Les cahiers du LID2MS

n° 3 – avril 2013

Une introduction au droit des réseaux et communications en 15 fiches

Par Boris Barraud

Les publications du lid2ms

Les publications du lid2ms

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias et des Mutations Sociales
Université d'Aix-Marseille – équipe d'accueil n° 4328

Les cahiers du LID2MS
n° 3, avril 2013

Une introduction au droit des réseaux et communications en 15 fiches

Par Boris Barraud,
Doctorant contractuel membre du LID2MS

Sommaire

1. — Introduction au droit des communications électroniques
2. — Les principes du droit des réseaux
3. — Les autorités de régulation
4. — La liberté d'expression
5. — Le droit au respect de la vie privée
6. — La liberté des communications électroniques
7. — L'octroi des licences de téléphonie mobile
8. — La protection des créations intellectuelles
9. — La protection des données personnelles
10. — La responsabilité des prestataires techniques
11. — Le commerce électronique
12. — La publicité électronique
13. — Les jeux de hasard et de pari en ligne
14. — Les contrats du Web 2.0 (les sites collaboratifs)
15. — La responsabilité des moteurs de recherche

© LID2MS. Tous droits réservés pour tous pays. La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Comité scientifique

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

Jean Frayssinet
Professeur émérite de l'Université d'Aix-Marseille

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

Alexandra Touboul
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille

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

Philippe Mouron
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille

équipe d'accueil n° 4328

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

Secrétaires de rédaction :
Boris Barraud
boris.barraud@univ-amu.fr

Matthieu Rastoll
matthieu.rastoll@univ-amu.fr

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

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

1. — Introduction au droit des communications électroniques

L'expression « droit des communications électroniques » est large ; elle implique notamment le droit de la téléphonie, le droit de l'internet et le droit de la communication audiovisuelle.

Nombre de problématiques actuelles sont imputables à la révolution du numérique, laquelle a pour effet d'emporter une convergence des médias. Auparavant, télévision, cinéma, téléphone évoluaient dans des mondes clos. Aujourd'hui, spécialement sous l'action de l'internet, les usages et les technologies tendent à converger. Dès lors, des lois sectorielles s'avèrent nécessairement inadaptées.

La loi du 29 décembre 1990 a libéralisé le secteur des télécommunications. Antérieurement, existait un monopole d'État en les mains du ministère des PTT. Toujours en 1990, est créée l'entreprise publique France Télécom. L'État a toujours exercé un fort contrôle sur ce secteur, mais sous la pression des instances communautaires, il doit l'ouvrir à la concurrence. En 1996, France Télécom est privatisée.

En la matière, la technique commande. Puis, vient le marché et, enfin, le droit. Ainsi des décalages peuvent-ils exister entre état des technologies et état du droit. La question de l'adaptation du droit est un enjeu important. De plus, la territorialité de la loi nationale est un problème de poids.

La loi du 26 juillet 1996 crée l'ART (Autorité de régulation des télécommunications, remplacée en 2005 par l'ARCEP, Autorité de régulation des communications électroniques et des postes). Avant l'apparition de cette autorité administrative indépendante, la régulation était opérée par les services centraux de l'État.

En 2004, l'expression « communications électroniques » a subrogé « télécommunications » parmi la loi. Aujourd'hui, l'emploi de « télécommunications » est un parti pris pour désigner les réseaux servant à la téléphonie et aux services de l'internet.

Les principaux textes en la matière sont codifiés dans le Code des postes et des communications électroniques (CPCE). La communication audiovisuelle est, elle, régie par la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Les questions impliquant le Web (ou communication au public en ligne) sont principalement concernées par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

Une communication électronique se définit comme toute transmission d'informations par des signaux électromagnétiques, à travers un réseau filaire (téléphone, câble, fibre optique) ou un réseau aérien (spectre hertzien, satellite, 3G, wifi, wimax). L'article L. 32 du CPCE dispose qu'il s'agit de « toute émission, réception ou transmission d'informations [textes, images, sons…] par voie électromagnétique ».

L'article L. 32 du CPCE définit également le réseau de communications électroniques : « toute installation de transport de communications électroniques ».

Et le même article définit l'opérateur de réseau comme « toute personne qui exploite un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant un service de communication électronique ». Il faut donc distinguer les opérateurs de réseau — qui exploitent les installations et en sont propriétaires ou locataires — des opérateurs de service, qui produisent des programmes de communication audiovisuelle ou de communication en ligne (sites Web).

Suivant la présentation de l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986, les communications se présentent sous forme arborescente :
- tout d'abord, elles se divisent en communications électroniques et communications matérielles (communications postales) ;
- parmi les communications électroniques, il convient de distinguer communications publiques par voie électroniques et communications privées par voie électronique ;
- ensuite, les communications au public par voie électronique se répartissent en communications audiovisuelles et communications au public en ligne.

