'opération de concentration entre Canal Plus et TPS sont établis. Il s'agit des protocoles d'accord « Ceres » concernant TF1 et M6 et « Lagardère ». Ceux-ci seront autorisés par le ministre de l'économie de l'époque, Thierry Breton. Une bonne affaire pour les protagonistes de la fusion, mais qui alimenta l'inquiétude des autres opérateurs, dont le Groupe AB, premier à saisir l'Autorité de la concurrence. À la même période, les opérateurs de télécommunication proposent les premières offres *Triple-Play*, et se placent sur le secteur de la télévision payante, à l'instar d'Orange, propriété de France Télécom.

La décision du 16 novembre 2010 était donc très attendue par les acteurs du secteur. Au final, pas de condamnation générale et définitive du Groupe Canal Plus pour le moment, mais des précisions quant au champ de compétence et à l'étendu des instructions complémentaires à venir. En effet, sur le fond du dossier, l'Autorité de la concurrence estime, malgré trois années d'instructions, ne pas avoir tous les éléments nécessaires pour prononcer une décision définitive. Toutefois, elle relève l'existence d'une position dominante de Canal Plus, mais souhaite l'étudier au regard des dernières évolutions du marché.

En revanche, le gendarme de la concurrence rejette certains arguments avancés par les requérants. Ainsi, les pratiques de dénigrement et de couplage, avancées par France Télécom, sont écartées. À l'inverse, il énonce clairement sa volonté d'étudier les exclusivités se situant en dehors du champ de l'autorisation accordée par Bercy. C'est sur ce point que la décision apporte le plus de précisions. À l'époque des faits, en 2006, les compétences pour statuer des questions de concentration et de concurrence étaient séparées. D'un côté, le ministre de l'économie avait pleine compétence s'agissant

des autorisations de concentrations. De l'autre, l'Autorité de la concurrence (alors dénommée Conseil de la concurrence) avait compétence exclusive uniquement sur les questions de concurrence.

En décembre 2009, cette situation juridique est modifiée. Désormais, seule l'Autorité de la concurrence a la compétence exclusive des questions de concentrations et de concurrence. L'Autorité de la concurrence va donc mettre en oeuvre la jurisprudence administrative (CE, Ass., 26 octobre 2001, Ternon). En effet, la décision du ministre d'autoriser la concentration en août 2006 est qualifiée de « *décision individuelle créatrice de droits* ». Or, d'après la jurisprudence du Conseil d'État susvisée, on ne peut pas retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, même si elle est illégale, au-delà d'un délai de quatre mois suivant la prise de cette décision.

L'Autorité de la concurrence se plie à cette règle, édictée au nom du principe de sécurité juridique, et ne peut donc pas, en 2010, remettre en cause *a posteriori* les accords autorisés. Son examen va donc porter sur les clauses d'exclusivité et de nonconcurrence postérieures à août 2006, celles-ci sortant du champ de l'autorisation ministérielle. Il s'agit notamment des clauses extensives d'exclusivités pour la fibre optique, la télévision de rattrapage, et des clauses de premier regard. Canal Plus reste donc sous étroite surveillance. Il est d'ailleurs à noter que, dans une affaire distincte, l'Autorité de la concurrence va être amenée dans les mois à venir à vérifier si les cinquante-neuf engagements pris lors de l'autorisation de concentration sont bel et bien respectés.

Guillaume Fracque
Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDIC 2010

n° 30

NOTE DE JURISPRUDENCE – TÉLÉVISION

COUR DE CASSATION - CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIERE ET ECONOMIQUE - 13 JUILLET 2010 - SOCIETE FREE ET LA SOCIETE FRANÇAISE DE RADIOTELEPHONIE (SFR) / SOCIETE ORANGE SPORTS ET LA SOCIETE FRANCE TELECOM

N°798 (09-15.304 ; 09-66.970)

Mots clefs : Atteinte à la concurrence - liberté de choix - offre triple play - internet – exclusivité de diffusion – Orange Sport – droits exclusifs

Faits : France Télécom avait acquis les droits exclusifs de retransmission de certains matchs de football de la Ligue 1 qui en a réservé l'exclusivité de la distribution à la chaîne Orange sports. La réception de cette chaîne implique la souscription d'un abonnement à l'une des offres internet haut débit d'Orange, autrement dit, l'abonnement à la chaîne Orange foot est subordonné à la souscription d'un abonnement chez Orange.

Les sociétés Free et SFR considèrent que cette double exclusivité de diffusion et de distribution consiste en une vente conjointe interdite par l'article L.122-1 du code de la consommation et de ce fait une pratique de concurrence déloyale de la part de la société France Télécom.

Procédure : En première instance, le tribunal de commerce de Paris avait donné droit à Free et SFR qui avaient porté plainte pour «vente liée» et interdit Orange de réserver son offre concernant la chaîne Orange Sport à ses seuls abonnés *triple play*, l'opérateur avait été contraint de commercialiser Orange Sport.

La cour d'appel infirme le jugement de première instance et déboute SFR et Free de leurs demandes, donnant gain de cause à Orange, ces derniers forment alors un pourvoi en cassation qui confirme ce dernier arrêt.

Problème de droit : Le fait que l'accès à la chaîne Orange Sport soit associé exclusivement à l'offre ADSL de Orange altère-t-elle de façon significative la liberté de choix des consommateurs à l'égard des offres ADSL ? Cette exclusivité porte-t-elle une atteinte injustifiée à la concurrence de sorte à priver les autres opérateurs de marché ?

Considérant de principe : « *Mais attendu (...) que l'arrêt relève qu'il n'est pas démontré que l'offre de la société France Télécom serait trompeuse ou contraire à la diligence professionnelle et retient que cette offre laisse au consommateur toute liberté quant au choix de son opérateur ADSL (...); que la cour d'appel a (...) légalement justifié sa décision ; (...) Mais attendu (...) que, dans le cadre de la concurrence qu'ils se livrent, tous les fournisseurs d'accès à internet s'efforcent d'enrichir le contenu de leurs offres pour les rendre plus attractives par la mise en place de services innovants ou l'acquisition de droits exclusifs sur des contenus audiovisuels cinématographiques ou sportifs événementiels (...) que de ces constatations qui traduisent, de façon générale, le comportement habituel du consommateur moyen dans sa démarche d'appréciation des offres de fourniture d'accès à internet et concernent également la décision éventuelle de changer d'opérateur, la cour d'appel a pu déduire (...) que l'exclusivité d'accès à la chaîne Orange sports, dont bénéficie l'offre ADSL de la société Orange, n'était pas de nature à compromettre sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause. »*

Note :

Après avoir acquis une partie des droits de diffusion de la Ligue 1 de Football pour une somme d'environ 200 millions d'euros par an, Orange lance une nouvelle chaîne «Orange Sport». Ainsi Orange a, jusqu'en 2012 l'exclusivité de diffusion le samedi soir des matchs de Ligue 1 de Football.

Orange Sport est une chaîne à contenu exclusif tout comme Orange Cinéma. Le problème est que le lancement de cette chaîne a été perturbé par la contestation d'opérateurs concurrents que sont Free et SFR qui voient dans cette exclusivité, un système de vente liée interdit en France. L'exclusivité de la chaîne TV Orange Sport pour ses abonnés fait débat. En effet, les modalités de commercialisation de la chaîne sportive sont contestées par SFR et Free qui ont engagés une bataille juridique de deux ans environ afin de faire cesser la subordination de la chaîne Sport aux clients de l'offre *triple play* d'Orange.

Ce qui signifie concrètement que pour accéder à la chaîne de sport proposée par Orange à 6€/mois, le client devait d'abord souscrire à une offre *triple play* qui comprend l'accès Internet, la téléphonie et la télévision à 39,90€/mois. En l'espèce, avec cet arrêt de la Cour de cassation, SFR et Free ont définitivement perdu la partie, la Cour a confirmé que la commercialisation de la chaîne Sport liée à la souscription de ses forfaits ADSL *triple play* était parfaitement légale. Free et SFR, tous les deux concurrents d'Orange souhaitaient eux aussi pouvoir proposer à leurs abonnés les contenus exclusifs diffusés sur la chaîne sportive.

En première instance, le tribunal de commerce avait ainsi obligé Orange à proposer sa chaîne Orange Sport à ses deux concurrents considérant que, le cas contraire relèverait de la vente liée interdite en France. Or la cour d'appel suivie de la Cour de cassation est venue très vite renverser ce jugement, SFR et Free ne pourront pas de ce fait diffuser cette chaîne sur leurs bouquets.

La Cour de cassation met ainsi fin à ce feuilleton juridique en reprenant les arguments de la cour d'appel selon laquelle Orange «*laisse au consommateur toute liberté quant au choix de son opérateur ADSL et traduit la capacité des offreurs de se différencier de leurs concurrents*».

La Cour, à travers cette décision a considéré que le procédé d'exclusivité a pour objet d'animer la concurrence et qu'il permet à Orange de se dégager de la concurrence sans pour autant tromper le jugement des consommateurs en proposant des programmes audiovisuels exclusifs. Cela permet à Orange de gagner en attractivité auprès des consommateurs et de ce fait lui permettre d'accroître son nombre d'abonnés. L'Autorité de la concurrence s'était également emparée de cette affaire en juillet 2009 et avait estimé «*contestable*» cette double exclusivité de contenus et d'accès revendiquée par Orange. Selon elle, ce genre de situation devait rester «*exceptionnelle*» car elle estimait que ce procédé était nocif pour la concurrence et cloisonnait le marché audiovisuel. A cet égard la chaîne avait été suspendue sous peine d'astreinte en application de la décision du Tribunal de commerce, mais la cour d'appel est venue infirmer cette décision quelques jours plus tard. D'un point de vue juridique, cet arrêt confirme la légalité des exclusivités et pourrait provoquer des problèmes à l'avenir concernant l'attribution de contenus exclusifs.

Cette décision va à l'encontre de l'affaire de l'exclusivité détenue par Orange concernant la vente de l'iPhone. Après un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris l'opérateur avait perdu le monopole qu'il détenait sur la commercialisation du téléphone. Cette décision fût favorable à Bouygues Télécom et SFR étant autorisés désormais à distribuer ce téléphone.

Chanèle LECLAIR

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDIC 2010

n° 31

NOTE DE JURISPRUDENCE – RADIO

CONSEIL D'ETAT – DÉCISION DU 22 OCTOBRE 2010, SOCIÉTÉ VORTEX / CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL
n°324614

Mots clefs : Liberté de communication – radiodiffusion – Conseil Supérieur de l'Audiovisuel – protection de l'enfance et de l'adolescence – recours pour excès de pouvoir – proportionnalité des peines – récidive

Faits : Lors de l'émission « radio libre » de *Skyrock*, radio appartenant à la société VORTEX, les animateurs ont laissé poursuivre une discussion sur la fellation pendant une vingtaine de minutes le 13 septembre 2007 entre 21h et 22h30.

