

DROIT DE L'INFORMATIQUE

Yves Bismuth

DROIT DE L'INFORMATIQUE

*Éléments de droit
à l'usage des informaticiens*

L'Harmattan

© L'Harmattan, 2011
5-7, rue de l'École-Polytechnique, 75005 Paris

<http://www.librairieharmattan.com>
diffusion.harmattan@wanadoo.fr
harmattan1@wanadoo.fr

ISBN : 978-2-296-56548-7
EAN : 9782296565487

Sommaire

Avant propos.....	7
Introduction générale.....	9
Titre 1. La protection des acteurs de l’informatique.....	29
Chapitre 1. Protéger le créateur	31
Chapitre 2. Protéger le professionnel.....	99
Titre 2. La protection des utilisateurs de l’informatique	157
Chapitre 1. Protéger l'utilisateur via le commerce électronique.....	159
Chapitre 2. Protéger l'utilisateur dans sa vie privée	189
Chapitre 3. Protéger la victime de la cybercriminalité	213
Titre 3. La protection contre le risque informatique.....	229
Chapitre 1. Protéger par l'action en responsabilité civile.....	231
Chapitre 2. Protéger par l'assurance	247
Conclusion.....	263
Annexes.....	267
Bibliographie.....	415
Abréviations	419
Index.....	421

Avant propos

§ 1. Sans doute n'explique-t-on pas grand-chose en posant dès l'abord que le droit de l'informatique est l'ensemble des règles de droit applicables à l'informatique. Au moins ce truisme a-t-il le mérite de dégager les deux termes de la relation : la règle de droit et son objet, l'informatique. Il est cependant inexact en réalité et cela pour deux raisons. D'une part, le droit de l'informatique n'est pas une simple branche du droit (à l'image de ce que peuvent être le droit du travail ou le droit pénal). L'objet de cet ouvrage n'est donc pas de démontrer l'existence d'un droit autonome de l'informatique, mais bien d'étudier les règles issues de chaque branche du droit telles qu'appliquées à l'informatique.

§ 2. D'autre part, le mot « informatique » vient en réalité de la contraction de deux termes : « information » et « automatique ». Le droit de l'informatique au sens large n'englobe donc pas uniquement les règles régissant les outils informatiques. Il serait en effet obsolète de ne considérer que le droit s'appliquant aux choses, tant notre société croît sans cesse vers une immatérialité presque absolue. Il faut donc aussi comprendre toutes les règles relatives au traitement automatisé de l'information, l'immatériel, le numérique, le nébuleux. Au sens de cet ouvrage, le terme « informatique » sera alors considéré comme englobant aussi toutes les « nouvelles » technologies de l'information et de la communication (NTIC).

§ 3. Or, comme souvent, la sémantique est bonne conseillère ; elle nous permet ici de cerner les problématiques de l'informatique, au sens large donc. L'informatique sert l'acheteur. Il facilite sa diffusion, sa collecte, et accroît ainsi la rapidité de traitement et la diversité des objets de cette information. Mais l'informatique est **automatique**, et l'intervention purement humaine est fortement exclue. Il est donc nécessaire que cet outil soit maîtrisé, aussi bien humainement que juridiquement.

§ 4. La maîtrise technique de l'informatique est évidemment une chose primordiale. Mais cette maîtrise n'a pas de sens si l'on occulte les règles de droit qui s'y rapportent. Savoir mettre en vente un objet sur internet ne garantit en aucun cas la bonne marche de la transaction, il faut pour cela être conscient des règles régissant le contrat de vente. L'entreprise doit être consciente du risque lié à l'informatique pour pouvoir l'évaluer, le prendre en compte, et y palier. L'interdépendance entre règles et outils est si forte qu'il paraît essentiel de maîtriser presque également les deux matières pour être un bon informaticien. **En somme, l'utilisation de l'informatique en méconnaissance des règles de droit est une mauvaise utilisation de l'informatique.**

§ 5. L'objet de cet ouvrage sera donc d'appréhender l'informatique et les technologies de l'information et de la communication sous l'angle de leur encadrement par le droit. Il est plus que nécessaire, dans la société d'information qui est la nôtre, d'utiliser l'informatique dans un respect profond des règles juridiques qui l'encadre. Tout informaticien doit donc prendre connaissance, sinon maîtriser les règles de droit applicables à sa pratique quotidienne.

§ 6. L'informaticien doit considérer le droit comme un corollaire de sa matière. L'informatique est en mouvement perpétuel, l'innovation est incessante et surtout infiniment rapide. A grande échelle, nous pouvons dire avec certitude que l'informatique, et surtout les technologies de l'immatériel, n'en sont qu'à leur commencement. Or il faut donc être conscient que le juriste, tout comme l'informaticien, ne peut pas prédire l'avenir ; il ne peut que prendre connaissance de l'existant, apprendre à le maîtriser et parfois en appréhender les conséquences et les évolutions plausibles. Le droit, bien qu'ayant une vocation universelle, ne peut que prétendre régler une situation juridique à un instant *t*. Nul ne peut savoir si les règles d'aujourd'hui pourront appréhender les situations de demain, ou si elles devront être adaptées, modifiées, ou profondément repensées.

§ 7. La règle de droit, souvent perçue comme étant rigide, d'adaptation lente et de compromis, doit alors se confronter à un outil qui en est *a priori* tout le contraire. C'est toute la difficulté de l'application et de l'élaboration des règles applicables à l'informatique. Nous essayerons par le biais de cet ouvrage de présenter le droit tel qu'il est, pour que l'informaticien adapte sa pratique en conséquence. Nous essayerons aussi, avec toute la modestie et la réserve qui s'imposent, de présenter les débats non encore résolus, et d'amorcer une réflexion sur ce que nous pensons être l'avenir de l'informatique. Sans jamais perdre de vue que l'analyse d'une situation existante nous condamne à l'obsolescence.

Introduction générale

§ 8. L'adaptation du droit à l'informatique est le terreau d'une large réflexion quant à l'étendue de ce droit (Section II) mais tout d'abord, c'est le concept de « règle de droit » qui mérite quelques précisions techniques préalables, bien qu'il paraisse familier et intuitif (Section II).

SECTION I. LA RÈGLE DE DROIT

§ 9. Il n'est pas d'exercice plus périlleux que de définir une notion apparemment aussi simple que celle de règle de droit. On peut néanmoins relever deux caractéristiques principales :

- * la règle de droit est un modèle de jugement dont le respect s'impose à toute personne désireuse de tenir un raisonnement juridiquement correct ;
- * la règle de droit échappe à la volonté de celui qui y est soumis.

§ 10. Il faut préciser comment la règle de droit est créée (Sous-section I) et appliquée (Sous-section II).

SOUS-SECTION I. LA CRÉATION DE LA RÈGLE DE DROIT

§ 11. C'est la question dite des « sources du droit ». En pratique, on appelle « source du droit » les sources d'information juridique, c'est-à-dire, en général, les documents à partir desquels on peut dégager le contenu de la règle de droit. Si elle est généralement écrite, la source d'information juridique peut éventuellement se présenter sous forme orale, ainsi la coutume ou les usages (qui font souvent d'ailleurs l'objet d'une rédaction officielle).

§ 12. De ce point de vue, les sources du droit sont nombreuses et variées. On les regroupe souvent en deux catégories, par ordre de perfection technique et non de valeur juridique : les sources principales (I) et les sources secondaires (II).

I. LES SOURCES PRINCIPALES

§ 13. Les sources principales du droit sont les textes qui édictent directement des règles de droit. La qualification de « principales » s'explique par le fait qu'elles ont une valeur juridique déterminée précisément, ce qui se traduit par l'existence d'une hiérarchie des normes qu'il faudra décrire (B) après les avoir présentées (A).

A. Les différentes sortes de textes

§ 14. Les textes dont émane la règle de droit sont de quatre ordres : les sources internationales (1), les textes constitutionnels (2), la loi (3) et les sources réglementaires (4).

1. Sources internationales

§ 15. Principalement sous l'impulsion de l'Union Européenne, la France est aujourd'hui soumise à un grand nombre de textes internationaux ; cependant tous n'ont pas force obligatoire (c'est le cas par exemple de l'Organisation des Nations Unies, qui a le pouvoir de prendre des recommandations envers les Etats, sans pour autant bénéficier d'un moyen de coercition).

§ 16. Le principe général est la souveraineté de l'Etat, un Etat ne peut donc être obligé de se soumettre à une règle quelle qu'elle soit. Il doit y avoir consenti, et ce consentement peut se faire soit au cas par cas (ratification d'un traité, comme la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme CESDH), soit globalement et *a priori*, en adhérant à une institution internationale qui aura le pouvoir d'édicter des règles contraignantes. Ainsi, en adhérant au traité fondateur de l'Union Européenne, la France a admis que celle-ci puisse édicter dans le futur des règles qui auront une force obligatoire en France.