Le critère permettant de reconnaître une communication publique d'une communication privée est celui de la mise à disposition du contenu à un nombre indéterminé d'individus. Une communication privée s'adresse à une ou plusieurs personnes précisément identifiées. La jurisprudence considère que s'il y a communauté d'intérêt, par exemple au sujet de l'envoi groupé de courriels, la communication est privée.

La communication audiovisuelle regroupe les services de radio et de télévision, ainsi que les SMAD (services de médias audiovisuels à la demande ; soient les services de télévision ou radio de rattrapage). Un service de télévision ou de radio est destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ; son contenu est linéaire. Au contraire, un SMAD est visionné ou écouté au moment choisi par l'utilisateur, mais il l'est à partir d'un catalogue de programmes établi par l'éditeur (ce qui distingue les SMAD des sites collaboratifs tels que ceux de partage de vidéos).

La communication au public en ligne désigne les sites Web. Couramment confondu avec le Web, l'internet est une notion plus large puisqu'elle désigne également des services de communication en ligne privée (courriel, *peer to peer*, téléphone par IP notamment). L'article 1er de la LCEN indique que la communication en ligne se caractérise par le critère de la transmission sur demande individuelle de données numériques et par celui de la possibilité d'un échange réciproque entre émetteur et récepteur de l'information.

2. — Les principes du droit des réseaux

– Le principe d'interconnexion des réseaux :
L'information doit pouvoir circuler sans entrave entre les différents réseaux (fourreaux de câbles, antennes-relai, satellites…). Cela se traduit également par un service : un opérateur doit permettre aux données de transiter de son réseau vers celui d'autres opérateurs ; notamment, France Télécom est soumise à une obligation de dégroupage de ses lignes et à une obligation de non-discrimination (*cf.* principe de neutralité *infra*). L'interconnexion possède encore une dimension technique : les terminaux (ordinateurs, téléphones, smartphones) doivent être interopérables. Et le principe de l'itinérance désigne l'interconnexion des réseaux de téléphonie mobile.

– Le principe d'équilibre dans la gestion du spectre radioélectrique :
Existe un ensemble d'obligations pour les opérateurs garantissant la santé et la sécurité des personnes (spécialement à travers le principe de précaution). La première priorité est la protection et la fiabilité des données transportées, que l'on pense par exemple aux données bancaires. Il s'agit aussi de garantir la compatibilité entre les divers équipements.

– Le principe de maintien d'un service public des communications électroniques :
Ce principe est également désigné par l'expression « service universel ». Il oblige à fournir au moins une offre de qualité et à un prix abordable, à maintenir les services de publiphonie (soient les cabines téléphoniques), à raccorder et à couvrir par les réseaux l'ensemble de la population, à entretenir un annuaire universel et à permettre l'accès gratuit et permanent aux numéros d'urgence.

– Le principe d'indépendance des fonctions de régulation et d'exploitation :
C'est ici une condition de la libre concurrence. La régulation est assurée par l'ARCEP, autorité administrative, et en aucune façon par les acteurs économiques. Tel n'était pas le cas lorsque l'État possédait le monopole des réseaux de PTT.

– Le principe de neutralité des réseaux :
Doit être assurée l'égalité entre tous les usages et tous les usagers. Également, doit être assurée l'égalité entre les opérateurs quant à la possibilité d'accéder au réseau dès lors qu'ils satisfont aux conditions établies par l'ARCEP. L'opérateur historique (France Télécom) étant propriétaire de la majorité des infrastructures, il lui est interdit de refuser la location de son réseau aux opérateurs autorisés. L'idée de « neutralité de l'internet » évoque l'exclusion de toute discrimination à l'égard de la source, du contenu ou de la destination de l'information. Les fournisseurs d'accès à l'internet (FAI) autant que les hébergeurs ne peuvent trier les contenus, si ce n'est ceux qui s'avèrent contraires à l'ordre public et qui entrent dans le champ d'incriminations pénales. L'ARCEP est chargée du contrôle de ce principe de neutralité qui n'est pas anodin en comparaison, par exemple, du contrôle exercé sur les contenus par les autorités publiques chinoises.

3. — Les autorités de régulation

– L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) :
Elle a été créée en 1997, mais son nom actuel lui a été attribué en 2004. Sa principale mission est d'assurer le respect des conditions de la concurrence sur le marché des télécommunications, cela au bénéfice des consommateurs. La fin du monopole étatique en 1990 a obligé à la mise en place d'une régulation, la loi du marché ne pouvant permettre à de nouveaux opérateurs d'entrer dans le jeu. Aussi l'ARCEP identifie-t-elle les opérateurs puissants et leur impose-t-elle différentes obligations telles que les tarifs à pratiquer à l'égard des concurrents ou l'interdiction de faire droit aux demandes d'accès au réseau. Par exemple, la portabilité du numéro en cas de changement d'opérateur a été imposée par cette autorité.