Procédure : Par décision du 22 juillet 2008, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a infligé à la société VORTEX une sanction pécuniaire s'élevant à 200 000 euros. Après rejet de son recours gracieux par cette autorité en décembre 2008, la société VORTEX a porté l'affaire devant le Conseil d'État, lui demandant ainsi d'annuler la décision du CSA pour excès de pouvoir.

Problème de droit : La protection de l'enfance et de l'adolescence justifie-t-elle une telle limitation de la liberté de communication par le CSA ?

Considérant de principe : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que les propos tenus à l'antenne de Skyrock lors de l'émission Radio Libre le 13 septembre 2007 entre 21 heures et 22 heures 30, décrivaient de façon crue, détaillée et banalisée des pratiques sexuelles ; qu'ils étaient susceptibles de heurter la sensibilité des auditeurs de moins de seize ans et entraient donc dans le champ d'application de la recommandation du 10 février 2004 ; que le Conseil supérieur de l'audiovisuel a pu légalement sanctionner la SOCIETE VORTEX pour avoir, de nouveau, diffusé des propos de cette nature ; qu'eu égard à la gravité du manquement et au caractère répété des agissements de la SOCIETE VORTEX contraires à ses obligations, la sanction prononcée n'est pas excessive* ».

Note :

La loi du 30 septembre 1986 consacre la liberté de communication. Donc, en principe, l'activité radiophonique est libre. Cependant, comme toute liberté, elle est limitée. Elle doit en effet être conciliée avec d'autres objectifs prévus dans la loi tel que la protection de l'enfance et de l'adolescence. C'est dans ce but que le CSA a sanctionné la société VORTEX pour des propos tenus sur l'antenne de *Skyrock*.

En l'espèce, la radio *Skyrock* a laissé poursuivre une discussion sur la fellation pendant une vingtaine de minutes entre 21h et 22h30. Or, par une délibération du 10 février 2010, le CSA a recommandé aux éditeurs de services radiophoniques de s'abstenir de diffuser entre 6 heures et 22 heures 30 des programmes susceptibles de heurter la sensibilité des auditeurs de moins de seize ans. Cette délibération a été prise en application de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Cette loi prévoit que le CSA « veille à la qualité (...) des programmes (...) » et peut ainsi adresser des recommandations aux éditeurs de ces programmes. Elle prévoit également que le CSA « veille à la protection de l'enfance et de l'adolescence (...) dans les programmes (...) » et « à ce que les programmes susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs ne soient pas mis à disposition du public par un service de radiodiffusion sonore et de télévision (...) ». Par application de cette recommandation le CSA a donc sanctionné la société VORTEX d'une amende de 200 000 euros.

Après refus de son recours gracieux devant le CSA, la société a saisi le Conseil d'Etat d'un recours pour excès de pouvoir. Ce dernier rejette sa demande considérant que les propos « décrivaient de façon crue, détaillée et banalisée des pratiques sexuelles ; qu'ils étaient susceptibles de heurter la sensibilité des auditeurs de moins de seize ans ». Ainsi, le Conseil d'Etat considère que l'amende du CSA est fondée.

Dans cette solution, le Conseil d'Etat se trouve confronté à deux principes : d'une part la liberté d'expression dont découle la liberté de communication et d'autre part le principe de protection de l'enfance et de l'adolescence. La liberté de communication trouve sa source dans l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789. Or, dans une décision du 16 juillet 1971, le Conseil Constitutionnel consacre la valeur constitutionnelle du préambule de la constitution de 1956 dans lequel figure la Déclaration. Ainsi, il élève le principe de liberté de communication au rang de principe à valeur constitutionnelle. La liberté de communication audiovisuelle en particulier n'est proclamée que plus tard dans la loi du 30 septembre 1986 (article 1er). D'autre part, la protection de l'enfance et de l'adolescence est consacrée par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989. De plus la directive Télévision Sans Frontières du 3 octobre 1989 consacre le principe de protection des mineurs dans les médias. Le CSA a donc pour mission de concilier deux principes opposés. Cependant on se trouve en présence d'un principe de valeur constitutionnelle qu'on ne peut donc pas excessivement limiter. C'est pourquoi la loi du 30 septembre 1986 encadre les possibilités de restrictions en vue de le concilier avec d'autres principes tels que le pluralisme ou la protection de l'enfance. Ce pouvoir est confié au CSA qui, en l'espèce, ne fait donc qu'appliquer la loi et joue son rôle de médiateur entre ces deux principes en s'efforçant de les concilier au mieux.

On peut cependant reprocher au Conseil d'Etat de confirmer le montant exorbitant de l'amende infligée à la société par le CSA. En effet, à l'ère de l'internet, il apparaît très sévère de sanctionner de la sorte une radio alors que l'accès à la pornographie et à la sexualité n'a jamais été aussi simple peu importe l'âge et encore moins l'heure.

Morgane Landras

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDIC 2010

n° 32

NOTE DE JURISPRUDENCE – PRESSE

COUR D'APPEL DE PARIS, POLE 5, CHAMBRE 7, 17 JUIN 2010, SAS AUJOURD'HUI SPORT ET AUTRES / M. LE PRESIDENT DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE**Mots clefs : Presse - secret des sources – concurrence**

Faits : Le groupe de presse Amaury, détenteur du journal *L'Equipe*, a lancé son quotidien sportif « low-cost » *Aujourd'hui Sport* au moment même où son concurrent, *Le journal du Sport*, lance *Le 10 Sport* sur le même format.

Procédure : Le journal *Le 10 Sport* saisit l'Autorité de la concurrence pour pratiques anticoncurrentielles sur le marché de la presse quotidienne. Il estime que le groupe Amaury a commis un abus de position dominante au vu de sa situation dite monopolistique avec *L'Equipe*, en utilisant les moyens commerciaux, techniques et humains de son groupe pour lancer un nouveau quotidien. L'Autorité de la concurrence ouvre l'enquête et demande au juge des libertés et de la détention au tribunal de grande instance de Bobigny l'autorisation de pratiquer des opérations de visites et de saisies dans les locaux des sociétés du groupe.

Le juge autorise ces opérations par une ordonnance du 12 mai 2009. Les locaux des sociétés *Aujourd'hui Sport*, *Le Parisien Libéré*, *Les Editions P. Amaury*, *Amaury Medias* et *L'Equipe* sont donc visités par les enquêteurs de l'Autorité de la concurrence le 19 mai 2009.

Les sociétés Amaury ont alors interjeté appel de l'ordonnance du 12 mai 2009, auprès de la Cour d'appel de Paris.

L'Autorité de la concurrence a porté atteinte au principe du secret des sources des journalistes pour prouver un abus de position dominante sur le marché de la presse sportive, en procédant à des opérations de visites et de saisies au sein des locaux d'un groupe de presse.

Problème de droit : La recherche de preuves de pratiques anti-concurrentielles justifie-t-elle la violation du secret des sources ?

Considérant de principe : « *Que du tout, il résulte que l'Autorité de la concurrence ne disposait pas d'un faisceau de présomptions suffisant pour solliciter une visite dans les locaux de presse aux fins d'établir la preuve d'un comportement anticoncurrentiel relevant de sa compétence et constituant un impératif prépondérant d'intérêt public ; que fondée en première part sur ce faisceau prétendu, la mesure autorisée par le juge n'apparaît pas proportionnée à l'atteinte envisagée aux libertés.* »

Note :

Comme l'exige la Cour européenne des droits de l'homme, en se fondant sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le juge de la Cour d'appel de Paris a opéré une « *balance des intérêts* » pour justifier la mesure prise par le juge des libertés et de la détention. Il a ainsi évalué la proportionnalité de la mesure de perquisitions à l'atteinte portée au secret des sources des journalistes du groupe de presse.

La cour d'appel reprend d'ailleurs les principes de l'arrêt Goodwin (CEDH, 27 mars 1996, Goodwin c/ Royaume-Uni, point 45) qui rappelle que, dans un Etat de droit la balance des intérêts en présence doit pencher en faveur de la défense de la liberté de la presse. Par cette référence, la cour précise que le juge doit faire preuve « *de la plus grande circonspection* » lorsqu'il doit décider de l'autorisation d'opérations de visite et de saisie dans une entreprise de presse.

Le juge de la cour d'appel s'est ensuite fondé sur l'article L.450-4 du Code de commerce disposant que le juge est tenu de vérifier si la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée. Il doit donc vérifier que tous les éléments d'information sont en possession du demandeur pour justifier la visite et surtout, qu'il existe bien des présomptions d'abus de position dominante. La présence de ces présomptions doit être mise en balance avec l'atteinte portée aux libertés individuelles que constituent la visite et la saisie des locaux de presse.

L'ordonnance dont il est question a été rendue avant l'entrée en vigueur de la loi n°2010-1 du 4 janvier 2010, mais la cour d'appel y fait tout de même référence en précisant qu'il « *ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie* ». Les mesures doivent être strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi. La cour d'appel suit le

raisonnement de l'article et recherche ainsi la nécessité des opérations de saisies et de visites de locaux des journalistes et leur proportionnalité avec l'établissement de la situation dominante de *L'Equipe* sur le marché. Après avoir établi que la visite des locaux de presse n'était pas nécessaire à l'avancement de l'enquête de concurrence, la cour a apprécié isolément, puis par faisceau les présomptions de pratiques anticoncurrentielles qui pesaient sur le groupe Amaury.

En l'espèce, le juge rappelle que la recherche de preuves de pratiques anticoncurrentielles, indépendamment de leur qualification pénale, ne peut justifier les visites et saisies dans des locaux de presse, qu'en présence d'indices particulièrement troublants de ces pratiques. Ainsi, l'atteinte au secret des sources est tellement grave, que de simples présomptions ne suffisent pas ; une motivation spéciale est nécessaire. Une telle affirmation du principe du secret des sources a lieu devant l'Autorité de la concurrence, mais peut avoir des extensions pour les autres autorités administratives indépendantes.

Cette décision est la première référence à la loi du 4 janvier 2010 et vise davantage la protection « indirecte » du secret des sources des journalistes qui fait obstacle aux perquisitions des locaux de presse. Cette décision est en conformité avec la position de la Cour de Strasbourg et le nouvel article 2 de la loi du 29 juillet 1881, contrairement à des décisions précédentes (Cass. crim. 30 octobre 2006). Elle semble constituer le début d'une nouvelle ère pour la protection des sources des journalistes.

La décision a fait l'objet d'un pourvoi. C'est donc à la Cour de cassation d'en décider.