§ 17. Le cas particulier de l'Union Européenne doit être ici expliqué : par le biais de ses organes, l'Union édicte majoritairement deux types d'actes : les règlements qui imposent des règles matérielles et sont d'application directe en droit français ; les directives, imposant un objectif que les normes juridiques nationales doivent atteindre, et qui doivent donc être transposées en droit interne au moyen d'une loi. Le domaine de ces normes s'est progressivement étendu, jusqu'à concerner aujourd'hui une multitude de domaines, dont bien évidemment l'informatique. L'Union Européenne, par le biais notamment de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), contrôle l'application des règlements et la bonne transposition des directives.

§ 18. Le texte international ou les statuts de l'institution en cause peuvent prévoir des sanctions à l'encontre des Etats en cas d'inexécution des obligations découlant de ces textes. Les particuliers peuvent par ailleurs exercer dans certaines conditions et devant certaines juridictions un recours en conventionalité d'un texte de droit interne.

2. Les textes constitutionnels

§ 19. Ce que l'on appelle fréquemment le « **bloc de constitutionnalité** » est constitué de l'ensemble des textes qui ont une valeur constitutionnelle, c'est-à-dire une valeur supérieure à tout texte de droit interne. Toute loi, tout décret, tout règlement, doivent en réalité se conformer à ces textes.

§ 20. Ce bloc recouvre la Constitution de 1958, son préambule, le préambule de la Constitution de 1946, la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, les principes particulièrement nécessaires à notre temps, les principes fondamentaux pour les lois de la République et la Charte de l'environnement. Ces textes renferment à la fois l'ensemble des droits et libertés fondamentaux et le fonctionnement général de l'Etat. Leur modification ne peut être effectuée que via un processus lourd, censé protéger les valeurs républicaines qu'ils contiennent.

§ 21. La conformité des lois à ce bloc de constitutionnalité est donc primordiale. Un contrôle de cette constitutionnalité peut donc être effectué soit par le biais d'un **contrôle a priori** avant la promulgation de la loi (par un groupe de parlementaires, le Président de chaque chambre du Parlement, le Président de la République ou le Premier ministre), soit *a posteriori* par le biais d'une **question prioritaire de constitutionnalité** lors d'une action en Justice. Cette dernière, posée par le justiciable au cours d'une action en justice, est relayée par le biais de la Cour de Cassation ou du Conseil d'Etat, suivant l'intérêt ou la nouveauté de la question.

§ 22. Lors de ce contrôle de constitutionnalité, le juge constitutionnel est amené à interpréter la Constitution à la lumière des questions qui lui sont posées par les Parlementaires ou les Hautes juridictions, et ainsi à préciser le contenu de ses dispositions. Il a récemment été rappelé que le contenu des libertés telles qu'énoncées au sein du bloc de constitutionnalité s'apprécie à un moment donné et peut être étendu selon l'époque. Ainsi, la liberté de pensée et d'opinions est rappelée à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et selon les termes du Conseil constitutionnel :

« En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services. »

L'accès à internet a donc été érigé en principe constitutionnel. A l'origine une initiative privée, voire un privilège, il prend désormais la forme d'une liberté que le législateur se devra de protéger lors de l'édiction de toute norme en la matière (cf. *infra* sur ce sujet le débat sur la loi HADOPI § 203).

3. La loi

§ 23. Dans son acception stricte, la **loi** est un texte voté par le Parlement. Le Parlement est l'ensemble de l'Assemblée Nationale et du Sénat. L'initiative des lois appartient concurremment au gouvernement (projet de loi) et aux mem-

bres du Parlement (proposition de loi)¹. Le texte doit, en principe, être adopté en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat². Il s'instaure donc une « navette » entre les deux Assemblées jusqu'à ce qu'un accord se fasse. Cependant, après deux « lectures » par chaque assemblée, le Premier ministre peut provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire (réunissant autant de députés que de sénateurs). Le texte élaboré par la commission mixte doit être approuvé par les deux assemblées.

§ 24. Une fois votée, la loi peut faire l'objet d'une demande de contrôle du Conseil Constitutionnel (cf. *supra* § 21s.). En l'absence d'un tel contrôle ou s'il s'avère positif, la loi est promulguée par décret du Président de la République et publiée au Journal Officiel.

§ 25. Depuis la Constitution du 4 octobre 1958, le domaine de la loi s'est considérablement restreint : en effet, l'article 34 de la Constitution énumère les domaines réservés au pouvoir législatif, tandis que le premier alinéa de l'article 37 dispose que « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* » (ce qui signifie qu'elles ressortissent à la compétence du pouvoir exécutif).

4. Sources réglementaires

§ 26. Littéralement un « **règlement** » est un acte qui règle une série de situations semblables. En droit, l'expression « acte réglementaire » est employée pour désigner une partie des actes administratifs, c'est-à-dire des actes du pouvoir exécutif (par opposition aux actes individuels, tels que les nominations de fonctionnaires).

§ 27. Le « pouvoir exécutif » s'identifie pratiquement à l'administration. Les administrateurs investis d'un pouvoir réglementaire sont fort nombreux et vont du Président de la République aux maires, en passant par le Premier Ministre, les ministres, les recteurs, les présidents d'Universités...

§ 28. Par application stricte du principe de la « séparation des pouvoirs », l'exécutif devrait se limiter à mettre en œuvre les lois par une série d'actes individuels (juridiques ou matériels) et être donc démuné de pouvoir réglementaire. Or, pour tout un ensemble de bonnes ou mauvaises raisons, l'évolution du droit constitutionnel s'est faite dans le sens d'un développement toujours croissant du pouvoir réglementaire de l'exécutif.

§ 29. La production de règles de droit par le pouvoir exécutif se manifeste aujourd'hui de deux manières : soit indirectement, par délégation du pouvoir

1. Art. 39 al. 1er de la Constitution de 1958

2. Art. 45 de la Constitution de 1958

législatif (ce sont les ordonnances), soit directement par l'édition de règlements au sens strict.

§ 30. Les **ordonnances** sont des actes pris par l'exécutif dans le domaine réservé au pouvoir législatif par l'article 34 de la Constitution de 1958. Le Parlement peut autoriser le gouvernement à prendre, par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Elles doivent être ratifiées par une loi dont le projet doit être déposé avant la date fixée par la loi d'habilitation.

§ 31. Les autres actes de l'exécutif sont, selon les cas, des **décrets** (qui ne peuvent être pris que par le Président de la République ou le Premier Ministre) ou des **arrêtés** (qui peuvent être pris par toute autorité administrative :

- * Traditionnellement, le pouvoir exécutif peut prendre des règlements d'application qui précisent les modalités concrètes d'une loi ;
- * Mais le pouvoir exécutif peut également prendre des règlements autonomes : ce pouvoir a été officialisé et considérablement étendu par la Constitution de 1958, qui attribue au pouvoir réglementaire tout ce qui n'est pas expressément du domaine de la loi.

B. La hiérarchie des textes

§ 32. Les actes des pouvoirs publics sont ordonnés selon une hiérarchie principalement formelle, subsidiairement matérielle, fondée sur la valeur juridique qui leur est attribuée.

En principe :

- * les actes de l'exécutif sont ordonnés selon la hiérarchie des autorités administratives qui les ont pris ;
- * les actes de l'exécutif doivent être conformes aux actes du pouvoir législatif ;
- * les lois doivent être conformes à la Constitution et aux actes internationaux.
- * Il existe un débat quant à la hiérarchie entre la Constitution et les actes internationaux, l'Union Européenne affirmant que tout l'ordre interne doit être conforme au droit européen, tandis que la Constitution prévoyant uniquement une obligation de conformité pour les lois et actes réglementaires.

L'existence d'une hiérarchie fonde la possibilité d'un contrôle de conformité du texte inférieur par rapport aux règles supérieures.

§ 33. Les actes de l'exécutif font l'objet d'un contrôle de légalité ; par voie d'action directement devant le juge administratif qui a le pouvoir d'annuler l'acte ou par voie d'exception, c'est-à-dire à tout moment comme moyen de dé-

fense pour écarter l'acte du procès en cours (le juge n'aura alors pas le pouvoir d'annuler cet acte). Par ailleurs, la loi fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité (cf. *supra* § 21) et de conventionalité.

II. LES SOURCES SECONDAIRES

§ 34. Les sources secondaires de droit, ou d'information juridique, sont fort variées ; ce sont essentiellement les interprétations administratives (A), la jurisprudence (B), la coutume (C) et la doctrine (D).

A. Les interprétations administratives

§ 35. L'administration est souvent amenée à donner une interprétation stricte des textes législatifs ou réglementaires que ce soit spontanément par voie de **circulaires**, ou par voie de **réponses ministérielles** qui interviennent consécutivement à des questions posées par certains parlementaires. Les interprétations ont une importance pratique considérable mais n'ont aucune valeur juridique ; en particulier, elles ne lient pas le juge.

B. La jurisprudence

§ 36. La **jurisprudence** est l'ensemble des informations juridiques contenues dans les décisions des cours (**arrêts**) et des tribunaux (**jugements**).