En outre, celle-ci délivre les autorisations et reçoit les déclarations préalables (notamment pour toute création de site Web). Elle attribue et gère les ressources rares que sont les fréquences mais aussi les numéros de téléphone. Enfin, elle dispose d'un pouvoir de règlement des litiges ainsi que d'un pouvoir de sanction.

– Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) :
Le CSA a été créé en 1989. Son rôle consiste en premier lieu à gérer le spectre hertzien, c'est-à-dire à attribuer des bandes de fréquences aux stations de radio, des canaux aux chaînes de télévision. Son action a ainsi été centrale dans le développement de la TNT. Le CSA délivre les autorisations d'émettre après conclusion d'une convention qui précise les droit et obligations de l'opérateur de service. Lorsqu'un canal est libéré, l'autorité procède à un appel à candidatures, puis à des auditions et à un examen des projets. Enfin, des autorisations des 10 ans (pour les services de télévision) ou de 5 ans (pour les services de radio) sont délivrées.

Par ailleurs, le CSA est très actif en matière de contenus des programmes. En cette matière, il impose de nombreuses obligations aux services. Ainsi la diffusion d'œuvres cinématographiques est-elle très encadrée : elle est interdite le mercredi (jour des sorties en salles) et le samedi (jour des sorties familiales ou amicales). De plus, les chaînes sont contraintes à participer au financement de la production cinématographique, notamment nationale. Le CSA entend également défendre enfance et adolescence, par l'apposition sur les écrans de pictogrammes *ad hoc*.

Encore, le CSA, qui dispose d'un véritable pouvoir règlementaire, édicte des régimes spécifiques à la publicité, au parrainage et au téléachat. Il protège le pluralisme politique, soit l'expression de tous les courants de pensée et d'opinion. Il défend la langue française, par exemple en encadrant les publicités en langue étrangère. Et il impose aux éditeurs de contenus d'assurer la représentation de la diversité de la société française. Enfin, le CSA prévoit des quotas de diffusion de chanson française (40 %) et d'œuvres audiovisuelles françaises.

L'autorité dispose d'un pouvoir de sanction ; elle peut suspendre ou annuler l'autorisation, infliger une amende ou imposer la lecture d'un communiqué à l'antenne.

– La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) :
La CNIL a été créée en 1978 ; c'est la plus ancienne autorité administrative indépendante de France. Elle a pour missions d'assurer le respect du droit d'accès aux informations personnelles et de recenser les fichiers. Pour constituer une base de données, est appliqué soit un régime de déclaration préalable, soit un régime d'autorisation préalable dès lors que les données sont sensibles (orientation sexuelle, religion…). En outre, la CNIL reçoit et instruit les plaintes ; elle dispose, le cas échéant, d'un pouvoir de sanction.

– La Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) :
L'HADOPI a été créée en 2009. Son rôle est tout d'abord de mettre en place différentes actions afin d'encourager le développement d'une offre légale, spécialement en matière musicale. Surtout, il lui revient de lutter contre le piratage à travers le mécanisme dit de la « riposte graduée », lequel peut aboutir à la condamnation pénale de quiconque télécharge des œuvres en méconnaissant les droits de leurs auteurs. L'HADOPI régule également les mesures techniques de protection, lesquelles ont pour objet d'empêcher le piratage mais risquent d'empêcher la réalisation des exceptions légales au droit d'auteur.

À l'inverse des autres autorités, l'HADOPI ne dispose d'aucun pouvoir de sanction. Elle ne peut que saisir la justice en cas de constatation d'infraction. Cela s'explique par le fait que ne sont potentiellement pas concernés des opérateurs économiques mais l'ensemble des citoyens.

– L'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) :
Créée en 2010, à la veille de la Coupe du monde football, laquelle allait générer une somme de paris sportifs colossale, l'ARJEL régule le secteur des jeux de hasard et de pari en ligne. Il lui revient en particulier de délivrer les licences aux opérateurs qui souhaitent entrer sur ce marché désormais soumis à un régime d'autorisation préalable.

– L'Agence nationale des fréquences (ANFR) :
L'ANFR décide des bandes de fréquences à libérer ou à préserver.

4. — La liberté d'expression

– Le principe :
L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 consacre « la libre communication des pensées et des opinions, […] un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté ». La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, à son article 19, et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, à son article 10, consacrent ce même principe dans l'ordre international. Et la Cour européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence très extensive autour de la liberté d'expression, retenant que celle-ci vaut également « pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent » (arrêt *Handyside*, 1976).