Amandine Yvon

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDIC 2010

n° 33

NOTE DE JURISPRUDENCE – PRESSE

**COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME – GRANDE CHAMBRE, 14 SEPTEMBRE 2010
SANOMA UITGEVERS B. V. C / PAYS-BAS**

N° 38224/03

Mots clefs : Secret des sources - liberté d'expression - garanties procédurales - saisies - exigence d'indépendance - impartialité

Faits : Des journalistes invoquent une violation à la liberté d'expression du fait d'avoir été contraints de livrer à la police des informations provenant de sources confidentielles.

Procédure : L'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) conclut le 31 mars 2009, en formation de chambre, à la non-violation de l'article 10 de la Convention. Saisie en appel de cette décision, la Grande chambre doit se prononcer à son tour sur la conformité de la loi néerlandaise à ce texte.

Problème de droit : La loi néerlandaise offre-t-elle suffisamment de garantie procédurales de nature à protéger le secret des sources des journalistes ?

Considérant de principe : « *Eu égard à la nécessité d'un contrôle de nature préventive, le juge ou autre organe indépendant et impartial doit donc être en mesure d'effectuer avant toute divulgation cette mise en balance des risques potentiels et des intérêts respectifs relativement aux éléments dont la divulgation est demandée, de sorte que les arguments des autorités désireuses d'obtenir la divulgation puissent être correctement appréciés. La décision à prendre doit être régie par des critères clairs, notamment quant au point de savoir si une mesure moins intrusive peut suffire pour servir les intérêts publics prépondérants ayant été établis. Le juge ou autre organe compétent doit avoir la faculté de refuser de délivrer une injonction de divulgation ou d'émettre une injonction de portée plus limitée ou plus encadrée, de manière à ce que les sources concernées puissent échapper à la divulgation de leur identité, qu'elles soient ou non spécifiquement nommées dans les éléments dont la remise est demandée, au motif que la communication de pareils éléments créerait un risque sérieux de compromettre l'identité de sources de journalistes [..].*

En cas d'urgence, une procédure doit pouvoir être suivie qui permette d'identifier et d'isoler, avant qu'elles ne soient exploitées par les autorités, les informations susceptibles de permettre l'identification des sources de celles qui n'emportent pas semblable risque.»

Note :

La liberté d'expression des journalistes, et sa déclinaison, le secret des sources ont toujours fait l'objet d'une protection particulière dans la jurisprudence de la CEDH.

Cette protection est inscrite à l'article 10 de la Convention lequel pose pour les journalistes un droit de « *recevoir ou de communiquer des informations sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques.* »

En l'espèce, une société néerlandaise éditrice de magazines avait à l'occasion d'une course de voiture illégale réalisé des photographies pour illustrer un article consacré à ces courses clandestines. Les journalistes s'étaient personnellement engagés à flouter les images auprès des participants afin de ne pas révéler leur identité. Les services de police, qui enquêtaient sur une autre infraction, ont ordonné à la société éditrice de leur remettre le CD Rom contenant les clichés afin de faciliter leur enquête. La société de presse a refusé de transmettre les photos litigieuses. Conformément à la législation néerlandaise, le procureur délivra alors une injonction à ladite société lui ordonnant de remettre les clichés. Le juge d'instruction, devant l'opposition récurrente des journalistes, réaffirma à son tour que les nécessités de l'enquête primaient sur les droits des journalistes de la société éditrice. Cette dernière restitua finalement les clichés, et saisit la CEDH invoquant une ingérence dans le droit à la liberté d'expression.

L'arrêt de chambre du 31 mars 2009¹ avait refusé de conclure à une violation de la liberté d'expression. Les juges avaient mis en balance la protection des sources avec la lutte contre les crimes, et avaient conclu à une faible majorité qu'en l'espèce le poids du second l'emportait.

La formation solennelle de la Grande Chambre a donc été saisie sur renvoi de ce premier jugement. Cette dernière renverse la solution antérieure, et conclut à l'unanimité à la violation de la liberté d'expression.

Elle fait ainsi droit aux prétentions de la société requérante, éditrice du magazine, qui alléguait d'une violation de la liberté d'expression du fait « *d'avoir été contrainte de livrer à la police des*

informations propres à permettre l'identification de ses sources journalistiques » (§ 49).

En effet, selon la Cour, il n'existait pas de procédure aux garanties légales adéquates qui permettait à la société d'obtenir une appréciation indépendante et objective pour savoir si l'enquête pénale en cours devait l'emporter sur la protection des sources des journalistes.

Le contrôle de l'impératif d'intérêt public doit se faire par un organe impartial rappelle la Cour, et ce, avant que les éléments obtenus ne soient consultés ni exploités. Or, la loi néerlandaise confie ce rôle au procureur, qui représente " *une partie*" et qui n'est donc ni objectif ni indépendant. La Grande Chambre va même plus loin, elle estime que l'intervention du juge d'instruction ne constitue pas une garantie suffisante, ce dernier n'a eu qu'un rôle consultatif.

La Cour estime, par ailleurs, qu'une injonction de divulgation des sources peut avoir un impact préjudiciable sur les sources elles-mêmes, mais également sur la publication dont la réputation peut être affectée pour avoir révélé des informations confidentielles.

Ainsi, la Grande Chambre conclut à la violation de l'article 10 de la Convention car l'ingérence incriminée n'était pas " *prévues par la loi.*"

Il s'agit ici d'une réaffirmation de l'importance du droit à la protection des sources par la Cour. Cet arrêt fixe désormais des exigences procédurales précises et assez strictes dans ce domaine.

Ainsi, la France, bien qu'elle ait modifié sa législation sur la protection des sources, n'est pas à l'abri d'une condamnation par la CEDH, si un litige venait à se présenter. En effet, il n'est pas certain que la seule présence d'un magistrat lors de la procédure de perquisition soit désormais une garantie suffisante pour la CEDH, en la matière.

¹ CEDH, 3e Sect. 31 mars 2009, *Sanoma Uitgevers B. V. c. Pays-Bas* Req. n° 38224/03

Lucile Mahé des Portes

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDIC 2010

n° 34

NOTE DE JURISPRUDENCE – TÉLÉCOMMUNICATIONS

COUR DE CASSATION - 1^{ÈRE} CHAMBRE CIVILE, 30 SEPTEMBRE 2010, M. X C/ MME Y

n° de pourvoi : 09-68555

Mots clefs : Preuve - Acte juridique - Message électronique - Signature électronique - Internet – Télécommunications

Faits : M. X, possédant un local à usage d'habitation, le loue à Mme Y. Par la suite, un litige naît entre les deux parties à propos de la date d'échéance du préavis de départ de cette dernière. Mme Y informe son bailleur de son intention de quitter les lieux par lettre recommandée le 23 août 2006. Malheureusement, elle en perd l'accusé de réception. Ainsi, selon M. X, doit être pris en compte le 10 septembre 2006, jour où il reçoit un second courrier recommandé de sa locataire. À l'inverse, cette dernière estime que cette date ne peut qu'être le 29 août 2006 puisque - par un message transmis par voie électronique (un e-mail) le 13 octobre suivant - M. X semble accepter explicitement d'initier le préavis à ce temps.

Procédure : Confirmant le jugement de première instance, la Cour d'appel de Dijon donne gain de cause à Mme Y par un arrêt du 2 décembre 2008. Elle retient que l'écrit par elle produit - combiné à l'absence de preuve contraire de la part de M. X qui en nie seulement la paternité - fait foi. Partant, le bailleur se pourvoit en cassation.

Problème de droit : Quant à cet acte juridique, il s'agit pour la Cour de cassation de déterminer si l'e-mail produit par Mme Y est susceptible de revêtir une parfaite valeur probante - faisant supporter la charge de la preuve sur M. X - et, si oui, dans quelles conditions ; ou s'il ne constitue qu'un commencement de preuve par écrit ne liant en rien les juges.

Considérant de principe : « *En statuant ainsi, sans vérifier, comme elle y était tenue dès lors que M. X déniait être l'auteur des messages produits par Mme Y, si les conditions mises par les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil à la validité de l'écrit ou de la signature électroniques étaient satisfaites, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées* ».

Note :

La loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 - prolongeant la volonté de la Commission européenne - eut pour noble ambition d'adapter le droit de la preuve français aux nouvelles technologies de l'information et de la communication. Ainsi, le législateur œuvra à cette tâche fort périlleuse - au creux d'une conjoncture juridique que le XXI^e siècle pousse vers l'archaïsme - qu'est adapter le droit positif à la plus grande révolution technique de la récente Histoire de l'humanité : soit Internet.

Secondée par son décret d'application du 30 mars 2001, la loi permit au message électronique d'acquiescer - à travers l'article 1316-3 du Code civil - la force probante de l'acte sous seing privé, donc de rejoindre l'écrit manuscrit au niveau médian de la hiérarchie des preuves. Seulement, l'article 1316-4 suivant pose une condition *sine qua non* à l'admissibilité d'une missive électronique qui paraît diminuer fortement la possibilité d'y recourir : elle doit être authentifiée au moyen d'un procédé de signature certifié par un opérateur agréé.

Plus de 99% des e-mails aujourd'hui envoyés le sont sans que cette précaution puisse être prise. Partant, il devient légitime de s'interroger quant à la situation juridique de ces nombreux messages électroniques nus de toute garantie autre que la confiance, et notamment de se demander s'ils sont ou non susceptibles de témoigner des obligations découlant d'un acte juridique.

La Cour de cassation, par un arrêt du 30 septembre 2010, précise sa jurisprudence ; ou plutôt elle la modifie radicalement. En effet, à l'occasion d'un précédent datant du 27 juin 2006, les juges du droit avaient affirmé qu'en cas de contestation par une partie de la paternité d'un message électronique, il revenait à celle-ci d'apporter quelque élément capable d'étayer sa thèse, ce qui se révèle en faits fort délicat.

Aujourd'hui, ils changent leur fusil d'épaule et cassent un arrêt d'appel pour violation de la loi, retenant une solution tout à fait antinomique de celle exposée en 2006 : la simple contestation de la paternité d'un message électronique suffit à

enjoindre les juges de vérifier que les conditions de fiabilité et d'intégrité établies par le Code civil sont en l'espèce vérifiées.

Il s'agit donc tout à la fois d'un arrêt de principe et d'un revirement patent de jurisprudence.

En réalité, la Cour ne fait qu'une application stricte de l'article 287 du Code de procédure civile (CPC), lequel oblige les juges à de telles investigations. Cependant, à l'aune d'une lecture exégétique de la loi de 2000, on peut demeurer dubitatif devant cette solution. Alors que le législateur souhaitait ouvrir la porte du *corpus* juridique français aux nouvelles technologies, la Cour de cassation la referme fermement puisque l'utilisation de modes de signature électronique certifiés demeure, dans la pratique, marginale.