§ 37. En principe, le rôle des juridictions n'est pas de créer du droit. L'article 5 du Code civil interdit au juge de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leurs sont soumises. Pourtant deux raisons font que les décisions juridictionnelles contiennent au moins de précieuses informations sur le contenu de règles préexistantes, voire des règles entièrement nouvelles :

- * d'abord les juges ne peuvent refuser de juger « *sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* » (fait constitutif du déni de justice consacré par l'article 4 du Code civil), ce qui les contraint à interpréter les textes et à en combler les lacunes ;
- * ensuite, la justice est organisée en France de manière à favoriser l'unité de la jurisprudence : le mécanisme essentiel est celui du pourvoi en cassation qui permet de soumettre une décision juridictionnelle à une juridiction supérieure (Cour de cassation pour les juridictions civiles ou pénales, Conseil d'Etat pour les juridictions administratives) afin qu'elle vérifie que le droit a été correctement appliqué au fait (il s'agit donc encore d'une forme de contrôle de légalité) : le juge de cassa-

tion est ainsi conduit à harmoniser la jurisprudence, donc au moins à établir des interprétations homogènes et, éventuellement à créer des règles nouvelles.

§ 38. Il ne peut être question, dans le cadre de cet ouvrage, de décrire l'organisation juridictionnelle française. Cependant, une connaissance sommaire de la structure de l'organisation judiciaire (ensemble des juridictions civiles et pénales) est indispensable à la compréhension du mécanisme de formation de la jurisprudence. A travers la diversité des juridictions que l'histoire explique sans nécessairement la justifier, on perçoit deux principes directeurs :

- * la règle du double degré de juridiction selon laquelle toute personne a, en principe, le droit d'être jugé deux fois (une première fois en première instance et une seconde fois en appel) : s'il y a une multiplicité de tribunaux du premier degré, en revanche il n'y a qu'un seul juge d'appel quelle que soit la nature du litige (mais il y a plusieurs Cours d'appel sur l'ensemble du territoire) ;
- * l'existence d'un juge de cassation unique pour l'ensemble de l'organisation judiciaire : la Cour de cassation.

§ 39. Dès lors, un procès pourra se dérouler selon le schéma suivant :

- * Le litige est porté devant une juridiction « civile » du premier degré, par exemple : le tribunal de commerce ;
- * S'il est d'une certaine importance, les parties ont le droit d'interjeter appel du jugement devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle est situé le tribunal : la Cour d'appel a le pouvoir de réexaminer totalement le litige en fait et en droit ;
- * L'arrêt de la Cour d'appel peut être frappé de pourvoi ; le pourvoi pourra être examiné par la Chambre commerciale de la Cour de cassation que ne peut qu'examiner si le droit a été correctement appliqué aux faits tels qu'ils ressortent du dossier ; dans l'affirmative, elle rejette le pourvoi ; dans la négative, elle casse la décision attaquée. Selon les cas, la cassation peut être suivie d'un renvoi devant une autre «juridiction du fond» de même nature et de même degré que celle qui a rendu la décision cassée (en l'espèce, une autre Cour d'appel) qui peut ou non suivre l'opinion de la Cour de Cassation. Si la juridiction de renvoi refuse de s'incliner, un second pourvoi peut être formé pour les mêmes motifs que le premier : il est alors porté devant une formation spéciale de la Cour de cassation qui tranche définitivement sur le point de droit litigieux (quitte à renvoyer l'affaire devant une seconde juridiction de renvoi qui sera obligée de s'incliner).

§ 40. L'importance pratique de la jurisprudence pour la connaissance du droit est aujourd'hui considérable : en effet, quel que soit le parti pris sur le

point de savoir si elle crée de nouvelles règles ou si elle se borne à dégager le contenu de normes préexistantes, elle est une irremplaçable source d'information juridique. Elle doit cependant être utilisée avec précaution : en effet, la souplesse de la jurisprudence est en même temps sa principale qualité et son principal défaut. En effet, si elle lui permet de s'adapter aisément à une situation non prévue par le législateur ou rapidement à l'évolution des faits, en revanche, elle lui confère une incertitude nuisible à la sécurité juridique :

- * à un instant donné, il peut y avoir des divergences de jurisprudence, soit entre les juridictions du fond, soit entre celles-ci et la Cour de cassation, soit encore entre les différentes formations de la Cour de cassation ; certes en théorie, le mécanisme du pourvoi en cassation devrait résorber ces divergences à terme, mais justement ce terme peut être plus ou moins éloigné ;
- * dans le temps, il peut y avoir des revirements de jurisprudence, qui, s'ils sont généralement fertiles pour la théorie juridique, peuvent surprendre les plaideurs en pratique.

§ 41. L'appréciation de la portée et de la stabilité d'une jurisprudence est affaire d'experts. Elle s'insère dans un diagnostic juridique général de la situation de fait examinée. Le flou est d'autant plus grand que même si une partie non négligeable de la jurisprudence est publiée dans les revues juridiques papier ou en ligne, l'image de la production des juridictions reste très imparfaite.

C. La coutume

§ 42. La **coutume** est une pratique répétée accomplie avec la conscience de son caractère juridique obligatoire. En théorie deux raisons devraient conduire à minimiser son rôle dans le droit contemporain

- * la coutume a d'abord une réputation d'archaïsme : elle ne serait justifiée qu'en cas d'insuffisance des sources textuelles dont la supériorité technique est érigée en postulat ;
- * la coutume est une atteinte aux prérogatives de l'Etat en matière de production des règles de droit.

§ 43. Pourtant, s'il est vrai que l'Etat a toujours le droit de briser une coutume en lui déniait toute valeur juridique, il n'en reste pas moins que la coutume conserve une relative importance en droit français. D'abord parce qu'elle se révèle souvent plus efficace qu'un texte : créée par ses propres assujettis, elle est mieux adaptée à la diversité de leurs besoins et, surtout, elle rencontre plus facilement leur assentiment. Ensuite parce que la coutume ne heurte généralement pas la loi ni le règlement car elle intervient dans des domaines où l'Etat ne souhaite pas nécessairement affirmer sa puissance. Il en est ainsi

notamment, et peut-être paradoxalement, dans le domaine du droit des affaires ou du droit professionnel ou sous la forme des usages ou de la pratique professionnelle, la coutume contribue fortement à régler les activités, en particulier les contrats.

D. La doctrine

§ 44. Formellement, la **doctrine** est l'ensemble des écrits des juristes. Sans doute peut-il paraître étonnant de la faire figurer au rang des sources du droit : il est vrai que la doctrine n'a aujourd'hui aucune autorité institutionnelle, ce qui veut dire que ses opinions ne sauraient s'imposer aux juges. L'autorité de la doctrine est purement intellectuelle. Cette apparente faiblesse est en réalité une force car la solution proposée s'imposera parce qu'elle est raisonnable et non parce qu'elle a été arrêtée par telle personne ou telle institution. C'est là un fondement que l'on aimerait pouvoir attribuer à toute règle de droit.

SOUS-SECTION II. L'APPLICATION DE LA RÈGLE DE DROIT

§ 45. Le droit positif se présente comme un ensemble de règles. Pour juger d'une situation de fait, il faut d'abord déterminer la règle applicable (I). Il faut ensuite mesurer l'effectivité de la règle considérée (II)

I. DÉTERMINATION DE LA RÈGLE DE DROIT APPLICABLE

§ 46. En principe, une règle de droit est applicable dès que ses conditions d'application sont réunies dans les faits : la règle juridique a force obligatoire (A) ; cependant des difficultés s'élèvent lorsque plusieurs règles peuvent prétendre régir le même fait : il faut alors résoudre un conflit de règles (B).

A. La force obligatoire de la règle de droit

§ 47. Dire que la règle de droit a force obligatoire, c'est seulement affirmer qu'elle s'impose comme modèle de jugement quel que soit son contenu (obligation, interdiction ou autorisation). La force obligatoire n'est certainement pas exclue par l'ignorance de la règle par celui à qui on veut l'appliquer (en vertu de la fiction selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi »). En revan-

che, il semble que dans certains cas, l'application d'une règle soit soumise à la volonté d'un sujet de droit. Ainsi il existe en matière de contrat une série de règles qui ne s'applique que si les parties ne l'a pas écartée; on nomme ces règles les «règles supplétives» ou «interprétatives» par opposition aux règles «impératives» que la volonté ne peut pas écarter. Ces dernières sont également appelées règles d'«ordre public» dans l'un des nombreux sens que cette expression est susceptible d'accepter en droit (cf. *infra* § 300) Pourtant les règles supplétives ne sont pas d'une nature différente: elles s'appliquent également lorsque leurs conditions sont remplies. Seulement parmi ces conditions figure l'absence de volonté contraire des cocontractants.