En France, le Conseil constitutionnel affirme qu'il existe une liberté d'émission des informations et des idées, mais aussi une liberté de réception. Il faut se souvenir que les pouvoirs publics ont pu interdire l'écoute de certaines stations de radio (la BBC en particulier) au cours de la Seconde guerre mondiale. La liberté de la presse est reconnue depuis une loi de 1881. La communication audiovisuelle est, elle, soumise à un régime d'autorisation préalable en raison de la fiction de la rareté de la ressource hertzienne.

– Les limites :
Les lois doivent concilier la liberté d'expression avec le respect d'autres droits. Le respect du droit à la vie privée est une première limite. Le respect de la dignité de la personne humaine impose de ne pas présenter quiconque dans une position dégradante ou humiliante ; toutefois, la jurisprudence n'hésite pas à retenir l'exception d'actualité qui permet de représenter toute personne prise au cœur d'un évènement d'actualité. La liberté d'expression ne permet pas non plus d'enfreindre le droit à la présomption d'innocence et il est défendu, dès lors qu'aucun jugement définitif n'est intervenu, de présenter quelqu'un comme coupable ou menottée, même s'il existe des indices graves et concordants.

L'injure est encore une limite à la liberté d'expression. Elle se définit comme toute expression outrageante, invectives, attaques directes et personnelles contre une personne ou un groupe de personnes. Quant à la diffamation, il s'agit de toute imputation d'un fait qui porte atteinte à la considération ou à l'honneur d'une personne.

Il se trouve encore des limitations sanitaires à la liberté d'expression : la publicité ou l'incitation à la consommation d'alcool ou de tabac sont partiellement ou totalement défendues. En outre, une loi de 1949 sur la protection de la jeunesse règlemente les publications violentes, licencieuses ou pornographiques. Par exemple, a pu être interdit un épisode de Lucky Luke dans lequel le héros, à la fin, tue un frère Dalton.

En revanche, le droit à l'humour, à la parodie ou à l'ironie permette une extension de la liberté d'expression. Et le respect des croyances religieuses n'est pas une limite à ladite liberté. En 2007, lors des l'affaire dite « des caricatures de Mahomet », le TGI de Paris a

pu retenir que le respect de toutes les croyances va de pair avec la liberté de les critiquer et avec celle de représenter les sujets objets de vénérations religieuses.

5. — Le droit au respect de la vie privée

L'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen affirme que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » ; et l'article 9 du Code civil de disposer que « chacun a droit au respect de sa vie privée ». En conséquence, tout citoyen doit voir protégés les informations concernant sa santé, son domicile, sa vie familiale et personnelle, ses croyances, ses ressources financières. En la matière, les juges disposent de pouvoirs étendus d'appréciation, tandis que le Code pénal punit la captation sans autorisation de paroles privées ou de l'image d'une personne dans un lieu privé. Néanmoins, le consentement est présumé si la captation est faite au vu et au su d'une personne qui ne manifeste nulle opposition.

– Le droit à l'image :
Il s'agit d'une création prétorienne, historiquement attachée à la vie privée mais qui tend à s'en détacher pour protéger également l'image prise dans un cadre public. Aujourd'hui, pour photographier une personne, il est nécessaire d'obtenir une autorisation écrite, laquelle doit préciser la finalité et les supports de l'image. Concernant les mineurs ou les majeurs incapables, c'est aux parents ou au représentant légal de procurer cette autorisation.

La jurisprudence retient — c'est heureux — que la personne doit être identifiable pour qu'il y ait atteinte à son droit à l'image. Et lorsque l'image relève d'un fait d'actualité, nulle consentement préalable des photographiés n'est requis. Mais il est alors nécessaire qu'un lien étroit existe entre le fait et sa représentation. Également, en cas de photographie de groupe, par exemple d'un cortège, aucune autorisation ne doit être demandée. Il en va de même lorsque la personne visée est une personne publique se présentant à cet instant dans le cadre de ses fonctions.

6. — La liberté des communications électroniques

La Constitution de l'Union internationale des télécommunications de 1992 consacre « le libre usage des communications électroniques ». Toutefois, cette organisation (plus ancienne de toutes les institutions internationales) laisse les États membres libres de règlementer davantage le secteur en question. De plus, ladite Constitution de l'UIT prévoit un arrêt possible des télécommunications en cas de danger imminent pour la sûreté de l'État ou de danger pour l'ordre public ou les bonnes mœurs.

En France, l'article 32 du CPCE dispose : « les communications électroniques s'exercent librement ». Le régime applicable est celui de la déclaration préalable auprès de l'ARCEP. Pour l'établissement ou l'exploitation d'un réseau ouvert au public ou pour la création d'un service de communication électronique, une seule déclaration est suffisante. Donc, toute création de site Web est soumise à obligation de déclaration. Ainsi, en cas de création de pages personnelles (blogs notamment), cette démarche est effectuée automatiquement par l'hébergeur.