Les messages électroniques - sauf quelques rares exceptions - ne sauraient dépasser le bas niveau du commencement de preuve par écrit. Est consacrée une situation de fait contraire à la loi puisque irrespectueuse de l'article 1316-3 du Code civil. Toutefois, la pierre n'a pas à être jetée aux juges. Ce texte et l'article 287 du CPC se contredisent plus qu'ils ne se complètent puisque le premier arbore une vision libérale quand le second privilégie sûreté et pragmatisme.

Or sans doute cette position de la Cour s'explique-t-elle justement par la volonté de préserver la notion cardinale de sécurité, celle-ci étant depuis toujours l'essence du moteur contractuel et la boussole de la justice. Mais cette primauté du matériel ne vient pas tant de ses qualités intrinsèques que d'un long processus socio-historique. Ainsi, pour ne pas nuire à des principes inamovibles tels que la sécurité juridique ou l'intelligibilité du droit, la prise de pouvoir des preuves immatérielles ne pourra se faire qu'au rythme de l'évolution des mœurs.

Boris BARRAUD

Master 2, Droit des Médias et des Télécommunications
UPCAM - IREDIC 2010

n° 35

NOTE DE JURISPRUDENCE – DROIT D'AUTEUR

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE NANTERRE – JUGEMENT DU 25 MARS 2010, ORDINATEUR EXPRESS / CBS INTERACTIVE**Mots clefs : Logiciel – Téléchargement – Lien hypertexte profond – Site Internet – Absence de mise à disposition – Contrefaçon**

Faits : La société Ordinateur Express est la conceptrice d'un logiciel d'apprentissage de la dactylographie. Elle constate que l'éditeur d'un autre site Internet, appartenant à la société CBS Interactive, proposait le téléchargement de son propre logiciel. En effet, la société CBS Interactive proposait aux internautes directement sur son site une offre de téléchargement de ce logiciel par le biais d'un lien hypertexte. En cliquant sur le lien hypertexte, l'internaute se voyait redirigé vers la page « téléchargement » du logiciel sans passer par la page d'accueil du site Internet de la société Ordinateur Express. Cette mise en ligne ayant été faite sans l'obtention de son autorisation préalable, la société Ordinateur Express décide d'ester en justice. Une procédure judiciaire est alors engagée à l'encontre de l'éditeur du site Internet.

Procédure : La société Ordinateur Express assigne la société Cnet Networks France SAS, qui deviendra à la suite d'un rachat la société CBS interactive, en contrefaçon ainsi qu'en concurrence déloyale auprès du Tribunal de Grande Instance de Nanterre. Elle entend obtenir indemnisation du préjudice subi. En sus, elle souhaite obtenir l'interdiction de toute utilisation qui pourrait être faite de son logiciel sans son autorisation expresse. Le TGI déboute la société Ordinateur Express de l'ensemble de ses demandes, et la condamne aux frais de contentieux engagés par la société CBS interactive (sur le fondement de l'article 700 NCPC) ainsi qu'aux dépens.

Problème de droit : Le fait de publier un lien hypertexte profond, pointant vers le site d'un éditeur de logiciel, qui offre un téléchargement sans avoir requis l'autorisation préalable du concepteur dudit logiciel est-il constitutif d'une mise à disposition ?

Considérant de principe : « [...] les défenderesses n'hébergeaient ni ne stockaient sur leur site le logiciel : [...] un lien hypertexte [...] permettait de télécharger le logiciel depuis le site éditeur. Il n'y a donc pas à ce titre un quelconque acte de contrefaçon par mise sur le marché, à titre onéreux ou gratuit, du logiciel, au sens de l'article L. 122-6-3° du Code de la propriété intellectuelle. [...] il importe peu que le lien ne dirige pas l'internaute vers la page d'accueil du site de l'éditeur ou que l'information à ce titre n'ait pas été complète : une information n'équivalant nullement à une mise à disposition. [...] il n'existe aucune obligation légale de ne proposer que des liens hypertextes dirigeant l'internaute vers la page d'accueil. L'article 1er de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique dispose que " la communication au public par voie électronique est libre", sans que, s'agissant de sites d'information, l'existence d'un lien, à titre informatif, soit soumis à une autorisation préalable. »

Note :

Les liens hypertextes profonds correspondent aux liens tissés vers les pages secondaires, autrement dit internes, d'un site tiers. Inhérents à la « Toile », ils constituent en quelque sorte les fils de celle-ci, donnant à l'internet toute son originalité et sa richesse par rapport aux autres systèmes d'informations. Pour l'heure, malgré leur éminence, aucun régime juridique spécifique n'est prévu par la loi. Par ce présent jugement du TGI, les juges du fond viennent préciser le statut juridique des liens hypertextes profonds. Le tribunal s'attache au préalable aux questions de procédure, prononçant la nullité de la saisie contrefaçon au motif que celle-ci aurait été réalisée hors délai. En outre, si le tribunal traite également de la question de la concurrence déloyale, seul l'aspect de la contrefaçon mérite discussion ici. En l'espèce, le demandeur - la société Ordinateur Express - soulève son absence d'autorisation donnée à l'insertion d'un lien hypertexte qui offrait directement le téléchargement d'un logiciel sans passer par la page d'accueil de ladite société. Les juges résolvent le litige en déboutant les demandes successives, considérant que le simple fait de proposer un lien profond vers le site de l'éditeur d'un logiciel pour le télécharger n'équivaut pas à une mise à disposition du programme. En outre, la qualification juridique de mise à disposition d'un contenu en ligne n'étant pas admise, l'autorisation de la société éditrice du logiciel n'est pas nécessaire.

Si l'hyperlien était considéré comme mettant en oeuvre un ou plusieurs aspects des droits de la propriété intellectuelle, le droit en vigueur relatif à la matière imposerait au lieu de requérir une obligation de demander préalablement à l'établissement de tout lien hypertexte vers une oeuvre, une autorisation au propriétaire de la ressource vers laquelle il entend pointer. Etant précisé que cette autorisation doit être expresse, donc constatée par un écrit. Pour autant, ce n'est pas ce que les juges ont admis. Pour fonder cette solution, les juges précisent qu'en l'espèce, la société CBS interactive n'hébergeait pas et ne

stockait pas sur son site le logiciel. C'était les serveurs de la société Ordinateur Express eux-mêmes qui assuraient ce stockage et la mise à disposition au public de ce logiciel. Le lien hypertexte permettait le téléchargement depuis le site éditeur. Ajouté au fait que le nom de l'auteur était clairement mentionné, la contrefaçon est rejetée. Les juges affirment implicitement à travers ce jugement la légalité du lien hypertexte profond. Si cette qualification était retenue, elle obligerait le site proposant ce lien l'obtention préalable d'une autorisation. Mais les juges énoncent l'art. 1er de la LCEN qui dispose que « *la communication au public [...] est libre* » pour relever qu'il n'existe aucune obligation légale de ne proposer que des liens hypertextes dirigeant l'internaute vers la page d'accueil, ce qui constituerait une grave entrave à la liberté de communication. L'établissement d'un lien est donc libre. Toutefois, une liberté ne peut être absolue. A cet égard, il convient donc d'adopter un juste équilibre entre contraintes et liberté.

De cette façon, et en s'appuyant en outre sur les règles de la Nétiquette, la principale recommandation afin d'éviter tout contentieux serait d'obtenir l'autorisation du site ciblé pour l'utilisation de liens profonds. On pourrait se demander à juste titre, si l'accord préalable suite à l'inclusion par hyperlien d'un téléchargement de logiciel protégé par la propriété intellectuelle n'était-il pas nécessaire en l'espèce ? Avec certitude, ce n'est pas la vision retenue par les juges. Cette décision est néanmoins en parfaite adéquation avec la recommandation du Forum de l'Internet de 2003 qui posait le principe de la liberté de lier, consubstantiel au fonctionnement d'Internet. On attend désormais confirmation des juridictions supérieures pour donner une assise à ce jugement.

Stéphanie CHROSTEK

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
UPCAM-IREDEC 2010

ETUDE – TÉLÉCOMMUNICATIONS

Sous la direction de Frédéric Laurie
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille

LA VALEUR PROBANTE DES ÉCRITS ÉLECTRONIQUES

Par Boris Barraud

Actor incumbit probatio.

Selon ce vieil adage latin - classique du droit s'il en est - c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de la prouver. Et réciproquement, c'est à celui qui se prétend libéré de justifier l'extinction de son obligation.

Ainsi évoquée, la question de la charge de la preuve paraît simpliste et semble relever d'une logique implacable. Mais - couplée à la problématique de l'admissibilité des pièces et placée au sein de la société de l'information - elle révèle une toute autre nature : délicate, incertaine et obligeant législateur et juge à œuvrer de concert à l'obtention d'un système juste et équitable pour les parties.

Nombreuses sont les infrastructures essentielles des systèmes juridiques - contrat, propriété intellectuelle, procédure - à être affectées par la reproductibilité et la rapidité de l'information numérique circulant sur les réseaux interconnectés qui maillent le village global. Le droit de la preuve, en particulier, n'échappe guère à cette évolution et est plus ou moins contraint à changer ses modèles, sous le joug de ces nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) qui ont fait la révolution et pris le pouvoir tandis que le millénaire poussait son dernier souffle.

Ayant fait le constat de ce bouleversement technique, le Gouvernement français commanda en 1997, au Conseil d'État, une étude devant permettre d'identifier les moyens s'offrant à l'État afin de réguler efficacement cette donne nouvelle et permettre une transition la plus douce possible. Le rapport rendu l'année suivante¹ se voulut rassurant en plaçant le droit dans une position « privilégiée de la construction de ce nouvel espace ».

Il précisait entre autres que « les questions juridiques suscitées par le développement d'Internet et des réseaux numériques ne sont pas de nature à remettre en cause les fondements mêmes de notre droit », mais qu'au contraire « elles confirment la pertinence de la plupart des concepts généraux,

¹ CE, « Internet et les réseaux numériques », Doc. fr., Paris, 1998.

parfaitement transposables à ce nouvel environnement, même si certaines adaptations sont nécessaires ».

L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 30 septembre 2010 - qu'il s'agit ici de commenter - concerne cette « adaptation » au cas particulier de la preuve des actes juridiques, territoire sur lequel règne le principe de pré constitution de la preuve par la rédaction d'un écrit signé. Seulement, cela n'est valable que lorsque la prétention porte sur une somme supérieure à 1 500 euros et, en dessous de ce seuil - c'est le cas en l'espèce -, la preuve peut être apportée par tous moyens, ce qui évite aux juges de recourir à l'aveu ou au témoignage.

La première réforme contemporaine du droit de la preuve français intervint en 1980². À cette occasion, fut reconnue la valeur probante de l'écrit transmis à distance par télécopie ou reproduit par photocopie. Depuis, les articles 1341 et suivants du Code civil - qui traitent des preuves littérales - « reçoivent exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable ».