B. Les conflits de règles de droit

§ 48. On compte au moins trois sortes de conflits de règles de droit:

- * dans le premier cas, deux règles en vigueur dans un même ordre juridique prétendent régler la même situation de fait: il y a **opposition de règles de droit** (1);
- * dans le deuxième cas, le conflit intervient entre une règle ancienne et une règle nouvelle qui ont le même objet: il y a **conflit de lois** –au sens de règle de droit - **dans le temps** (2);
- * enfin, dans le troisième et dernier cas, le conflit est entre des règles appartenant à des ordres juridiques différents (essentiellement entre la loi française et une ou plusieurs lois étrangères): on parle alors de **conflit de lois dans l'espace** (3).

1. Oppositions de règles de droit

§ 49. Si deux règles simultanément en vigueur dans un même ordre juridique peuvent qualifier un fait identique, alors le conflit doit être réglé par application des deux principes suivants:

- * **la règle spéciale prime la règle générale**, ce qui signifie que la règle dont le champ d'application est le plus restreint est analysée comme une exception au principe posé par la loi dont le champ d'application est le plus large;
- * **la règle la plus récente prime la règle la plus ancienne**: en principe, si une règle nouvelle remplace une règle ancienne, il est de bonne technique législative d'abroger expressément cette dernière; si tel n'est pas le cas, l'opposition entre la nouvelle règle et l'ancienne peut être interprétée comme une abrogation implicite.

2. Conflits de lois dans le temps

§ 50. En principe, il ne devrait jamais y avoir de conflits de lois dans le temps : en effet, l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle entraîne l'abrogation de la loi ancienne ayant le même objet. Par conséquent, à un instant *t*, l'une ou l'autre est en vigueur, et non l'une et l'autre.

Pour qu'apparaisse un conflit de lois dans le temps, il faut que la situation juridique considérée s'étale dans le temps et qu'elle commence sous l'empire de la loi ancienne et qu'elle ne soit point achevée lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (ce qui veut dire notamment qu'elle n'a pas fait l'objet d'une déclaration de justice irrévocable).

§ 51. Les conflits de lois dans le temps sont souvent réglés par des dispositions transitoires incluses dans la loi nouvelle. A défaut, les principes de solution sont les suivants :

- * **la loi nouvelle n'est pas rétroactive** : elle ne s'applique donc pas aux éléments de fait survenus avant son entrée en vigueur (qui doivent donc être jugés selon la loi ancienne) ;
- * Cependant en droit pénal, pour des raisons humanitaires, les auteurs d'infractions commises sous l'empire de la loi ancienne plus sévère peuvent, en principe, bénéficier immédiatement des dispositions d'une loi nouvelle plus douce («*rétroactivité*» de la loi plus favorable dite «*rétroactivité in mitius*»).
- * Mais **la loi nouvelle est d'application immédiate**, ce qui signifie qu'elle s'applique non seulement aux situations nouvelles mais aussi aux effets futurs des situations en cours. Cette règle supporte néanmoins une exception très importante puisque les contrats, quelle qu'en soit la durée, restent en principe soumis à la loi en vigueur au jour où ils ont été conclus. Cependant, les contrats en cours sont régis par la loi nouvelle si elle est d'ordre public (cf. § 300).

3. Conflits de lois dans l'espace

§ 52. On est ici en présence d'une situation de fait comprenant au moins deux éléments de rattachement à des ordres juridiques différents : les éléments de rattachement peuvent être la nationalité des personnes en cause, le lieu où les faits se sont produits, ou la nationalité de la juridiction appelée à juger les faits. En raisonnant d'un point de vue français, l'on dit que la situation présente un élément d'extranéité. Cette situation est susceptible de se multiplier dès que l'opération en cause a lieu sur internet.

Par exemple :

- * un Français épouse une Japonaise : quelle est la loi applicable au mariage ?

- * ils ont un enfant qui naît en Belgique : quelle loi déterminera sa filiation ? sa nationalité ?
- * le couple achète une série d'articles pour bébé fabriqué en Chine sur un site internet hongrois, à faire livrer en Belgique : quelle loi appliquer en cas de litige ?
- * le mari est embauché par une entreprise américaine qui l'envoie sur un chantier au Mexique : à quelle loi est soumis son contrat de travail ?
- * là, il est victime d'un accident mortel causé par un Allemand : quelle loi déterminera les conséquences de l'accident ? la dévolution de la succession ?
- *

§ 53. Déterminer la loi applicable est une des questions essentielles du droit international privé. Contrairement à ce que l'appellation pourrait laisser entendre, ce droit n'a pas nécessairement des sources internationales : s'il est vrai que certains conflits sont réglés par des conventions internationales, à défaut la solution doit être recherchée dans le « système de conflits » de la loi du juge qui est saisi du problème. La solution du conflit dépend donc de la nationalité du juge qui statue car tous les systèmes de conflits nationaux ne sont pas identiques.

§ 54. La solution la plus simple consiste pour le juge à appliquer systématiquement sa loi nationale. Tel est le cas en droit pénal français : en revanche, en droit privé (droit civil, droit commercial..) le juge français accepte d'appliquer la loi étrangère. Par exemple, les accidents sont soumis à la loi locale du pays où ils se sont produits, tandis que les contrats sont soumis à la loi que les parties ont entendu lui soumettre.

§ 55. A noter que la clause qui détermine le tribunal territorialement compétent (ou clause de compétence territoriale) est autorisée pour tous les contrats internationaux. Elle est en revanche interdite pour déterminer quel tribunal national français sera compétent lors d'un litige interne, sauf si les deux parties sont commerçantes³.

II. EFFECTIVITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT

§ 56. Parler de l'effectivité de la règle de droit c'est se demander dans quelle mesure elle est réellement appliquée ou, inversement, tenter de cerner les raisons qui font échec à son application. Il est en effet des circonstances de fait

3. Art. 48 du Code de procédure civile

qui font qu'une violation du droit n'entraîne aucune conséquence à son auteur. Cette situation de pur fait, si elle ne remet pas en cause la force obligatoire de la règle violée, est souvent invoquée pour taxer le droit d'inutilité pratique et les livres de droit de recueils d'hypothèses d'école.

§ 57. C'est que l'effectivité d'une règle n'est perceptible que lors de l'exécution d'une condamnation prononcée par un juge ; dans tous les autres cas, un observateur superficiel pourrait considérer qu'il n'y a pas de droit. Or, toute une série d'obstacles pratiques font que dans de nombreuses hypothèses de violation du droit, l'on ne parvient pas à la situation achevée évoquée ci-dessus.

- * il y a d'abord les hypothèses dans lesquelles personne ne saisit le juge afin de faire sanctionner la violation de la règle (soit qu'il n'y ait pas de victime, soit que cette dernière hésite devant la perspective d'un procès) ;
- * il y a ensuite les cas dans lesquels le demandeur succombe faute d'avoir pu rapporter la preuve de ses allégations ; l'importance pratique de la preuve est telle que l'on a pu dire qu'il était équivalent de ne pas avoir de droit ou de ne pas pouvoir le prouver ;
- * il est également possible que la victime, déboutée par une décision mal jugée en droit, renonce à l'exercice des voies de recours et notamment au pourvoi en cassation ;
- * enfin, une décision de justice quelle qu'elle soit n'est pas nécessairement exécutée : l'effectivité des règles de droit passe par celle des décisions de justice.

§ 58. Dans toutes ces hypothèses, il y a eu violation de la loi sans conséquences dommageables pour son auteur. Une telle constatation peut donner l'impression fallacieuse qu'il n'y a pas de droit tant qu'il n'y a pas de sanction effective de sa violation (ce qui peut conduire, notamment dans l'entreprise, à gérer le risque juridique comme un autre risque). Sans discuter sur la pertinence d'un tel calcul (qui est généralement à courte vue), on constatera simplement qu'il s'agit d'une manœuvre de pur fait qui ne relèvera pas de l'étude du droit. Dans la suite de cet ouvrage, nous ferons abstraction de ces obstacles et l'on supposera que la règle juridique est systématiquement effective.

SECTION II. L'APPLICATION DU DROIT À L'INFORMATIQUE

§ 59. La spécificité d'un droit de l'informatique n'existe que par le biais des objets auxquels le droit est appliqué. Si conceptuellement, le droit de l'informatique a pour objet le traitement de l'information (Sous-section I), son étendue est très vaste (Sous-section II).

SOUS-SECTION I. L'OBJET DU DROIT DE L'INFORMATIQUE

§ 60. Selon l'arrêté du 22 décembre 1981⁴, l'informatique est la « *science de traitement rationnel, notamment par machines automatiques, de l'information considérée comme le support des connaissances humaines et des communications dans les domaines technique, économique et social.* » De façon plus synthétique, l'informatique consiste à appliquer à l'information (I) un certain traitement (II).