Le CPCE précise que la déclaration préalable est obligatoire dès lors que sont utilisées les fréquences radioélectriques pour émettre ou recevoir des signaux. Toutefois, la matière audiovisuelle fait exception puisqu'il convient d'obtenir l'autorisation du CSA. En la matière, jusque dans les années 1980, existait un monopole au profit de l'État à travers l'ORTF. Et aujourd'hui ce régime d'autorisation est justifié par la rareté de la ressource hertzienne qui empêche tous les opérateurs désireux de créer des services de cohabiter. Les conditions de sélection par le CSA doivent être parfaitement objectives, transparentes et non-discriminatoires. Le refus d'autorisation est notamment possible afin de sauvegarder l'ordre ou la sécurité publics, afin d'assurer la bonne utilisation des fréquences ou en cas d'incapacité technique ou financière du demandeur.

Le spectre hertzien est objet d'une fiction qui en fait un élément du domaine public. Son occupation est toujours précaire ; il n'existe pas de droit au maintien. Ainsi les autorisations délivrées aux services de télévision ou de radio ne sont valables que pour une durée de cinq années. Et ces opérateurs doivent payer une redevance pour occupation du domaine public hertzien.

7. — L'octroi des licences de téléphonie mobile

Une licence est une autorisation d'utilisation, un droit d'entrer sur le marché et de développer un réseau. Sorte de cahier des charges, contrat entre l'État et l'opérateur, elle définit les droits et — surtout — obligations de ce dernier.

Tout d'abord, un appel à candidatures est lancé. Puis, l'ARCEP examine les propositions faites. Les licences sont mises aux enchères ; peuvent candidater toutes les entreprises remplissant les critères arrêtés par l'ARCEP. Leur délivrance est alors synonyme de coût important, si bien que les candidats sont généralement peu nombreux, quand il n'y a pas une seule candidature. *In fine*, les licences sont attribuées par le ministre en charge des communications électroniques.

Ont été proposées des licences 1G, 2G (GSM, voix), 2,5G (GPRS puis EDGE, sms, données), 3G (UMTS), 3G+ et 4G. Après que le secteur des télécommunications ait été ouvert à la concurrence en 1990, les premières licences GSM ont été délivrées à France Télécom (devenue Orange en 2001) et à SFR. Une troisième licence a été conférée en 1994 à Bouygues Télécom. Les licences 3G ont été délivrées à Orange et SFR en 2001, à Bouygues Télécom en 2002 et à Free Mobile en 2009. Les licences 4G ont été attribuées aux quatre opérateurs en 2011.

Afin de faciliter le jeu de la concurrence, l'ARCEP impose de nombreuses obligations aux opérateurs. Ainsi ceux-ci doivent-ils limiter le verrouillage de leurs terminaux, assurer la portabilité des numéros, entretenir une qualité de service à un haut niveau (ce qui implique spécialement l'absence de coupure des communications), couvrir la quasi-totalité de la population (98 % de la population métropolitaine et les grands axes de transport). Par ailleurs, de plus en plus de charges sont imposées au nom de la protection de l'environnement et du principe de précaution. Cela concerne en particulier l'implantation des antennes-relai.

8. — La protection des créations intellectuelles

L'ensemble des règles législatives relatives à la propriété intellectuelle sont regroupées dans le Code de la propriété intellectuelle (CPI).

La propriété intellectuelle comporte deux éléments distincts : d'une part la propriété littéraire et artistique — soit le droit des auteurs d'œuvres artistiques —, d'autre part la propriété industrielle, c'est-à-dire le droit des marques, des brevets et des dessins et modèles.

Pour qu'une œuvre soit protégée, une condition essentielle est exigée : elle doit être originale, marquée de la personnalité de son auteur.

La propriété littéraire et artistique comporte deux ensembles de droits. En premier lieu, se trouvent quatre droits moraux, perpétuels et inaliénables :
– le droit au respect de l'œuvre (nul ne peut modifier l'œuvre)
– le droit au respect de la paternité (nul ne peut présenter l'œuvre sans l'accompagner du nom de son auteur)
– le droit de divulgation (l'auteur rend publique son œuvre au moment qui lui sied)
– le droit de repentir ou de retrait (une œuvre rendue publique peut être retirée par son auteur sans besoin de justification)

Le second ensemble est composé des droits patrimoniaux qui, eux, peuvent librement être cédés et rémunérés. Il s'agit du droit de reproduction et du droit de représentation de l'œuvre. Ces droits s'éteignent 70 ans après le décès de l'auteur. L'œuvre entre alors dans le domaine public.

Le CPI prévoit différentes exceptions permettant d'utiliser tout ou partie d'une œuvre sans consentement exprès de l'auteur. Notamment, existent les exceptions de courte citation, de copie privée et de parodie.