Quelques années plus tard, en 1996, les travaux de la Commission de Nations unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) attirèrent l'attention des États sur le besoin d'adapter les règles juridiques à l'évolution des technologies³. La Commission européenne et la France ne furent pas les dernières à considérer avec sérieux cette résolution.

Simultanément, les tribunaux nationaux s'accommodaient en apparence plutôt sans difficulté de ces chicanes et admettaient ainsi qu'il puisse être attaché à ces nouvelles formes de

² 2 V. VION (M.), *Les modifications apportées au droit de la preuve par la loi du 12 juillet 1980*, Desfrenois, Paris, 1980.

³ « Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et le guide pour son incorporation », 16 déc. 1996, Nations unies, New York, 1997 : A/RES/51/162, spéc. art. 7.

communication électronique une valeur probante⁴. Mais encore fallait-il que les textes gravent dans le marbre cette légitimité des preuves immatérielles pour qu'elle acquiert définitivement ses lettres de noblesse au sein du *corpus* juridique français.

Comme souvent à l'heure de l'Union européenne, c'est sous l'impulsion de la Commission bruxelloise que cela se produisit. À travers la directive communautaire « commerce électronique » du 8 juin 2000 qui prescrit la dématérialisation des contrats électroniques⁵ et, surtout, grâce à la directive « sur le cadre communautaire pour les signatures électroniques » du 13 décembre 1999⁶, les États membres se retrouvèrent enjoins d'adapter leurs législations nationales dans un espace temporel relativement restreint. Contrairement à sa consœur, la directive de 1999 se concentre davantage sur la notion de signature que de message ou communication électronique. Or l'on verra qu'en effet - tout autant que sur support papier - la signature s'avère être la condition *sine qua non* de validité d'un document (v. *infra*).

Y sont distinguées la « signature électronique simple » : « une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification »⁷ ; et la « signature électronique avancée » : « une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes : être liée uniquement au signataire, permettre d'identifier le signataire, être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif, être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable »⁸.

On le comprend : dès lors que les pays allaient être poussés à accorder une quelconque valeur à ces correspondances électroniques, deux régimes d'admissibilité et de force probante différents devaient être établis en fonction des garanties et de la sécurité offertes par le mode de signature électronique employé.

⁴ V. HUET (J.), « Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques », in *Recueil Dalloz*, 2000, p. 95.

⁵ Dir. n° 2000/31 du 8 juin 2000 dite « commerce électronique » ; ce principe est transposé dans la LCEN à son article 25 qui crée à cet effet dans le Code civil de nouveaux articles 1369-1 à 1369-3.

⁶ Dir. n° 1999-93 du 13 décembre 1999 « sur le cadre communautaire pour les signatures électroniques », publiée le 19 janvier 2000 au *Journal officiel des Communautés européennes*.

⁷ *Ibid.*, art. 2.1.

⁸ *Ibid.*, arts. 2.1 et 2.2.

Quoi qu'il en soit, les preuves électroniques des actes juridiques entraient dans l'arène du droit par la grande porte, spécialement sous l'effet du principe de non-discrimination soutenu par la CNUDCI⁹. Aussi la directive du 13 décembre 1999 dispose-t-elle que les États membres « veillent à ce que l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne soient pas refusées à une signature électronique au seul motif que [...] la signature se présente sous forme électronique »¹⁰. Sur ce point, ils devaient amender leurs droits nationaux afin de permettre aux « signatures électroniques avancées [de] répondre aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier »¹¹.

Nonobstant l'intérêt manifeste afférent à ces considérations qu'illustrent ces nombreuses interventions - et notamment celle du législateur (v. *infra*, p. 7) - la Cour de cassation n'eut que très rarement l'occasion de communiquer son point de vue en la matière. Ainsi, l'arrêt rendu le 30 septembre 2010, émanant de la 1^{ère} chambre civile, vient contredire le seul précédent existant (v. *infra*, p. 10). Mais il est surtout et en premier lieu l'occasion de s'épancher sur le cas français et les suites données à ce texte communautaire en droit interne.

Reprenant *stricto sensu* la loi de transposition de la directive, les juges du droit rappellent qu'en l'absence de signature électronique certifiée, il relève de l'office des tribunaux de rechercher la fiabilité de la preuve (I). Par là, ils identifient clairement dans le principe de sécurité un objectif à poursuivre indéfectiblement (II).

⁹ loi type *op. cit.*, art. 5 : « L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme d'un message de données ».

¹⁰ directive du 13 décembre 1999 *op. cit.*, art. 5.2.

¹¹ *Ibid.*, art. 5.1.

I / LA FONCTION CARDINALE CONFIÉE AUX JUGES DU FOND : RECHERCHER LA FIABILITÉ DU MESSAGE

En censurant les juges du fond qui avaient admis en guise de preuve la production d'un e-mail envoyé par l'appelant, la Cour de cassation rappelle les termes de la loi¹² qui font de la signature électronique certifiée un élément crucial du cadre de l'admissibilité de la preuve (A). Ce gage de sécurité faisant défaut, il relève alors du devoir des magistrats de rechercher s'ils ne sont pas en peine d'utiliser cette pièce ou s'il doivent l'écartier, procédure qui en l'espèce n'avait guère été respectée (B).

A / LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE CERTIFIÉE, UNE CONDITION *SINE QUA* NON DE RECEVABILITÉ DE LA PREUVE

1 / L'apparition des problématiques liées à la signature électronique en droit interne

La loi du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique¹³, modifia en profondeur les règles du Code civil relatives à la preuve des actes juridiques en insérant de nouveaux articles 1316-1 à 1316-4 consacrant la valeur probante des écrits électroniques. En conséquence, ce type de document se situe désormais à un rang similaire à l'écrit papier et à la signature manuscrite dans la hiérarchie des éléments de preuve susceptibles d'obliger le juge ou, *a minima*, d'emporter sa conviction.

L'intérêt est évident et, comme souvent, en priorité économique : autoriser la réception par e-mail de l'accord des clients, notamment dans les contrats en nombre, ce qui permet de réduire considérablement les coûts de traitement des entreprises concernées. Plus généralement, il s'agit de mettre à la portée de tout un chacun des modes

nouveaux d'engagement à distance, ce qui s'insère dans un processus de simplification de la vie quotidienne directement issu de l'expansion d'Internet.

Cependant, pour acquérir une telle qualité, ledit message se doit de remplir plusieurs conditions strictes et cumulatives. C'est ici que le bât blesse car - cela sera détaillé au cours de ces développements - s'il est à la portée de tout contractant de rédiger une lettre manuscrite emportant force obligatoire, il en va inversement des « lettres » électroniques. En vertu des textes en vigueur¹⁴ (v. *infra*, p.7), l'auteur doit être identifiable et l'intégrité de l'acte garanti par des procédés électroniques décrits légalement.

L'enjeu est donc de savoir situer la barrière au-delà de laquelle la fiabilité de la preuve électronique n'est plus présumée. La Cour de cassation répond qu'il s'agit de la frontière entre e-mail assorti d'une signature électronique certifiée et e-mail non assorti d'une telle garantie.

Par la suite, un décret du 30 mars 2001¹⁵ vint mettre en œuvre cette norme en visant un modèle précis de signature électronique : la cryptographie asymétrique. Ce texte pourtant essentiel fut rédigé plus d'un an après la loi, caractérisant de fait les difficultés rencontrées par le Gouvernement d'alors lorsqu'il s'agit d'appliquer ces nouveaux principes face au risque d'insécurité (v. *infra*, partie II, p. 13).

Il est important de souligner - afin que le cadre de ces développements soit clairement circonscrit - que la fonction des écrits et signatures électroniques ici en cause est toujours *ad probationem* et non *ad validitatem*¹⁶.

Si le texte de 2000 ne s'avère guère précis sur ce point, les débats parlementaires y afférant se révèlent en revanche dépourvus d'ambiguïté¹⁷.

¹⁴ Arts. 1316-1 et 1316-4 du Code civil, art. 287 du Code de procédure civile.

¹⁵ Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001.

¹⁶ V. LECLERCQ (P.), « Le nouveau droit civil et commercial de la preuve et le rôle du juge », in *Communication commerce électronique*, 2000, chron. 9, p. 11 et s. ; LINANT DE BELLEFONDS (X.), « L'Internet et la preuve des actes juridiques », in *Expertises*, 1997, p. 225 et s. ; SCHWERER (F.), « Réflexions sur la preuve et la signature dans le commerce électronique », in *Contrats concurrence consommation*, 2000, chron. 16. ; BRAHMI (A.), « La reconnaissance de la preuve électronique a-t-elle épuisé la question de la dématérialisation ? », in *Les petites affiches*, 19 févr. 2002, n° 36.

¹⁷ « Le texte n'aurait pas vocation à s'appliquer aux actes ou titres pour lesquels la signature est exigée non

¹² Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO du 14 mars 2000, p. 3968.

¹³ *Ibid.*, v. ABALLEA (T.), comm. in *Dalloz*, 2001, chron. 2835 ; FERRAND (F.), comm. in *Dalloz*, 2001, n° 564.

Ainsi, par exemple, un contrat de travail à durée déterminée ou un contrat de cautionnement ne pouvaient être conclus par voie dématérialisée dans l'esprit du législateur. Par la suite, la loi LCEN¹⁸ vint ajouter un nouvel article 1108-1 au code civil renversant cette donnée¹⁹. Mais, à propos des considérations ici en cause, cela n'emporte aucune incidence et la fonction *ad validitatem* de l'écrit ne sera évoquée qu'insidieusement au sein de ces développements (v. *infra*, p. 8). Il va de soi qu'en pratique cette évolution ait cependant amené à de profonds changements.

Résultent de ce processus législatif les articles issus du Code civil et du Code de procédure civile (CPC) au visa desquels est rendu l'arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2010 (v. *infra*, annexe).

Particulièrement, la haute juridiction se fonde sur l'article 287 de ce second Code (issu du décret du 30 mars 2001), lequel dispose : « Si l'une des parties dénie l'écriture qui lui est attribuée [...], le juge vérifie l'écrit contesté à moins qu'il ne puisse statuer sans en tenir compte. [...] Si la dénégation ou le refus de reconnaissance porte sur un écrit ou une signature électroniques, le juge vérifie si les conditions, mises par les articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil à la validité de l'écrit ou de la signature électroniques, sont satisfaites ».

Cependant, l'article 1316-3 du « Code Napoléon » précise paradoxalement que l'écrit sur support électronique est revêtu de la même force probante que l'écrit sur support papier. Ainsi, la preuve contraire n'est susceptible d'être apportée que par un autre écrit, qu'il soit ordinaire ou électronique.