I. L'INFORMATION

§ 61. L'information est définie par l'arrêté du 22 décembre 1981 comme étant un « *élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué*⁵. »

L'information est donc un signal porteur d'une signification : un renseignement ou élément de connaissance ne devient une information que lorsqu'il a reçu une forme qui le rend communicable. Or, par le biais de l'informatique, tout signal est systématiquement numérisé et enregistré sur des supports spécifiques qui ne peuvent être lus que par l'intermédiaire d'une interface, qu'il s'agisse d'un ordinateur ou d'une tablette numérique, d'un lecteur mp3 ou d'un DVD. L'information, par nature immatérielle, a donc besoin des outils matériels pour se rendre intelligible à l'être humain.

§ 62. L'information a par ailleurs une diversité infinie de contenus possibles. Ces informations peuvent évidemment concerner des actualités, mais aussi des renseignements, pouvant concerner des personnes physiques ou morales, des connaissances scientifiques, juridiques, techniques, économiques, documentaires...

4. Portant enrichissement du vocabulaire informatique, JO 10 nov. 1984

5. Arrêté du 22 décembre 1981 portant enrichissement du vocabulaire informatique, JO 10 nov. 1984

II. LE TRAITEMENT DE L'INFORMATION

§ 63. Une typologie des traitements appliqués à l'information par l'informatique permet de tracer les grandes lignes du domaine du droit de l'informatique :

- * il faut d'abord enregistrer l'information, et, symétriquement, être capable de la relire ;
- * il faut ensuite pouvoir stocker l'information en la mémorisant ;
- * il est alors possible de transformer ces informations pour obtenir des résultats en appliquant un algorithme aux données ;
- * il devient alors possible d'échanger ces informations à travers un réseau fermé (intranet) ou ouvert (internet).

Il appartient au droit de l'informatique de régler chacune de ces opérations.

§ 64. En informatique, toutes ces opérations ont une caractéristique commune qui est d'être effectuée par des procédés automatiques, ce qui entraîne trois conséquences :

- * On observe une **augmentation considérable de la puissance de traitement** : en théorie, l'ordinateur ne peut qu'exécuter plus rapidement les tâches qu'il serait possible d'accomplir humainement.
- * Corrélativement, il devient impossible de vérifier un par un les résultats fournis par une machine, mais ce recul du contrôle humain n'affaiblit pas la confiance aveugle de l'homme en l'ordinateur, et surtout en l'internet. Aujourd'hui, le premier résultat d'un moteur de recherche est le plus consulté, il devient pour une grande partie des utilisateurs la seule source d'information, et donc par définition, la vérité.
- * On peut craindre un **risque de standardisation** des traitements et des informations.
- * Il existe indéniablement une **augmentation significative du rayonnement de l'information**. Son traitement, s'il est mis en ligne, rend l'information potentiellement accessible par tous les internautes de la planète. Cette diffusion en masse, souvent gratuite et sans contrôle *a priori*, est susceptible de concerner aussi bien des données protégées que des données personnelles ou confidentielles, et modifie en profondeur les pratiques et le contenu de l'information.

SOUS-SECTION II. LE CONTENU DU DROIT DE L'INFORMATIQUE

§ 65. Le contenu du droit de l'informatique touche aujourd'hui bien plus que les problèmes de numérisation de l'information et de nature du matériel

informatique. C'est la diffusion de l'information qui pose actuellement le plus de questions.

- * on pense évidemment à la question de la **protection des libertés publiques** contre l'informatique et, notamment, de la réglementation des fichiers d'information nominatives ;
- * il y a ensuite la discussion classique de la **protection des œuvres**, qu'elles soient « classiques » ou logicielles, et de leur classement sous forme de bases de données ;
- * le **commerce du matériel et du logiciel** se réalise par les contrats informatiques dont les principales figures sont aujourd'hui clairement caractérisées ;
- * le **commerce** s'effectue par ailleurs de plus en plus par le biais de l'**informatique**, sur internet, ce qui entraîne une profonde modification des pratiques ;
- * **l'informatisation du travail** modifie les conditions de l'emploi et soulève autant de questions de droit du travail, de même qu'un vrai questionnement sur la frontière entre le privé et le professionnel ;
- * une **mauvaise utilisation de l'informatique** et d'internet peut être source de responsabilité civile ou pénale, notamment dans le cas des fraudes informatiques ;
- * un **mouvement d'informatisation** des actes juridiques, et notamment des contrats et des paiements, appelle à de nouvelles règles juridiques sur ces matières.

§ 66. L'ensemble des réponses juridiques à ces problématiques compose ce que l'on appelle un « **droit applicable à l'informatique** ». L'informatique et internet se sont imposés dans la pratique, mettant à mal une grande partie des règles juridiques applicables auparavant. L'informatique facilite l'exercice des libertés, elle en facilite corrélativement les atteintes. Ceci est d'autant plus vrai que les utilisateurs de l'informatique, particuliers ou professionnels, sont aujourd'hui dépendants de l'informatique et de la facilité qu'il procure au quotidien. Les atteintes aux libertés de chacun peuvent donc se multiplier, en toute conscience : les libertés individuelles perdent du terrain au profit de la liberté d'utiliser les technologies de l'information et de la communication. Certes, c'est à la pratique de permettre autant que faire se peut l'apparition de nouveaux usages privés et professionnels. Mais c'est au droit de protéger ceux qui mettront en œuvre ces usages et d'en poser les limites pour maintenir l'équilibre de tous les acteurs et utilisateurs de l'informatique, avec pour but suprême la protection des libertés fondamentales.

§ 67. Le droit de l'informatique doit donc avant tout s'analyser comme un droit protectionniste. Il protège les acteurs de l'informatique, pour encourager

leur activité éminemment lucrative (Titre 1). Il doit cependant protéger les utilisateurs de l'informatique, qui en sont les destinataires, pour les accompagner et garantir le respect d'un grand nombre de libertés sans lequel l'informatique n'a plus d'intérêt (Titre 2). Il a enfin pour but de protéger contre le risque informatique, en l'encadrant et en prévoyant les conséquences de sa réalisation (Titre 3).

Titre 1. La protection des acteurs de l'informatique

§ 68. Celui que nous appellerons «**acteur de l'informatique**», est celui qui fait vivre l'informatique. Il met l'informatique à la disposition de l'utilisateur final. Informatique et internet sont donc souvent pour lui une source de revenus, parfois même la seule. C'est cet acteur que le droit entend protéger, car il est un des moteurs d'une branche d'activité au poids économique exceptionnel.

L'acteur de l'informatique est donc celui qui crée le contenu ou le contenant de ce qui se trouve sur un ordinateur ou sur internet; sa création, pour être favorisée, doit être protégée. Il faut donc lui accorder une valeur et attacher des sanctions à la violation de cette création (Chapitre 1). L'acteur de l'informatique est aussi celui qui achète ou commercialise l'informatique, matériel comme immatériel. Il doit être favorisé dans son activité et protégé en cas de trouble (Chapitre 2).

Chapitre 1. Protéger le créateur

§ 69. Qu'il s'agisse d'une œuvre, d'une marque ou d'une innovation, il est indispensable que celui qui est à l'origine d'une création soit récompensé. Celui que nous appellerons pour l'instant le « créateur » est protégé par le droit français de la propriété intellectuelle. Cette nomenclature générale (Section I) englobe toute sorte de créations qu'elles soient artistiques ou industrielles et confère un monopole d'exploitation au créateur. Ce dernier peut donc distribuer sa création au public, y compris par le biais de l'informatique. Les règles de la propriété intellectuelle doivent donc être adaptées à ce média, et notamment à l'automaticité des tâches ainsi qu'à la croissante facilité de copie. Il faudra distinguer selon que la création fait l'objet d'une protection par la propriété littéraire et artistique (Section II) ou par la propriété industrielle (Section III).

SECTION I. LES PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES

§ 70. La propriété intellectuelle est une variété de propriété incorporelle (Sous-section II) qui n'est, elle-même, qu'une sorte de droit patrimonial (Sous-section I).

SOUS-SECTION I. PLACE DE LA PROPRIÉTÉ INCORPORELLE PARMI LES DROITS PATRIMONIAUX

§ 71. Les «droit patrimoniaux» sont des «droits subjectifs», évaluables en argent. Ils sont cessibles, transmissibles et peuvent être saisis : ces droits sont l'objet essentiel du commerce juridique, et par là, de la vie économique.

Ils s'opposent aux «droits extrapatrimoniaux», droits subjectifs non évaluables en argent (et incessibles, intransmissibles, insaisissables) comme les droits des personnes ou de famille : ainsi le droit à l'intégrité physique, le droit au nom, le droit à l'image, le droit à la vie privée...

§ 72. Les droits patrimoniaux peuvent être répartis selon différentes classifications. Ils sont, selon les cas ; réels ou personnels (I), meubles ou immeubles (II), corporels ou incorporels (III).

I. DROITS RÉELS ET DROITS PERSONNELS

§ 73. Un droit réel est un droit qui porte directement sur une chose corporelle. Le plus connu est le droit de propriété qui confère sur la chose un pouvoir absolu.