Le développement des moyens de communication en ligne a mis la propriété littéraire et artistique au centre des attentions en raison du développement d'un phénomène de contrefaçons massives (*peer to peer*, *streaming*), au détriment des droits des auteurs. En France, les lois LCEN de 2004 et DADVSI de 2006 ont œuvré en faveur de l'émancipation des mesures techniques de protection. Surtout, elles ont entendu sanctionner la mise à disposition de logiciels de *peer to peer*. Seulement ces dispositifs se sont révélés parfaitement inefficaces, spécialement en raison de la limite que constitue la territorialité de la loi nationale.

Le législateur a alors réagi en décidant de viser directement, non plus les auteurs de sites permettant les infractions, mais les particuliers commettant ces infractions. La loi « HADOPI » du 12 juin 2009 impose la surveillance par chacun de son accès à internet ; elle sanctionne en effet le titulaire de l'accès (suspension dudit accès jusqu'à un an sans possibilité de souscrire à un autre abonnement).

Cependant, le Conseil constitutionnel est venu censurer ce dispositif, arguant de la liberté de communication consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Les magistrats ont ainsi érigé un nouveau principe à valeur constitutionnelle : la liberté d'accéder à internet. En outre, ils ont jugé qu'une autorité administrative ne pouvait sanctionner directement des citoyens.

Il n'en demeure pas moins que la liberté d'accéder à internet doit être conciliée avec les droits des auteurs d'œuvres littéraires et artistiques et avec l'objectif légitime de lutte contre les contrefaçons. Ainsi une loi « HADOPI II » a-t-elle été publiée le 28 octobre 2009, sans censure de la part du Conseil constitutionnel. Ce texte prévoit la compétence du juge répressif et une sanction maximale consistant en une amende de 1 500 euros et une suspension de l'accès à internet d'un mois.

La loi met en place un système de « riposte graduée » : il revient à la HADOPI de constater l'infraction et d'en réunir les preuves ; ensuite, l'autorité adresse un courriel avertissant l'auteur de l'infraction ; si celle-ci est réitérée, est envoyée une lettre avec accusé de réception ; si les agissements délictueux ne cessent toujours pas, la HADOPI saisit alors le Procureur de la République, lequel décide ou non de saisir le Tribunal de police, compétent en matière de contraventions.

Les choix opérés par le législateur ont été largement critiqués ; et l'avenir de la HADOPI est ô combien incertain. Ses coûts de fonctionnement paraissent trop élevés comparativement au peu de sanctions qui ont été, in fine, prononcées à l'encontre des pirates. De plus, la technologie du *peer to peer* a été rapidement subrogée par celle de *streaming*. Enfin, beaucoup regrettent que ne soit pas mis en place un système de licence globale ou de rémunération pour copie privée à l'identique de celui applicable au prix des CD et DVD vierges.

9. — La protection des données personnelles

La loi du 6 janvier 1978 a créé la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), en faisant la toute première autorité administrative indépendante de France. Son rôle consiste à veiller au respect du droit applicable à la protection des informations personnelles des individus, lequel est gravement menacé par le développement de nombre de services en ligne (ce qui se traduit en particulier par le développement de la publicité ciblée).

La loi définit une donnée personnelle comme toute information permettant d'identifier directement ou indirectement une personne physique. Sont visés, parmi d'autres, numéro de sécurité sociale, date de naissance, numéro de compte bancaire, adresse de courriel, numéro de téléphone, adresse IP. De plus, les données portant sur l'orientation sexuelle, la santé, l'opinion politique ou la croyance religieuse sont considérées comme sensibles.

Le principe est qu'il est interdit de traiter ou de collecter des données personnelles. Toutefois des exceptions sont possibles en cas d'intérêt public avéré (par exemple en matière sanitaire), mais une anonymisation rapide est exigée.

Dans tous les cas, le consentement préalable de la part des personnes concernées est nécessaire. Et il revient au responsable du traitement de procéder à une déclaration préalable auprès de la CNIL ; cette déclaration devant spécifier précisément la finalité de la démarche ou encore le caractère facultatif ou obligatoire des réponses.

Toute personne concernée par une base de données dispose d'un droit d'opposition, d'accès, de vérification, de modification et de suppression ; ces démarches s'opérant par le truchement de la CNIL.

10. — La responsabilité des prestataires techniques

La question est ici de savoir qui se trouve responsable des données et informations illicites transmises sur des services de communication en ligne. En premier lieu, c'est l'internaute ou le créateur du service qui doit être visé. Il s'agit alors de l'éditeur, qui a exercé un rôle actif à l'égard du contenu en cause. Seulement, se posent le plus souvent des difficultés d'identification (pseudonymie, présence hors du territoire national). Aussi la loi (article 6 de la LCEN du 21 juin 2004) a-t-elle entendu traiter la question de la responsabilité — ou complicité — des prestataires techniques, c'est-à-dire des fournisseurs d'accès à internet et des hébergeurs qui proposent les moyens de commettre l'infraction.