La Cour de cassation ne vise évidemment pas cet article dont l'esprit libéral est antinomique de ceux qu'elle utilise pour casser l'arrêt d'appel. Nul doute que si elle avait cherché à concilier ces textes étonnement incompatibles, elle s'eût arraché nombre de cheveux. En effet, le maigre développement des procédés de signature sécurisés consacre de fait une infériorité du message électronique à la lettre manuscrite. Partant, l'article 1316-3 passe à la trappe et la Cour omet de le prendre en considération.

simplement comme preuve, mais comme acte de validité », JO AN CR n° 15, 1er mars 2000, p. 1403.

¹⁸ Art. 25 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹⁹ Le texte intégral de l'alinéa 1 de l'article 1108-1 est celui-ci : « 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 ».

2 / La signature électronique, une boussole indispensable à l'orientation des juges

Il est important de s'intéresser quelques instants à la notion de signature électronique. En effet, en l'espèce, l'e-mail litigieux n'était pas assorti d'une signature certifiée. En résultait une incertitude qui n'aurait pas existé dans l'hypothèse inverse puisque la preuve aurait alors été admise sans discussion aucune.

Le Décret du 30 mars 2001, à son article 2, prévoit les conditions dans lesquelles un procédé de signature électronique est présumé fiable, cette présomption n'étant pas irréfragable²⁰.

Dès lors que ce procédé répond aux critères légaux, la charge de la preuve n'incombe plus à la partie demanderesse et il appartient alors à l'adversaire au procès d'apporter un élément contraire et de même valeur.

On comprend dès lors que les juges du fond - en procédant à ce renversement de la charge de la preuve alors même qu'aucune des conditions n'était remplie - avaient outrepassé ces textes en étendant exagérément leur portée.

La signature électronique doit remplir une triple fonction : permettre de vérifier l'intégrité du message, en assurer l'authenticité et interdire à son auteur de le répudier²¹. L'enjeu à son égard est donc tout d'abord qu'elle soit « sécurisée », c'est-à-dire propre au signataire qui contrôle les moyens techniques permettant l'apposition de sa griffe ; ensuite, qu'elle soit « établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique »²². En conséquent - et sans entrer dans les détails - elle est tenue de répondre à des exigences de confidentialité et d'impossibilité de duplication ou falsification.

Point essentiel : un certificat de conformité²³ doit impérativement être délivré afin de garantir du respect de ces contraintes. Ce sont des prestataires agréés par les services du Premier Ministre chargés de la sécurité des systèmes d'information - et répondant à un cahier des charges précis et

²⁰ V. ABALLEA (T.), « La signature électronique en France, état des lieux et perspectives », in *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2835.

²¹ V. JALUZOT (B.), « Transposition de la directive « signature électronique » : comparaison franco-allemande », in *Recueil Dalloz*, 2004, p.2866.

²² Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001.

²³ Le certificat électronique est un « document sous forme électronique attestant du lien entre les données de vérification de signature électronique et un signataire » ; décret du 30 mars 2001, art. 1er.

largement garant de leur sérieux - qui les fournissent.

Mais encore faudrait-il que des entrepreneurs se lancent sur ce marché qui, *a priori*, paraît plus délicat et instable du fait de la responsabilité professionnelle y étant attachée²⁴ que porteur d'une rentabilité alléchante. Or cette signature constitue la condition *sine qua non* de la valeur d'un acte électronique puisque la Cour de cassation met un frein à un emploi expansif, au titre des preuves, des messages en étant dépourvu. Résulte de ce syllogisme simplet l'affirmation suivante : que le message électronique trouve sa place dans la sphère probante dépend du développement et de l'épanouissement du marché des certificateurs.

Ainsi, pourraient fructifier les actes authentiques électroniques²⁵ puisque, depuis 2005, l'article 1317 du code civil reconnaît la possibilité d'établir un tel document²⁶. L'enjeu semble donc être de taille à tous les niveaux.

Au demeurant, le pied d'estable construit pour y placer les signatures électroniques ne fait pas l'unanimité.

Certains auteurs se montrent perplexes et l'explication avancée ne s'avère guère surprenante : le piratage des documents sécurisés demeurerait techniquement possible, quels que soient les moyens mis en œuvre. Ainsi, un auteur décrit : « dans le monde numérique, les logiciels évoluent rapidement et la lecture de documents ou fichiers dépend de la disponibilité du (ou des) logiciel(s) avec lequel ils ont été créés. Le stockage paraît pouvoir difficilement résister à la disparition desdits logiciels à long terme sauf à remettre à jour régulièrement les documents sur la base des nouveaux logiciels nécessaires à leur lecture. Mais cette mise à jour crée précisément le risque d'altération du document signé puisque ce dernier est assurément modifié au travers de cette opération. Il semblerait donc que la réunion valable des conditions de la présomption de fiabilité de la signature électronique sécurisée ne puisse être possible en l'état de la technique »²⁷.

²⁴ L'article 32 de la LCEN instaure une véritable responsabilité professionnelle de ces prestataires de service.

²⁵ Par exemple, dans le monde judiciaire, le processus de dématérialisation des pièces de procédure est aujourd'hui engagé.

²⁶ Décrets n° 2005-972 et 973 du 10 août 2005 concernant les notaires et les huissiers ; ces textes posent, dans des dispositions similaires, les principes du formalisme électronique qui doivent être respectés, que ce soit au stade de l'établissement, de la conservation ou de la circulation de ces actes.

²⁷ ABALLEA (T.), *op. cit.*

Il s'agit de se demander s'il en va différemment des signatures manuscrites, ce qui pourrait justifier une dichotomie des régimes juridiques. Or, de tout temps, ces dernières ont été falsifiées et les exemples abondent. La Cour de cassation aurait-elle adopté la même posture à l'égard d'une signature tangible ? Sans doute non car elle aurait laissé le soin au demandeur au pourvoi d'apporter une preuve permettant de lutter contre l'écrit lui étant attribué.

Dès lors, la cohérence de l'espace juridique serait à mettre en doute puisque - de son côté - le Code civil proclame l'égalité entre l'une et l'autre forme d'écrit.

B / L'ABSENCE DE SIGNATURE ÉLECTRONIQUE CERTIFIÉE, UN MANQUE OBLIGEANT LE JUGE A INVESTIGATION

1 / Un revirement de jurisprudence patent de la Cour de cassation

Sous l'empire de la loi du 13 mars 2000, l'arrêt rendu par la première chambre civile le 30 septembre 2010 est seulement le second à traiter clairement et directement de la valeur probante des messages électroniques à l'égard des actes juridiques.

Le précédent réside en un arrêt daté du 27 juin 2006²⁸ au moyen duquel ladite chambre retint qu'en l'absence d'éléments permettant de « mettre en cause l'authenticité et l'origine du texte », le juge n'est pas tenu de procéder à la vérification d'écriture électronique prévue aux articles 287 et suivants du CPC.

À l'inverse de ce qui sera jugé dans la seconde affaire, les juges du droit affirmaient à cet instant que le fait que la partie à qui était attribué un écrit électronique en conteste la paternité n'était nullement susceptible de mettre en doute son admissibilité et d'enjoindre les magistrats de procéder aux vérifications nécessaires.

Face aux parties ayant succombé - qui faisaient valoir que le document produit devant la Cour

²⁸ Cass. 1re civ., 27 juin 2006, n° 05-15.676, *F-D, Michèle D., Assoc. SOS Sexisme c/ Jean-Claude C., Carole L.* ; *Juris-Data* n° 2006-034626 ; v. CAPRIOLI (E.), « Vérification d'écriture en matière d'écrit électronique », *comm. in Communication commerce électronique*, n°10, octobre 2006.

d'appel par les défendeurs au pourvoi était différent de celui effectivement mis en ligne par elles sur leur site Internet et qu'en conséquent les juges du fond auraient dû procéder à une vérification d'écriture - la Cour répondait « qu'en l'état de ces constatations dont il résultait que rien ne permettait de mettre en cause l'authenticité et l'origine du texte diffamatoire qui lui était soumis, la Cour d'appel n'était pas tenue de recourir à la procédure de vérification d'écriture ». Un renversement de la charge de la preuve n'avait en conséquent pas à être opéré au seul vu de contestations non accompagnées d'éléments révélateurs.

L'arrêt de 2010 constitue donc un revirement de jurisprudence patent.

Peut-être est-il explicable par le fait que, si dans les deux cas l'intime conviction des juges du fond résidait dans le sentiment que les documents n'étaient pas des faux, dans la première espèce, procéder aux vérifications nécessaires s'avérait matériellement impossible et aurait inéluctablement mené à leur irrecevabilité. En conséquent, l'objectif d'une bonne administration de la justice commandait sans doute de jeter un œil aveugle sur ce texte de loi.

En aparté, l'on peut signaler cet arrêt antérieur, rendu le 4 octobre 2005, par lequel la chambre commerciale retint une solution similaire²⁹ - ce qui se comprend davantage de son point de vue - en affirmant qu'un écrit électronique non sécurisé incarne un mode de preuve admissible puisque la preuve est libre et parce que la sincérité du producteur de l'écrit ne pouvait pas être suspectée. Mais il s'agissait d'un fait impliquant la liberté de la preuve et non d'un acte juridique supposant la pré constitution de preuves écrites et, le cas échéant, la qualification de commencement de preuve par écrit. La comparaison avec les arrêts de la première chambre civile n'a donc pas à être développée davantage.

2 / Un arrêt de principe forgeant la nouvelle

²⁹ Cass. com., 4 oct. 2005, n° 04-15.195, *SARL Sodival c/ Sté Bières d'Europe*; Juris-Data n° 2005-030101; GRYNBAUM PREUVE (L.), « Preuve par écrit électronique non sécurisé d'une inscription de créance », comm. in *Communication commerce électronique*, n° 3, mars 2006, comm.48.

position de la Cour de cassation

Quelques mots au sujet des faits relatifs à l'affaire qu'il s'agit ici de commenter sont nécessaires.

Un litige était né entre un bailleur, M. X, et sa locataire, Mme Y, à propos de la date d'échéance du préavis de résiliation du bail de cette seconde³⁰. Elle estimait en effet que le point de départ devait se situer à la date de réception d'un e-mail qu'elle produisait et par lequel M. X avait, semble-t-il, accepté explicitement de déroger au formalisme de la lettre recommandée avec avis de réception. Cependant, ce dernier reniait la paternité de ce message électronique. Or, à l'image de la quasi totalité de la population, il ne disposait de nulle signature électronique certifiée permettant de rendre incontestable le lien l'unissant à l'écrit.

En guise d'anecdote, il est bon de noter que la somme en cause était faible - 750 euros, soit un mois de loyer - par rapport au coût judiciaire que la partie déboutée et condamnée aux dépens devra supporter au terme de ces années de procédure. Ainsi l'entêtement et le manque de recul de certains particuliers se transforment parfois en pain béni pour les juristes qui étudient le droit et ses soubresauts. Sans récolte, il n'est point de grain à moudre.