C'est-à-dire : le droit de se servir de la chose (*usus*), d'en percevoir les «fruits» ou revenus (*fructus*) et d'en disposer, soit en la détruisant, soit en en transmettant la propriété (*abusus*). La combinaison de certaines de ces prérogatives donne des «démembrements» de la propriété dont la figure la plus classique est l'usufruit dont la constitution au profit d'un tiers (*usus + fructus*) ne laisse au propriétaire que la «nue-propriété» (*abusus*).

§ 74. Un **droit personnel** est un droit de créance contre une personne appelée débiteur (qui est elle-même tenue d'une dette ou « obligation »). La notion juridique de créance ne se limite pas aux « créances de sommes d'argent » : le créancier peut, selon les cas, exiger de son débiteur une action (obligation de faire) ou une abstention (obligation de ne pas faire).

Ainsi, dans un contrat de travail, le salarié est créancier de son salaire (l'employeur a l'obligation de payer), mais réciproquement l'employeur est créancier du travail de ce dernier (qui a une « dette » de travail à son égard).

§ 75. La distinction entre les droits réels et les droits personnels ne recouvre pas parfaitement l'ensemble des droits patrimoniaux. En particulier, il existe des droits qui, d'une part, n'ont pas de débiteur (ce qui exclut la qualification de droit personnel) et, d'autre part, ne portent pas sur une chose corporelle (et ne sont donc pas, à proprement parler, des droits « réels »). C'est dans cette troisième catégorie que se placent les propriétés intellectuelles qui sont des droits sur des créations de l'esprit.

II. MEUBLES ET IMMEUBLES

§ 76. Les qualifications juridiques de **meubles** et d'**immeubles** qui gouvernent un régime juridique fort différent ne doivent pas être entendues dans le sens que donne à ces termes le langage courant et ceci pour deux raisons :

§ 77. - d'abord parce que si la nature des choses (le meuble est la chose mobile, l'immeuble la chose immobile) est l'un des critères de qualification (« meubles » ou « immeubles par nature »), elle n'est pas le seul et le droit n'hésite pas à qualifier d'immeuble « par destination » certains meubles affectés au service d'un immeuble par nature⁶ ou à réputer meubles « par détermination de la loi⁷ » tout ce qui n'est pas expressément qualifié immeuble ;

Curieux destin que celui du lapin qui, meuble par nature puisqu'il se meut par lui-même⁸, devient immeuble par destination lorsqu'il est de garenne⁹.

Quant à la qualification de « meuble par détermination de la loi », elle se présente comme une catégorie résiduelle où l'on range tout ce qui ne trouve pas d'autre place comme les fonds de commerce, les clientèles des professions libérales ou les créances...

6. Art. 245 du Code civil

7. Art. 529 du Code civil

8. Art. 528 du Code civil

9. Art. 524 du Code civil

§ 78. - Ensuite et surtout parce qu'au fond les termes de meuble et d'immeuble désignent non pas tant les choses que les droits :

- * les droits réels sont meubles ou immeubles suivant la nature de la chose corporelle sur laquelle ils portent, c'est-à-dire en fonction de «l'objet auquel ils s'appliquent¹⁰»;
- * La propriété est donc mobilière si elle porte sur une chose «meuble par nature»; elle est immobilière quand elle s'exerce soit sur un «immeuble par nature», soit sur un «immeuble par destination».
- * les droits personnels (créances) sont meubles «par détermination de la loi».

Il en va de même des droits patrimoniaux qui n'entrent dans aucune de ces deux catégories, telles les propriétés intellectuelles (cf. *supra* § 75).

On constate que seuls les droits corporels peuvent être immeubles. En revanche tous les droits incorporels sont mobiliers.

III. BIENS CORPORELS ET INCORPORELS

§ 79. Quoiqu'elle s'approche sensiblement du sens commun, la notion de **bien** n'en a pas moins une signification spécifiquement juridique : elle s'identifie pratiquement à la notion de droit patrimonial :

- * un bien corporel est un droit réel (parce qu'il porte nécessairement sur une chose matérielle);
- * un bien incorporel est tout autre droit patrimonial, c'est-à-dire une créance (droit personnel) ou un droit qui n'est ni réel, ni personnel (notamment une propriété intellectuelle); en effet, ces droits ont en commun de ne pas s'exercer sur une chose matérielle.

SOUS-SECTION II. LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, FORME DE PROPRIÉTÉ INCORPORELLE

I. LES FORMES DE LA PROPRIÉTÉ INCORPORELLE

§ 80. La forme principale de la propriété incorporelle est la «propriété intellectuelle» qui est celle du créateur (auteur, inventeur) sur les créations de

10. Cf. Art. 526 du Code civil

l'esprit. Mais il existe d'autres formes de propriété incorporelle ainsi la propriété de la clientèle (d'une entreprise commerciale, voire d'une profession libérale), la propriété de données immatérielles contenues sur un disque dur ou sur un serveur, qu'il soit interne ou externe (*cloud computing* cf. *infra* § 414 s.), ou la « propriété commerciale » qui est une manière de désigner les droits particuliers que la loi confère au preneur d'un local commercial. Cette liste donne l'impression d'une grande hétérogénéité et il est difficile d'y percevoir un principe unitaire.

II. LA NOTION DE PROPRIÉTÉ INCORPORELLE

§ 81. Négativement, les différentes formes de propriété incorporelle ont en commun de ne pas porter sur une chose matérielle ; positivement, elles se réduisent le plus souvent à un monopole d'exploitation (sur une invention, une œuvre littéraire ou artistique, une clientèle...).

Cette constatation est d'une grande importance si l'on a à l'esprit que la propriété de l'information est nécessairement incorporelle. En effet, le titulaire d'un droit de propriété incorporelle est dans une situation assez différente d'un véritable propriétaire ; de sorte que l'on a pu considérer que le terme de « propriété incorporelle » n'était qu'une expression commode mais inexacte. En particulier s'il est bien possible de céder un droit de propriété incorporelle comme une véritable propriété de sorte que le cédant s'en trouve ainsi personnellement privé, il est également possible d'autoriser un tiers à exploiter également le droit dont on est titulaire en consentant ainsi une brèche dans son propre monopole d'exploitation. Cette possibilité qui est théoriquement fort différente d'une location ou d'un prêt est évidemment inconcevable dans le domaine de la propriété des choses corporelles.

§ 82. De la même manière, le voleur d'un meuble corporel spolie le véritable propriétaire de son droit, tandis que le « pirate » qui « vole » une propriété incorporelle se limite à porter atteinte au monopole d'exploitation du créateur qu'il ne dépouille pas radicalement.

Restent à étudier les deux formes de propriété intellectuelle que sont la propriété littéraire et artistique et les propriétés industrielles.

SECTION II. LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

§ 83. La raison d'être de la propriété littéraire et artistique est la protection d'une œuvre par un droit particulier qu'on appelle droit d'auteur. Ce droit est par nature destiné à protéger tous les types d'œuvres, mais les particularités des **œuvres numérisées** (Sous-section I) et de l'**œuvre multimédia** (Sous-section II), ont rendues nécessaires certaines modulations dans l'application de ce droit.

SOUS-SECTION I. LE DROIT D'AUTEUR À L'ÈRE DE L'ŒUVRE NUMÉRISÉE

§ 84. Les développements des technologies de l'information et de la communication ont profondément changé la manière d'appréhender juridiquement la notion d'œuvre. Conceptuellement, l'œuvre au sens du droit d'auteur est strictement indépendante du support, et en particulier la propriété de l'un n'entraîne pas de plein droit la propriété de l'autre. Mais depuis que le support est numérique, il serait absurde de nier son incidence sur l'œuvre.

§ 85. Les possibilités de duplication, de modification, d'altération, de diffusion et de visibilité d'une œuvre sont en effet infinies, et à la portée de tout utilisateur. La vision archaïque de l'œuvre rare, unique, presque sacrosainte, est définitivement enterrée. On n'admire plus une œuvre, on la possède. La numérisation du support a changé la signification même du concept d'œuvre et, par conséquent, la manière dont le droit doit la protéger.

Cette réforme est en marche, on en voit déjà poindre les premiers apports. La première partie du code de la propriété intellectuelle (au sein des articles L.111-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle) détermine les conditions dans lesquelles une œuvre peut bénéficier de la protection légale (I). Elle fixe également le régime juridique des droits des auteurs d'œuvres littéraire ou artistique, et met en place les prérogatives particulières de l'auteur d'une œuvre dont un des supports est numérique (II). Enfin, les récentes législations ont aménagé des régimes de sanctions spécifiques, en plus des sanctions classiques de violation du droit d'auteur (III).

I. LES CONDITIONS DE LA PROTECTION LÉGALE

§ 86. Selon le premier alinéa de l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle: « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul*

fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.» Par conséquent en droit français, l'acquisition des droits d'auteurs n'est point subordonnée à un dépôt, mais naît de la création même de l'œuvre, « même inachevée » (art. L.111-2 du Code de la propriété intellectuelle). L'auteur en est investi dès l'origine de son œuvre, et cela sans formalité.