– Les fournisseurs d'accès à internet :
La LCEN définit le fournisseur d'accès à internet comme toute personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne. Sont ainsi visés les opérateurs de télécommunications, mais aussi, par exemple, les cybercafés ou les bibliothèques.

La loi prévoit pour ces acteurs un régime d'irresponsabilité. Ils n'ont aucune obligation de surveillance ; il ne leur incombe en aucun cas d'enquêter ou de filtrer les contenus. Néanmoins, ils doivent faire figurer sur tout document publicitaire que le piratage nuit à la création artistique.

De plus, cette irresponsabilité n'existe qu'à condition qu'ils adoptent une attitude neutre à l'égard des contenus. Le fournisseur d'accès pourra être tenu responsable s'il est lui-même à l'origine de la transmission du contenu ou s'il sélectionne le destinataire ou les informations circulant. Enfin, un magistrat peut demander une surveillance ciblée et temporaire à un fournisseur d'accès.

– Les hébergeurs :
Plus proches des contenus que les fournisseurs d'accès, les hébergeurs sont, selon la LCEN, les personnes qui assurent le stockage de contenus pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne.

La loi applique à ces acteurs un régime de responsabilité allégée. Ils n'ont pas, eux non plus, d'obligation générale de surveillance des données stockées ; mais un juge peut, là aussi, demander une surveillance ciblée et temporaire. En revanche, un hébergeur doit retirer promptement les données manifestement illicites dès lors qu'il en prend connaissance. Ainsi, les victimes d'infractions — souvent les ayants-droits ou les auteurs d'œuvres de l'esprit — doivent s'adresser avant toute autre chose à ces intermédiaires techniques afin de leur notifier la présence de contenus délictueux. Si l'hébergeur ne retire pas ledit contenu manifestement illicite, il sera alors considéré complice de l'infraction. En outre, il doit retirer automatiquement un contenu auparavant supprimé qui serait remis en ligne.

Ces règles sont importantes car les réseaux sociaux et les sites collaboratifs sont considérés par la jurisprudence comme des hébergeurs. Concernant le statut des plateformes d'enchères, les décisions de justice restent pour l'heure contradictoires.

11. — Le commerce électronique

La LCEN définit le commerce électronique comme l'activité économique par laquelle une personne propose à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Sont donc en cause des contrats conclus à distance et par voie électronique.

Le grand enjeu pour le développement ou le maintien du commerce en ligne est la confiance, d'où la présence de ce terme dans le nom de la LCEN (loi pour la *confiance* dans l'économie numérique) du 21 juin 2004. Cela concerne en premier lieu la sécurisation des échanges et, surtout, des paiements.

S'applique, en la matière, les dispositions du Code de la consommation relatives aux ventes à distance. Ainsi le consommateur dispose-t-il de droit d'un délai de rétractation de 7 jours à compter de la réception du bien ou service commandé.

Ces contrats sont conclus par un système de « double clic », incluant une confirmation finale de l'ensemble de la commande.

Quant au vendeur, il se voit obligé d'afficher diverses informations : prix, frais de livraison, date limite de livraison, disponibilité du produit notamment. Et il doit nécessairement adresser une facture papier à l'acheteur.

Par ailleurs, le contrat est annulé en cas de paiement après usurpation des coordonnées bancaires. La loi défend aux cybercommerçants de surtaxer les *hotlines* et de débuter la facturation avant que la communication n'ait été engagée.

12. — La publicité électronique

La LCEN règlemente la publicité en ligne. Elle la définit ainsi : tout message, sur un service de communication en ligne, incitant à l'achat d'un produit ou d'un service

Toute publicité en ligne doit être clairement identifiée comme telle, à l'instar d'ailleurs des publicités présentes dans les services de communication audiovisuelle ou les publicités par affichage.

Certains produits ou services voient leur publicité interdite. Elle est interdite pour les produits de santé ou pharmaceutiques et pour le tabac. Elle est autorisée pour les boissons alcoolisées à condition que les services ne soient pas destinés à un public d'enfants ou d'adolescents. Elle est encore interdite pour les jeux de hasard sur les sites à destination des mineurs.

Concernant la lutte contre l'envoi massif de messages publicitaires par courriel, la loi prévoit un régime de consentement préalable. L'internaute doit autoriser expressément un service à envoyer des courriels publicitaires à son adresse. De plus, doit toujours être proposé de mettre fin à la réception de ces messages par un lien hypertexte dans chaque courriel publicitaire.

13. — Les jeux de hasard et de pari en ligne

Le secteur des jeux de hasard et de pari en ligne, auparavant monopole de l'État, a été libéralisé par la loi du 12 mai 2010. Celle-ci édicte néanmoins un régime strict : chaque opérateur désireux de créer pareil service doit obtenir un agrément de la part d'une autorité créée à ces fins, l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL). Cette dernière vérifie, avant de délivrer l'autorisation, qu'un certain nombre d'obligations et de conditions sont satisfaites par le candidat.