En l'occurrence, la Cour de cassation publie son arrêt, marquant ainsi son importance et le fait que, assurément, découle de ces faits *a priori* banals et futiles un arrêt de principe.

La Cour d'appel de Dijon³¹, suivant la jurisprudence d'alors de la Cour de cassation, avait considéré que la fiabilité des courriels devait être présumée et s'était donc fiée aux messages électroniques envoyés par le bailleur à sa locataire³².

En se plaçant ainsi sur le seul terrain de la charge de la preuve, les juges avaient répondu qu'il importait au premier d'apporter des éléments contraires capables de faire s'effondrer cette

³⁰ Le préavis doit être notifié, au sens de l'article 15-I de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, par « lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou signifié par acte d'huissier. Ce délai court à compter du jour de la réception de la lettre recommandée ou de la signification de l'acte d'huissier ».

³¹ Cour d'appel de Dijon, 2 décembre 2008.

³² La Cour d'appel retenait ainsi que « l'ensemble des écrits sous forme électronique émanant de Monsieur X. [...] doivent être admis en preuve dès lors que leur signataire ne communique aucun document de nature à combattre la présomption de fiabilité édictée par l'article 1316-4 du code civil ».

présomption. En tout état de cause, ils refusaient de vérifier au préalable que les conditions nécessaires à la validité du procédé technique étaient bien respectées comme les y invitait pourtant la loi.

La partie appelante au pourvoi soutenait que, à l'inverse, il relevait du rôle des juges des faits de vérifier que « les courriels avaient été établis et conservés dans les conditions de nature à garantir leur intégralité et que la signature était identifiée par un procédé fiable »³³. Elle rappelait par là l'article 1316-4 du code civil (v. *infra*, annexe) et n'aspirait pas à moins qu'une cassation pour violation de la loi.

Dans son arrêt du 30 septembre 2010, la première chambre civile de la Cour de cassation suit ce moyen et inflige un véritable camouflet aux juges du fond en imposant le principe - totalement contraire à celui que ceux-ci avaient appliqué - selon lequel toute dénégation de l'auteur présumé d'un message électronique enjoint les magistrats de contrôler l'authenticité de celui-ci.

Dès lors que les exigences de l'article 287 du CPC relatives à l'authentification de l'auteur et à l'intégrité de son message ne sont pas avérées, il relève de l'office du juge de s'assurer de leur respect. Il s'agit en quelques sortes d'un « rappel à la loi ». Entre suivre la jurisprudence de la Cour de cassation ou appliquer strictement les termes des textes, les juges de second degré avaient opté en faveur de la haute Cour. Au vu de ce revirement de jurisprudence tonitruant, on ne peut pas dire qu'elle le leur rende bien.

Surtout, cette position s'explique par la volonté de préserver la notion de sécurité dans les relations juridiques, tant celle-ci est - depuis aussi longtemps que vit le droit - l'essence du moteur contractuel.

II / LA PLACE CENTRALE CONFÉRÉE AU PRINCIPE DE SÉCURITÉ : ASSURER DE LA FIABILITÉ DU MESSAGE

En choisissant de revenir sur ses pas en faisant prévaloir sur toute autre considération le principe de sécurité, la Cour de cassation baisse le message électronique dépourvu de signature certifiée au plat et bas rang de commencement de preuve par écrit (A). En résulte un garde-fou placé devant la propagation de l'emploi de l'outil informatique lors de la conclusion des conventions. Se pose donc la question de son avenir au sein de ce domaine classique du droit qu'est la preuve (B).

A / LE MESSAGE ÉLECTRONIQUE, UN SIMPLE COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT

1 / Des controverses théoriques

Dès lors que les conditions de licéité sus citées ne sont pas respectées, un message électronique ne saurait constituer, aux yeux de la Cour, plus qu'un commencement de preuve par écrit et non un acte sous seing privé³⁴.

La haute juridiction rappelle au formalisme : la lettre recommandée avec avis de réception se révèle loin d'être démodée au sens du droit, au contraire, et - avec la notification par acte d'huissier - elle demeure la manière la plus pertinente de prouver un congé ou de mettre en œuvre le préavis y étant lié.

Semblait étonnante cette tendance à confier une telle intensité probante à ces lettres impalpables hors la présence d'un certificat électronique. Pourtant, la loi dispose expressément qu'il ne doit exister aucune hiérarchie entre écrits papier et électronique, tous deux devant être considérés en tant que preuves absolues (v. *supra*, p. 7).

³³ V. moyen annexé à l'arrêt.

³⁴ Selon l'article 1347 du Code civil, « les règles [relatives aux preuves préconstituées] reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué ».

Si l'on comprend bien l'analyse des juges de cassation, un e-mail serait donc équivalent sur le plan de la preuve à une lettre anonyme.

Or ce n'est évidemment pas ce qui ressort de ces faits dans lesquels nul n'eut l'intention de se cacher derrière un quelconque secret de l'identité. D'ailleurs l'intime conviction des juges du fond selon laquelle l'appelant avait bel et bien rédigé et envoyé les messages en cause était assurément forgée.

En réalité, le message électronique dépourvu de signature certifiée - c'est le cas de plus de 99 % de ce genre de missive - ne trouve pas d'équivalent papier. En résulte cette situation plutôt saugrenue composée d'un régime juridique hésitant et de décisions jurisprudentielles contradictoires (v. *supra*, p. 10).

La loi dans ses divers articles et la Cour de cassation par les quelques arrêts rendus s'affrontent en opérant des choix incohérents. Ainsi en va-t-il des jurisprudences auparavant décrites ; ainsi en va-t-il du Code civil³⁵ lorsqu'il déclare d'une part que l'écrit sur support papier possède une même force probante que l'écrit sur support électronique et, d'autre part, que seuls les messages accompagnés d'un mode de signature sécurisé peuvent espérer atteindre le degré de probité du premier³⁶ (v. *infra*, annexe).

Tout cela ne plait guère au principe de sécurité juridique.

En outre, la gardienne du droit est-elle légitime dans son intervention dès lors que l'article 1316-2 du Code civil dispose que le juge apprécie librement la pertinence des différents écrits en conflit à lui soumis, qu'ils soient ordinaires ou électroniques ?

Oui si l'on propose que l'absence de signature certifiée écarte le message du régime classique de la preuve car ne doivent alors demeurer que les actes sur support papier. Non si l'on retient à l'inverse que cette conjoncture ne supprime pas pour autant l'application aux messages électroniques d'une qualité équivalente à celle d'un acte sous seing privé. C'est la première hypothèse qui aujourd'hui l'emporte.

³⁵ V. HUET (J.), « Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques », in *Recueil Dalloz*, 2000, p. 95.

³⁶ Arts. 1316-1 et 1316-4 du Code civil ; puisque seulement une infime proportion de la population dispose d'un tel mode de signature sécurisée.

2 / Des explications et implications pratiques

Pour autant, on ne trouve en cela paradoxalement rien de réellement critiquable tant « dans un monde numérique, la confiance ne peut se construire que par la notion de sécurité »³⁷.

Au-delà de ces considérations théoriques et quelque peu alambiquées, l'intérêt pratique consiste à protéger avant toute chose le consentement de l'auteur de l'acte et, insidieusement, la pérennité des modèles contractuels. Or réussir l'amalgame entre cet objectif noble du droit et l'omniprésence désormais inéluctable des technologies électroniques n'est pas chose aisée.

Aujourd'hui, manifestement, les adresses IP et les messageries sont loin de présenter tous les gages de sécurité nécessaires à la conclusion sereine des conventions. Les questions d'identification et de confidentialité sur les réseaux de communication en ligne revêtent des enjeux fondamentaux au sein de la société de l'information. Les acteurs du droit ne pouvaient manquer ce rendez-vous.

Ces problématiques dépassent évidemment le cadre restreint du territoire national et il est bon de consacrer quelques phrases de ces développements à une analyse de droit comparé³⁸. On constate que les difficultés rencontrées par les juges français se retrouvent globalement à l'étranger et que la valeur probante d'un e-mail est encore loin de faire l'unanimité sur un plan international.

Pour ne citer qu'un exemple, la *High Court of Justice* (une des cours supérieures d'Angleterre), dans un arrêt daté du 7 avril 2006, jugea que l'insertion d'une adresse électronique ne suffisait pas à engager l'auteur du message qui ne constituait donc pas plus qu'un commencement de preuve par écrit. Elle retenait que la partie faisant valoir cet e-mail devait apporter la preuve de son authenticité.

Pourtant, les juges de première instance avaient retenu la solution opposée en estimant que ladite adresse électronique valait signature et que l'acte engageait pleinement son rédacteur.

Le critère employé s'avère intéressant : ils avaient recherché, indépendamment de la forme, si l'*animus signandi* - soit l'intention de signer - était ou non présent en l'espèce. La signature, peu

³⁷ CAPRIOLI (E.), *Mélanges le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2008, p. 155.

³⁸ V. CAPRIOLI (E.), Signature et courrier électroniques en droit comparé, du rôle du juge, in *Communication commerce électronique*, n° 6, juin 2006, comm. 103.

important qu'elle soit placée en haut ou en bas du document, qu'elle soit composée de lettres manuscrites ou dactylographiées, doit être insérée accompagnée d'une réelle volonté d'appropriation du contenu. Mis en perspective avec le principe du consensualisme, cet outil peut se révéler opportun et semble résoudre quelques problèmes. Mais c'est oublier qu'avoir un droit sans preuve équivaut à ne pas avoir de droit aux yeux de la justice.

En Angleterre comme en France, la signature est la pierre angulaire d'un acte et la signature électronique sécurisée la condition *sine qua non* de recevabilité d'un écrit immatériel (v. *supra*, p. 6).

Il sera pertinent de s'intéresser aux suites données à cette jurisprudence de la Cour de cassation et notamment d'analyser les conséquences qu'elle aura au-delà des simples rapports entre particuliers.

On pense spécialement aux e-mails d'avertissement adressés par la HADOPI aux contrevenants et qui réalisent la première phase de la fameuse riposte graduée³⁹. En effet, la Haute autorité envoie par l'intermédiaire des fournisseurs d'accès ces messages qui ne sont donc assortis d'aucune technique de signature certifiée.

Sans doute s'agira-t-il d'une faille à employer pour les avocats qui devront plaider la bonne foi de leurs clients contrefacteurs⁴⁰, mais les juges pourront répondre - le cas échéant en interrogeant directement la HADOPI - que celle-ci ne conteste en aucun cas la paternité desdits mails. Le raisonnement inverse à celui de la Cour de cassation ne devrait en effet pas être permis et, dès lors qu'une personne assume la paternité d'un écrit quel qu'il soit, ce dernier est normalement admis au titre des preuves parfaites.

Plus généralement, en vertu de ce principe de sécurité, les entreprises devront être vigilantes et ne pas considérer que de simples échanges d'e-mails avec des clients ou fournisseurs possèdent une valeur contractuelle. Réciproquement, chaque particulier est appelé à utiliser avec prudence les messages électroniques.

Il apparaît encore que la récente réticence de la Cour de cassation à consacrer de façon prétorienne l'équivalence entre actes manuscrits et électroniques est justifiée par le fait que ces deux modes de communication diffèrent sur bien des points.

Ainsi, il ne faut pas omettre que « l'information

³⁹ V. <http://vauvertplus.com/2010/11/04/la-procedure-hadopi-mise-en-cause-par-la-cour-de-cassation/>.

⁴⁰ On peut lire cela sur le blog de certains avocats.

portée sur [support électronique], contrairement à celle posée sur papier, n'est pas imprimée de manière irréversible et donc elle demeure, quelles que soient les précautions prises ou les techniques utilisées, manipulable d'une manière ou d'une autre par celui qui sait comment procéder »⁴¹.

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication doivent être appréhendées par le droit avec des pincettes tant elles sont susceptibles de rendre les informations « plastiques, reproductibles et [capables de] circuler librement au travers de réseaux toujours plus étendus et interconnectés »⁴².

Nonobstant ces divers arguments, la pertinence de la solution retenue par la Cour de cassation peut être mise en doute ; cela non pas, évidemment, à l'égard de la loi qu'elle suit parfaitement, mais plutôt au vu de considérations historico-sociologiques faisant imaginer que la prise de pouvoir des preuves immatérielles devient aujourd'hui non seulement irrésistible, mais aussi raisonnable. Or cette décision cardinale n'oriente pas le droit positif dans cette direction.

B / LE MESSAGE ÉLECTRONIQUE, UN AVENIR PROBATOIRE RENDU INCERTAIN

1 / Une jurisprudence aux fondements fragiles

En 1988, le Professeur Jacques Larrieu proposa une analyse d'une prescience remarquable à travers laquelle il exposa les lignes directrices devant permettre l'avènement d'un univers dans lequel domineraient les conventions électroniques⁴³. Il y juge notamment que « la loi ne fait pas entièrement dépendre la crédibilité d'un mode de preuve de ses qualités intrinsèques. La primauté de l'écrit ne repose pas, contrairement à ce qui est affirmé parfois, sur ses seules qualités techniques »⁴⁴.

Ainsi, les problématiques en apparence décisives

⁴¹ HUET (J.), art. in *Recueil Dalloz*, 2000, p. 95.

⁴² BLANCHETTE (J.-F.), Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français, in *Communication commerce électronique*, n° 3, mars 2005, étude 13.

⁴³ LARRIEU (J.), « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seings privés ? » in *Lamy droit de l'informatique*, H, I, 1988.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 10.

que sont la signature électronique et la périssabilité des messages ne formeraient en vérité que des trompe-l'oeil dès lors que la prééminence de l'écrit dans le droit de la preuve français ne découlerait en aucune manière de ses qualités matérielles mais serait simplement la résultante d'un processus symbolique⁴⁵. Ce ne serait pas tant le fait que l'écrit papier soit infalsifiable - on sait que ce n'est pas ou plus le cas - que la présence de longue date de ce mode de préconstitution de la preuve qui lui conférerait son hégémonie et la préférence du législateur.

En lieu et place, l'auteur suggère que la valeur probante d'un écrit quel qu'il soit dépend tout à la fois de la qualité de la personne qui le rédige (par exemple un officier public), de la réglementation encadrant sa production et sa conservation et de la sévérité de la sanction des malveillances, c'est-à-dire des destructions. On retrouve ces propositions dans la loi de 2000, ce qui trahit une volonté claire d'introduire les preuves immatérielles dans le droit. Mais la maladresse est - il faut y revenir et le souligner - que la signature électronique certifiée est difficile d'accès, évinçant de fait la possibilité de recourir aux dites preuves.

Puis, le Professeur poursuit : « aucune des deux composantes de l'élément matériel de l'écriture (caractères d'une part, procédé et support d'écriture d'autre part) n'est définie en droit positif d'une manière qui justifierait l'exclusion des procédés modernes d'écriture et des supports nouveaux d'information [...]. Sous le rapport de la logique, n'importe quel type de caractère ayant un sens, inscrit sur n'importe quel support, peut constituer une écriture du moment que les fonctions de l'écrit instrumentaire sont assurées : mémorisation de l'expression d'une volonté, c'est-à-dire préconstitution de la preuve, et fiabilité, c'est-à-dire résistance à la falsification. L'enregistrement sur une bande magnétique, une disquette, un microfilm, un disque CD-ROM, l'impression d'un film peuvent remplir cet office du moment qu'ils ne sont pas trop éphémères »⁴⁶.

Ainsi, tout support serait susceptible de supporter une preuve recevable dès lors qu'il répondrait à l'inévitable question de la sécurité.

Quant à la décisive signature, l'article précise que « n'importe quel type de signe suffisamment distinctif peut constituer une signature s'il remplit

⁴⁵ V. LEVY-BRUHL (H.), *La preuve judiciaire - Étude de sociologie juridique*, Librairie Marcel-Rivière et Cie, Paris, 1964 ; LAGARDE (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Éd. J. Ghestin, Coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, 1994.

⁴⁶ LARRIEU (J.), *op. cit.*, p. 15.

cette double fonction d'approbation et d'identification qui est traditionnellement dévolue à la signature. Une signature électronique peut jouer ce double rôle »⁴⁷.

On retrouve donc insidieusement chez Larrieu l'idée que constituer des preuves électroniques est permis, mais sous réserve d'user d'un procédé conventionné de signature électronique. Or plus de 99 % des e-mails envoyés le sont sans qu'une telle précaution soit - ou puisse être - prise.

Mais cela ne signifie pas que ce mode de preuve doive être *ad vitam aeternam* rejeté puisque, si la Cour de cassation demande au juge de ne pas faire dépendre l'issue du litige d'un tel message sans investigation, en revanche elle ne renie guère l'hypothèse selon laquelle il serait sur le fond bel et bien valable.

2 / Une jurisprudence en conflit avec une évolution naturelle

Le Professeur Larrieu conclut que, « quelle que soit l'autorité reconnue au sous-seing privé et plus spécialement à la signature, cette autorité n'est ni naturelle ni rationnelle. Elle relève d'une convention sociale apparue à partir du XVI^e siècle [...]. C'est d'une nouvelle convention sociale que dépend la force probante des nouvelles techniques de mémorisation et d'authenticité des données »⁴⁸.

On peut imaginer que la loi du 13 mars 2000 participe de cette évolution en « imprimant à la civilisation juridique un saut dans le temps [...], en sonnante en matière de preuve le repli de la civilisation Gutenberg et l'avènement de celle de l'immatériel ou du virtuel »⁴⁹.

Ainsi, est entamé le délicat processus de coupure du cordon ombilical liant classiquement la preuve à un support matériel, donc tangible et concret. On le sait bien, les juristes se nourrissent de concret, de tangible et de matériel.

Il est opportun - afin de prendre la mesure de la faisabilité de cette évolution - de comparer la conjoncture contemporaine et les Ordonnances de Moulins de 1566 et 1667, lesquelles bouleversèrent - en des temps pourtant moins enclin aux évolutions et à la modernité - le droit de la preuve

⁴⁷ *Ibid.*, p. 30.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 34.

⁴⁹ ROCHFELD (J.), « Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique », in *RTD Civil*, 2000, p. 423.

en proclamant la primauté de l'écrit sur le témoignage.

Il faut se rappeler qu'au Moyen-Âge le fameux principe « témoin passe lettre » régnait en maître. La preuve testimoniale était alors considérée comme naturelle quand « la preuve par écrit, au contraire, [était] seulement de droit positif ; elle avait été introduite par un artifice du droit, car il [était] contraire à la nature du droit et au droit naturel que l'on croie la peau d'un animal mort »⁵⁰.

Que ce cuir tanné se mue en preuve parfaite pouvait paraître inconcevable et illégitime. Mais le temps et la raison parvinrent pourtant à réaliser cette œuvre chaotique, faisant qu'aujourd'hui le recours au témoignage n'est que de peu de poids face à un acte sous seing privé, *a fortiori évidemment* pour les actes juridiques.

Certains auteurs voient de grandes similitudes entre ces évolutions historiques et la loi du 13 mars 2000⁵¹. Il est vrai que cette norme tend à introduire les documents électroniques au niveau des preuves parfaites.

Le début du XXI^e siècle coïnciderait avec une période transitoire - plutôt longue - peu ou prou similaire à celle que vécurent les justiciables contemporains du roi Charles IX, « ébranlés dans leur croyance en la perfection du témoignage et bousculés par la contrainte volontariste de la perfection de l'écrit »⁵². Et sans doute cette mutation, à l'instar de celle du XVI^e siècle, prendra-t-elle le temps nécessaire pour ne pas exister au détriment de principes inamovibles du *corpus* juridique tels que la sécurité juridique ou l'intelligibilité du droit.

Aussi longtemps que - comme cela fut exprimé à l'endroit des preuves écrites - l'on reniera des messages électroniques pouvant « contenir n'importe quoi », où « les faux foisonnent », et grâce auxquels « il est loisible à celui qui écrit (qui dispose de la parfaite maîtrise de l'outil informatique) d'être infidèle aux parties ne sachant pas lire (ne sachant pas utiliser correctement cet outil) »⁵³ ; la prise de pouvoir des preuves immatérielles sera impossible.

Car c'est la société qui bâtit le droit et non le droit

qui bâtit la société.

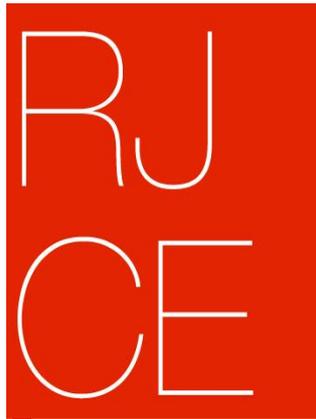
En tout état de cause, la Cour de cassation - qu'elle soit archaïque ou simplement dotée de pragmatisme - après avoir entrouvert la porte de la révolution technologique dans son arrêt du 27 juin 2006, la referme fermement par cet arrêt de principe publié au Bulletin.

⁵⁰ LEVY (J.-P.), « Les classifications des preuves dans l'histoire du droit », in *La preuve en droit*, dir. PERELMAN (C.) et FORIERS (P.), Bruylant, Paris, 1981, p. 40.

⁵¹ ROCHFELD (J.), *op. cit.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ LEVY (J.-P.), *op. cit.*



L.I.D.2 M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

EA n° 4328