Aucun formalisme n'est nécessaire, mais il peut cependant être souhaitable, notamment pour des considérations probatoires. Ainsi, de nombreuses sociétés de gestion collective ont mis en place des procédures particulières de dépôt, notamment l'Agence pour la protection des programmes (APP) pour les créations informatiques, ou Interdeposit avec un répertoire d'œuvres accessibles en ligne, ou encore la SACEM pour les œuvres musicales. Le dépôt auprès d'un notaire, l'envoi d'un recommandé à soi-même ou le système de l'enveloppe Soleau auprès de l'INPI sont également envisageables, pour donner date certaine à ladite création.

§ 87. Il suffit donc en principe qu'il y ait une œuvre (A) pour que l'auteur soit investi de droits (B).

A. L'objet de la protection : une œuvre

§ 88. Le législateur a refusé de donner une définition précise et unitaire de l'œuvre. Il s'est contenté d'en tracer les contours. Il conviendra de rappeler que la propriété incorporelle porte bien sur l'œuvre en elle-même, et en aucun cas sur son support. Peu importera donc qu'une œuvre soit reproduite sur papier ou sur un site internet, les droits sur l'œuvre seront les mêmes.

§ 89. L'article L.112-1 du Code de la propriété intellectuelle protège « *les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.* » Ainsi, aucune catégorie d'œuvre n'est exclue ou au contraire plus protégée qu'une autre, et peu importe la manière dont cette œuvre est communiquée. Cette conception large aux contours incertains permet d'inclure *a priori* certains types d'œuvres que la loi n'a pas pu envisager en son temps, et en particulier l'œuvre qui aurait été créée par ordinateur, fixée numériquement ou diffusée pour la première fois sur internet. Le juge devra par ailleurs se garder de toute appréciation sur le caractère esthétique de la création de même que sur sa destination.

§ 90. Malgré la généralité de cette disposition, il n'en reste pas moins deux conditions inhérentes à la notion d'œuvre :

d'une part la création intellectuelle doit être matérialisée d'une certaine manière (par des formes, des volumes, des sons...) et formalisée d'une façon précise : **la loi française ne protège pas les idées mais**

la forme dans laquelle elles sont exprimées. Ainsi l'œuvre doit être «concrétisée» pour exister, mais pas nécessairement fixée sur un support, elle pourra de la même manière être modifiée par l'auteur sans perdre le bénéfice de la protection.

d'autre part, la création intellectuelle doit être originale, c'est-à-dire qu'elle doit porter l'empreinte de la personnalité de l'auteur. La conception classique de l'originalité s'apprécie de façon **subjective**, et les juges se doivent de rechercher la personnalité de l'auteur pour déterminer si une création est bel et bien une œuvre.

Dans une approche classique, l'originalité s'entend comme « *le reflet de la personnalité du créateur*¹¹. »

Mais il n'est pas rare que cette condition soit «**objectivée**» par le juge. Il va se contenter de rechercher pour certaines créations, en particulier d'art appliqué, si l'œuvre est nouvelle et se distingue du domaine public antérieur - réintroduisant par là même la notion de mérite.

«*Hors le domaine des belles lettres ou de l'art pur, s'agissant d'œuvres à caractère utilitaire, l'originalité s'entend parfois de manière plus objective comme l'existence d'un apport intellectuel propre à son auteur*¹². »

§ 91. Une énumération d'œuvres protégées est proposée par la loi¹³ parmi lesquelles les livres, conférences, chorégraphies, composition musicales, écrits scientifiques, illustrations, plans, croquis, logiciel etc. Mais cette liste n'est pas exhaustive et il a par exemple été retenu récemment qu'une page de présentation d'un site web pouvait faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur à la condition d'être originale¹⁴ (cf. *infra* § 242).

Ces exemples ne sont que l'application du principe de l'indifférence du genre et de la destination, et montrent bien que la loi déborde largement du domaine du pur «littéraire et artistique». Elle a au contraire vocation à s'appliquer à des œuvres de l'esprit de caractère technique ou scientifique.

§ 92. La circulation des œuvres est grandissante, il est donc nécessaire en France de protéger les œuvres étrangères. La nationalité d'une œuvre est bien souvent déterminée par le lieu de sa première divulgation. Si cette dernière est intervenue dans un pays signataire de la Convention de Berne¹⁵, leur pro-

11. CA Paris, 24 nov. 1988, Cah. Dr. Auteur juin 1989, p.4

12. Cass. AP 7 mars 1986 n° 83-10477

13. Art. L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle

14. TGI Paris, 13 févr. 2001 : *Propri. intell., oct. 2001, p.66, obs. Sirinelli*

15. Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 sept. 1886.

tection en France est automatique au terme de son article 2. En revanche pour une œuvre originale d'un pays non signataire de la Convention de Berne, le juge national n'accordera la protection du droit d'auteur que si, après recherches, il conclut que l'œuvre est protégée dans son pays d'origine par l'existence d'un droit privatif.

B. Le bénéficiaire de la protection : un auteur

§ 93. L'article L.113-1 du Code de la propriété intellectuelle présume que l'auteur est celui « *sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ». La réalité est cependant plus complexe, tant la variété d'auteur possible est vaste. L'œuvre peut en effet être le fruit de la création d'un seul (1) ou de plusieurs (2).

1. L'œuvre d'un seul auteur

§ 94. Sauf le cas de l'œuvre collective (cf. *infra* § 101 s.), la qualité d'**auteur** ne peut être reconnue qu'à une personne physique. En effet, puisque l'œuvre tire son originalité de l'empreinte de la personnalité de l'auteur (cf. *supra* § 89 s.), c'est le créateur qui est auteur de l'œuvre, et non l'investisseur. Ainsi au terme de l'article L.111-1 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle, aucun contrat ne peut déroger à la jouissance du droit de propriété intellectuelle exclusif et opposable à tous de l'auteur. La cession de droits ne peut en principe concerner qu'une partie délimitée quant à son étendue et à sa destination des droits de l'auteur, mais en aucun cas la qualité d'auteur en elle-même.

§ 95. Le cas de l'auteur salarié est une forte illustration de ce principe. Même si ce dernier crée sous l'empire d'un contrat de travail, sous les directives de son employeur et à l'aide des moyens mis à sa disposition par lui, il reste cependant titulaire de l'ensemble des droits sur l'œuvre. Une cession formalisée et circonscrite, suivant les règles imposées par l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle, devra nécessairement avoir lieu pour que l'employeur puisse avoir quelque droit que ce soit sur l'œuvre.

§ 96. Pour une meilleure compétitivité du droit français face aux autres droits du monde, le législateur a voulu adapter le droit d'auteur sur certains types d'œuvres, et notamment en confier l'exercice aux personnes morales. Mais au lieu d'en organiser clairement les modalités, le législateur, mue par une volonté, pourtant contradictoire, de conserver la conception personnaliste du droit d'auteur à la française, a mis en place une pléiade de régimes spéciaux. Le cas des fonctionnaires est frappant, puisqu'il ressort de l'article L.131-3-1 du Code de la propriété intellectuelle que le droit d'exploitation de l'auteur est de plein droit, et dès sa création, cédé à l'Etat lorsque cette création est nécessaire à l'accomplissement d'un service public. Plus symptomati-

que encore, le droit d'auteur sur le logiciel bénéficie de règles bien à part (cf. *infra* § 209 s.).

2. L'œuvre de plusieurs auteurs

§ 97. Une œuvre peut résulter de la création de plusieurs auteurs dans différentes hypothèses :

a. L'œuvre dérivée

§ 98. L'œuvre **dérivée** est obtenue par transformation d'une œuvre originale sans incorporation d'une œuvre nouvelle. Il en est ainsi des traductions, transformations ou arrangements, ainsi que des anthologies et des recueils. Dans la mesure où elles constituent une création intellectuelle originale, ces œuvres sont protégées par la loi mais ceci « *sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale*¹⁶. »

b. L'œuvre de collaboration

§ 99. L'œuvre de **collaboration** est celle « *à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques*¹⁷ ».

Tel est le cas d'un album de bandes dessinées qui réunit les talents d'un scénariste et d'un dessinateur.

Cette œuvre est la propriété commune des coauteurs qui doivent exercer leurs droits d'un commun accord (ils sont en situation d'indivision). En cas de désaccord, c'est la juridiction civile qui devra statuer.

c. L'œuvre composite

§ 100. L'œuvre **composite** est celle qui résulte de l'incorporation d'une œuvre nouvelle à une œuvre préexistante « *sans la collaboration de l'auteur de cette dernière*¹⁸. ». Elle est la propriété de son auteur « *sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante*¹⁹. »

d. L'œuvre collective

§ 101. L'œuvre **collective** est une notion plus complexe. Selon l'article L.113-2 du Code de la propriété intellectuelle :

« *Est dite collective, l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie ou la divulgue sous sa direction et son nom* ».