Cette libéralisation s'explique par la prolifération des usages illégaux, de nombreux joueurs recourant à des services illégaux en France. De plus, la loi entend mieux prévenir les addictions, assurer la sécurité des mises et des paris et assurer la protection de la jeunesse. Notamment, l'accès à ces services est défendu aux mineurs ; la date de naissance doit être vérifiée pour toute inscription et même toute connexion.

Les paris où le montant de la perte peut différer de celui de la mise sont interdits. Et la proportion maximale des sommes reversées aux joueurs est fixée par la loi à 85 %, cela afin de limiter l'effet d'aubaine et, partant, le risque d'addiction.

14. — Les contrats du Web 2.0

Sont ici visées les conventions conclues entre particuliers et sites de partage, réseaux sociaux et plateformes de vente aux enchères. Le Web 2.0 désigne l'ensemble des services qui permettent aux internautes d'enrichir les contenus, soit de ne pas demeurer passifs face aux informations.

Ces contrats sont généralement conclus lorsque l'internaute désireux de s'inscrire au service « accepte les conditions générales d'utilisation ».

– les sites de partage (Youtube…) :
Les sites de partage sont des services gratuits d'hébergement de contenus. Ces services, comme nombre de services du Web, se financent quasi-uniquement par la publicité.

L'utilisateur s'engage à ne mettre en ligne que des contenus libres de droits et qui ne violent pas l'ordre public. Il cède ses droits d'auteur sur les créations qu'il met en ligne.

– Les réseaux sociaux (Facebook…) :
Les réseaux sociaux sont des services d'hébergement de données regroupant diverses fonctionnalités dont des messageries instantanées.

L'utilisateur s'engage à ne pas donner de fausses informations sur sa personne. Il cède le droit d'utiliser ses données personnelles et de les vendre à des annonceurs désireux de proposer des annonces ciblées. Le réseau social exclut sa responsabilité faite par des tiers des données personnelles. Mais il s'engage à mettre à disposition différents paramètres de confidentialité.

Également, l'utilisateur concède une licence d'utilisation des contenus qu'il met en ligne, notamment les photographies.

– Les plateformes de vente aux enchères (eBay…) :
Les plateformes de vente aux enchères sont des services de courtage ; ils mettent en relation vendeurs et acheteurs. De plus, ils assurent l'hébergement d'annonces.

Sont imposées des obligations de bon comportement aux vendeurs. Il est interdit de mettre en vente des objets interdits ou contrefaisants (drogues, fausses monnaies, organes, copies d'œuvres protégées par des droits de propriété intellectuelle…). Mais le service exclut toute responsabilité en cas de disfonctionnement, de faille de sécurité ou de malhonnêteté d'un vendeur.

Le service vérifie que les vendeurs n'exercent pas une activité professionnelle à travers le site. Il s'agirait alors d'une infraction puisque toute activité professionnelle suppose une déclaration auprès des autorités fiscales. Le compte peut potentiellement être suspendu.

15. — La responsabilité des moteurs de recherche

La problématique est ici celle du bon référencement par un moteur de recherche de services contenant des informations ou contenus illicites ; le bon référencement est, en effet, l'élément central du point de vue de l'audience d'un site.

À l'inverse des fournisseurs d'accès à internet et des hébergeurs, la LCEN ne prévoit pas à leur endroit de régime d'irresponsabilité ou de responsabilité allégée. Le droit commun a donc vocation à s'appliquer, en particulier la responsabilité délictuelle autour de l'article 1382 du Code civil.

La jurisprudence a pu considérer qu'un moteur de recherche était responsable pour avoir indexé un site objectivement illicite ou pour avoir programmé son algorithme autour de mots-clés inadaptés.

Au terme d'une célèbre procédure, un moteur de recherche a été condamné en 2000 en raison du fait qu'il indexait un site de vente aux enchères d'objets nazis. En 2009, un autre moteur de recherche a été condamné car il associait le terme « arnaque » au nom d'une entreprise parmi les dix résultats les plus populaires dans son aide à la recherche. La neutralité de l'algorithme, reposant sur de simples statistiques, n'était un motif valable de dédouanement.

Cependant, aucune obligation générale de surveillance ou de filtrage n'est imposée par la jurisprudence aux moteurs de recherche. Ils ont été jugés irresponsables du parasitisme résultant du fait qu'une entreprise utilise le nom de l'un de ses concurrents comme metatag afin d'apparaître parmi les résultats lorsqu'un internaute recherche l'adresse Web de ce concurrent. De même, n'a pas été jugée illégale la pratique consistant à vendre à une société le nom d'une autre dans le but d'apparaître au sein des liens sponsorisés liés à cette dernière.