16. Art. L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle

17. Art. L. 113-2 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle

18. Art. L. 113-2 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle

19. Art. L. 113-4 du Code de la propriété intellectuelle

§ 102. La qualification d'œuvre collective suppose la réunion de trois conditions :

- * la participation de plusieurs auteurs ;
- * l'impossibilité d'identifier la contribution de chacun ;
- * l'initiative d'un maître d'œuvre qui « *édite, publie ou divulgue sous sa direction et son nom* ».

Les créateurs personnes physiques sont bel et bien qualifiés d'auteurs, mais les droits d'auteurs naissent directement entre les mains de la personne (physique mais bien souvent morale) qui est à l'origine de l'œuvre.

II. LE CONTENU DES DROITS D'AUTEURS

§ 103. Bien qu'elle puisse avoir une valeur patrimoniale, l'œuvre littéraire ou artistique se détache malaisément de la personnalité de son auteur, dont elle est nécessairement l'expression (cf. *supra* § 93). C'est pourquoi le droit d'auteur a une structure complexe : il participe à la fois du « droit patrimonial » (A) et du « droit de la personnalité » (qui est extrapatrimonial cf. *supra* § 71 s.) (B). Ces deux branches du droit d'auteur sont divisibles à terme, mais naissent ensemble entre les mains de l'auteur dès la création, peu importe sa qualité ou la qualité de son œuvre. C'est ce que consacre le deuxième alinéa de l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle. Ce sont ces attributs qu'il convient de présenter successivement.

A. Attributs d'ordre intellectuel et moral

§ 104. Ils sont regroupés sous l'appellation générique de « **droit moral** ». En tant que « droit de la personnalité », le droit moral est « *perpétuel, inaliénable et imprescriptible*²⁰. », il est donc extrapatrimonial.

Au décès de l'auteur, le droit moral est transmis à ses héritiers qui peuvent l'exercer sans limitation de durée, à la différence des « attributs d'ordre patrimonial » dont la durée est limitée (cf. *infra* § 121 s.). Cependant, la transmission successorale du droit moral se fait selon des règles de dévolution dérogatoire au droit commun et l'exercice du droit moral par les héritiers peut être soumis à un contrôle judiciaire.

§ 105. Le droit moral comporte les attributs suivant : le droit de divulgation (1), le droit au nom (2), le droit au respect de l'œuvre (3), et le droit de repentir ou de retrait (4).

20. Art. L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle

1. Le droit de divulgation

§ 106. C'est le droit de livrer l'œuvre au public. Il appartient à l'auteur seul qui, en principe, «*détermine et fixe les conditions*» de la divulgation²¹. De même, l'auteur décide seul du procédé de ladite divulgation, et en fixe les conditions. Il faut que l'auteur accepte expressément chacun des modes de diffusion de son œuvre; en particulier, celui qui autorise la publication de celle-ci sur un support physique nommé n'est pas présumé en avoir accepté la diffusion sur un support numérique, sauf clause expresse au contrat.

§ 107. L'auteur est corollairement libre de ne pas divulguer son œuvre. Ainsi, une œuvre qui n'a jamais été divulguée par l'auteur ne pourra pas être rendue disponible sur un site internet sans son autorisation. Ce principe est appliqué sans concession par la jurisprudence, même lorsque l'auteur refuse de divulguer une œuvre qu'il a créé pour honorer un contrat de commande ayant pourtant force obligatoire entre les parties. Ce dernier ne pourra être condamné qu'à verser des dommages et intérêts, et ne saurait jamais être obligé à livrer la création, tant le droit de divulgation est fort en droit français²².

2. Le droit à la paternité

§ 108. L'auteur a le droit d'exiger que son **nom** soit cité. Il «*jouit du droit au respect de son nom et de sa qualité*» d'auteur²³. L'auteur peut agir en justice si aucun élément ne permet de l'identifier directement, même dans le cas où il aurait expressément autorisé la publication de son œuvre.

§ 109. L'auteur peut même aller plus loin et décider de «*tatouer*» son nom sur l'œuvre.

L'article L.331-11 du Code de la propriété intellectuelle consacre en effet les «*mesures techniques d'information*», mention accompagnant une œuvre dans le but d'informer sur le régime des droits et en particulier sur leur titulaire. Une œuvre ayant un support numérique pourra donc se voir attacher des mentions a priori indélébiles, concernant notamment l'identification de l'œuvre, son auteur et les modalités qu'il faudra observer lors de son utilisation.

Ces mentions pourront par exemple rappeler l'interdiction de commercialisation d'un film obtenu à partir d'une plateforme de téléchargement; il pourra s'agir d'une signature automatique accompagnant un document de texte sur ordinateur.

Leur inobservation peut entraîner l'application des sanctions péna-

21. Art. L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle

22. Cour de cassation Civ. 14mars 1900, DP 1900. 1. 497note Planiol

23. Art. L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle

les prévues à l'article L.335-3-2 du Code de la propriété intellectuelle, jusqu'à 3 750 euros d'amende en l'espèce.

§ 110. S'il ne peut renoncer conventionnellement à son droit au nom, l'auteur peut en revanche choisir de ne pas l'utiliser : ce sont les œuvres anonymes (pas de nom d'auteur) ou pseudonymes (divulguées sous un nom d'emprunt ou de fantaisie).

3. Le droit au respect de l'œuvre

§ 111. L'auteur jouit du **droit à l'intégrité** de son œuvre²⁴. Il peut exiger qu'elle soit respectée, en interdisant toute suppression, adjonction ou modification à son œuvre. La qualité de l'œuvre doit aussi être préservée, et sa reproduction dans une qualité médiocre qui rend très peu compte de son aspect original ne sera pas considérée comme autorisée par l'auteur sans son accord exprès.

Ainsi, les tribunaux ont considéré qu'en l'absence d'accord exprès de la part de l'auteur (et en, l'espèce il s'agissait plutôt d'un réel désaccord), la transformation d'une œuvre musicale en sonnerie téléphonique devait être considérée comme portant atteinte au droit au respect de l'œuvre²⁵.

§ 112. L'auteur peut également agir si c'est l'esprit de l'œuvre qui n'a pas été respecté, par exemple dans le cas d'un tiers qui, sans altérer la substance de l'œuvre, la placerait dans un contexte dégradant. Le cas d'une œuvre musicale placée dans une compilation au style sensiblement différent a été tranchée ; on n'a pas encore envisagé le cas par exemple où une œuvre musicale serait placée au sein d'un site pornographique...

Ce droit connaît cependant un certain nombre de limites. Le juge s'efforce de concilier les intérêts de l'auteur avec les autres règles de droit qui pourraient entrer en conflit, notamment les règles d'urbanisme, les droits des tiers coauteurs ou propriétaires du support matériel...

4. Le droit de repentir ou de retrait

§ 113. Lorsqu'une œuvre est divulguée, l'auteur bénéficie d'un **droit de repentir ou de retrait** qui lui permet de reprendre son œuvre à celui à qui il en a cédé les droits d'exploitation, soit pour la modifier, soit pour la retirer du marché (a). Cette prérogative exorbitante est partiellement compensée par la protection des droits du cessionnaire (b).

« Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même

24. Art. L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle

25. TGI Paris, 7 nov. 2003, Légipresse 2004, III, p.38, note Hugot

postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. Lorsque, postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de retrait l'auteur décide de faire publier son œuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originellement choisi et aux conditions originaires déterminées²⁶. »

a. Domaine du droit de repentir ou de retrait

§ 114. Le droit de repentir ou de retrait ne peut s'exercer qu'à l'encontre d'un **cessionnaire du droit d'exploitation** (par exemple : un éditeur – cessionnaire du droit de reproduction – ou d'un entrepreneur de spectacles – cessionnaire du droit de représentation). En particulier, si l'œuvre a été par la suite diffusée sur internet par des tiers ou reste accessible par le biais des mémoires caches des moteurs de recherche, l'auteur ne pourra se fonder sur cette prérogative pour en demander le retrait.

En revanche, le droit de repentir ou de retrait ne permet pas d'exproprier l'acquéreur de l'objet matériel qui concrétise l'œuvre.

§ 115. Le droit de repentir ou de retrait ne peut s'exercer que sur des œuvres déjà divulguées (pour un aperçu du droit de divulgation, cf. *supra* § 106 s.). Les contrats de commande ou de transfert de propriété du support ne sont par nature pas concernés par ce droit.

b. Protection des droits du cessionnaire

§ 116. Le droit de repentir ou de retrait porte directement atteinte à la force obligatoire du contrat ayant pour objet la cession du droit d'exploitation. Le cessionnaire est cependant protégé par deux règles :

- * le cessionnaire doit être **indemnisé préalablement** du préjudice causé par le repentir ou le retrait ;
- * le cessionnaire a le **droit de bénéficiaire par priorité** des droits d'exploitation aux conditions originelles si l'auteur se ravise et décide ultérieurement de publier son œuvre, modifiée ou non.

B. Attributs d'ordre patrimonial

§ 117. Il faut préciser leur contenu (1) avant de dire comment ils peuvent être mis en œuvre (2).

26. Art. L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle