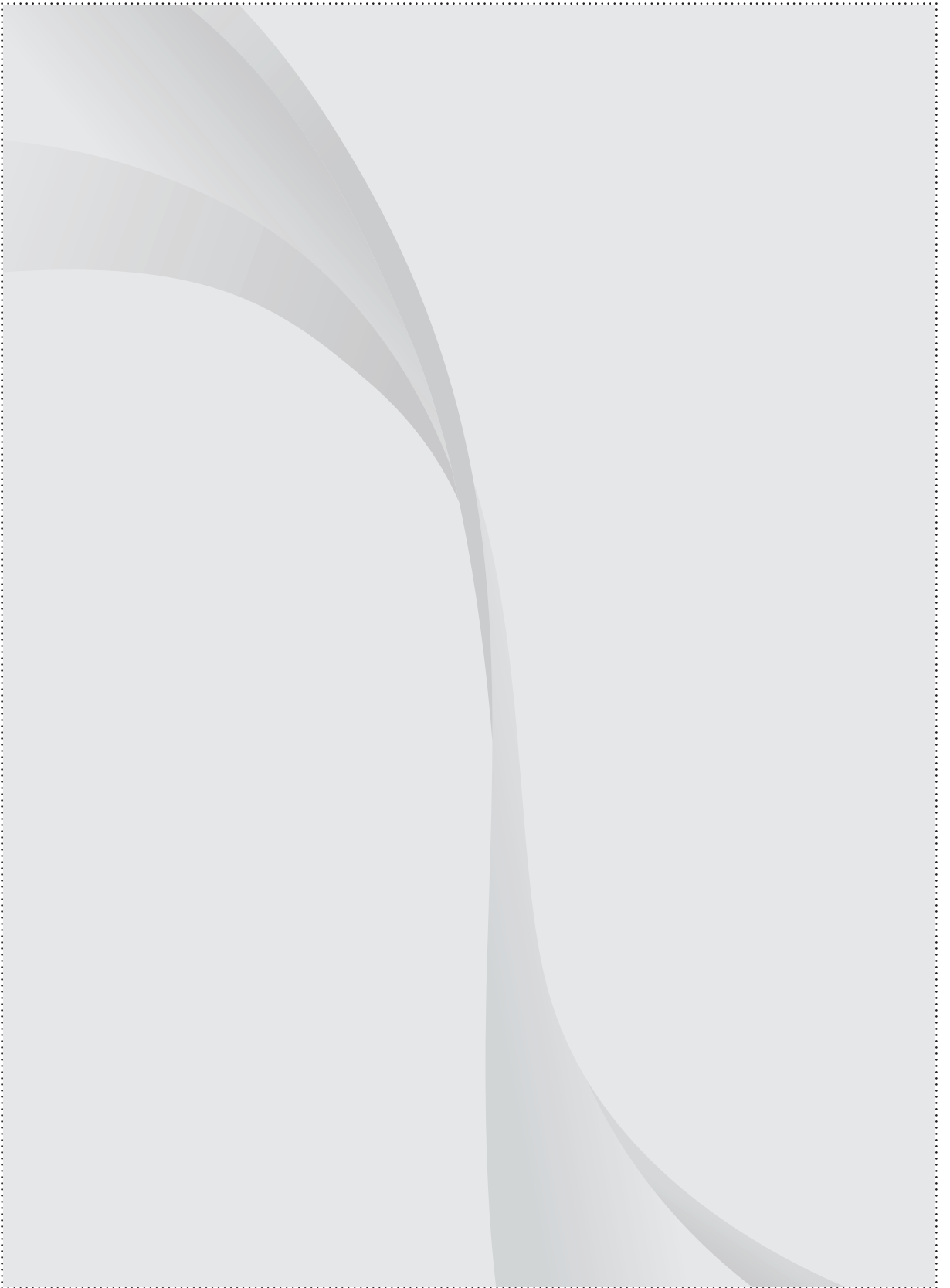


LIVRE BLANC

L'Entreprise et son **site Web** : quelles nouvelles **responsabilités** ?

Par **Maître Olivier ITEANU**

Avocat à la cour d'appel de Paris
SELARL ITEANU Avocats



Mot d'accueil

du Président de Bee Ware



Internet avait mis beaucoup de temps à persuader les utilisateurs que leurs données et leurs paiements étaient protégés. Avec la prolifération de la Cybercriminalité, nous sommes revenus à l'étape antérieure : celle de la méfiance."

Nombre de téléspectateurs qui ont regardé ce soir-là Envoyé Spécial sur France 2¹ ont pris conscience de la réalité technique et économique de ce que l'on appelle la Cybercriminalité. Parmi eux, les responsables et exploitants de sites Web ont été amenés à se poser de nouvelles questions. Le débat n'est plus en effet de savoir si ces attaques sont possibles ou de savoir qui est concerné. Le reportage l'a montré, les cybercriminels savent monnayer toutes sortes de fichiers et disposent des ressources techniques adaptées. Non, aujourd'hui la seule question réaliste qu'ils se posent est : « Quelles sont les solutions pour gérer ce type de menace et poursuivre notre croissance sur Internet ? »

Ce Livre Blanc s'adresse à tous ceux qui veulent prendre la mesure des responsabilités liées à l'existence même de leur(s) site(s) Web, et qui, au-delà des seuls aspects techniques, veulent aussi prendre en compte les aspects juridiques associés.


Les équipes de Bee Ware traitent de ces sujets depuis 2001. Grâce à cet historique et à une large base de clients installés, elles ont acquis une compétence technique et une connaissance de l'environnement Web qui nous a permis aujourd'hui de concevoir l'offre la plus appropriée. Pro Web Serenity est une réponse globale aux exigences de sécurité de tous les exploitants de sites Web quelles que soient la finalité (vitrine, e-commerce, extranet, intranet, etc.) et la spécificité (hébergement, fréquentation, outils logiciels ...) de ceux-ci.

Par la diffusion de ce Livre Blanc, nous souhaitons participer à une meilleure compréhension par tout un chacun des réalités du Web et faire en sorte que la « Confiance » reste le maître mot des internautes et des acteurs du Web.

Bonne Lecture.

Christophe GUYARD
Président Directeur Général

1 - Documentaire « Cybercriminalité » - Memento Productions – Diffusé sur France 2 – Envoyé Spécial le 07 mai 2009



**Le site Web est également devenu
un objet de droit dont il faut
connaître les règles juridiques
minimales pour le maîtriser
et aussi, ne pas engager sa
responsabilité juridique.**

Olivier ITEANU

Avocat à la Cour

Chargé d'enseignement aux Universités
de Paris I Sorbonne et Paris XI Sceaux

Avant-propos

d'Olivier Iteanu, Avocat

Le site Web est aujourd'hui un actif stratégique de l'entreprise.

C'est au minimum sa vitrine, mais aussi parfois sa plate-forme de vente, dans tous les cas un lien indispensable avec ses équipes, ses fournisseurs, ses clients, ses partenaires. En bref, le site Web est devenu ces dernières années le lieu indispensable de communication et d'échanges pour une entreprise qui a l'ambition de réussir.

Mais cet actif est d'un genre particulier.

Tout d'abord, il est partie prenante de ce que l'on nomme habituellement le capital immatériel de l'entreprise. Un capital régi par un droit particulier, le droit de la propriété intellectuelle. Ce statut juridique lui confère un certain nombre de contraintes juridiques et de règles à respecter.

Ensuite, le site Web est constitutif d'une communication dite publique à l'instar de médias tels que la presse écrite, la télévision, la radio. Cette communication connaît un régime légèrement dérogatoire aux médias traditionnels mais reste soumise aux limites posées par la Loi quant aux messages qui sont publiés. Cette expression doit respecter l'ordre public (diffamation, injure, racisme, négationnisme, etc.) et les droits des tiers (marques, droits d'auteur, etc.).

Enfin, le site Web est le lieu d'un commerce à distance, une Vente Par Correspondance (VPC) là encore adaptée, réglementée de manière de plus en plus précise par la Loi avec des dispositions éparées notamment dans les codes de la consommation ou le code des postes et des communications électroniques.

En résumé, le site Web est également devenu un objet de droit dont il faut connaître les règles juridiques minimales pour le maîtriser et aussi, ne pas engager sa responsabilité juridique.

La Société Bee Ware a compris très tôt ces nouveaux développements.

Aux côtés des questions techniques et organisationnelles, elle a souhaité sensibiliser les entreprises, leurs cadres, leurs dirigeants à ces nouvelles règles juridiques afin qu'ils connaissent leur rayon d'action et ses limites.

Nous sommes particulièrement heureux de participer à cette entreprise de sensibilisation qui annonce pour demain une nouvelle génération d'entreprises et d'entrepreneurs, mieux renseignés et mieux armés pour déployer leurs activités via le Web.

Olivier ITEANU

Avocat à la Cour
Chargé d'enseignement aux Universités
de Paris I Sorbonne et Paris XI Sceaux

Sommaire

PARTIE I : QUELQUES CLÉS POUR COMPRENDRE LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ JURIDIQUE SUR L'INTERNET

Section 1 : Deux régimes de responsabilité distincts	07
Section 2 : Les conditions de mise en œuvre.....	08
Section 3 : Qui peut être responsable à l'occasion du déploiement d'une activité sur le Net ?	09

PARTIE II : LES OBLIGATIONS SPÉCIFIQUES LIÉES AU DÉPLOIEMENT D'UNE ACTIVITÉ SUR INTERNET

Section 1 : Les obligations légales lors de la première mise en ligne du site Web.....	13
Section 2 : Les données à caractère personnel collectées par le site Web : entre obligations et contraintes d'utilisation	18
Section 3: Le respect des droits de propriété intellectuelle.....	22
Section 4 : Les obligations imposées par le droit de la consommation	25

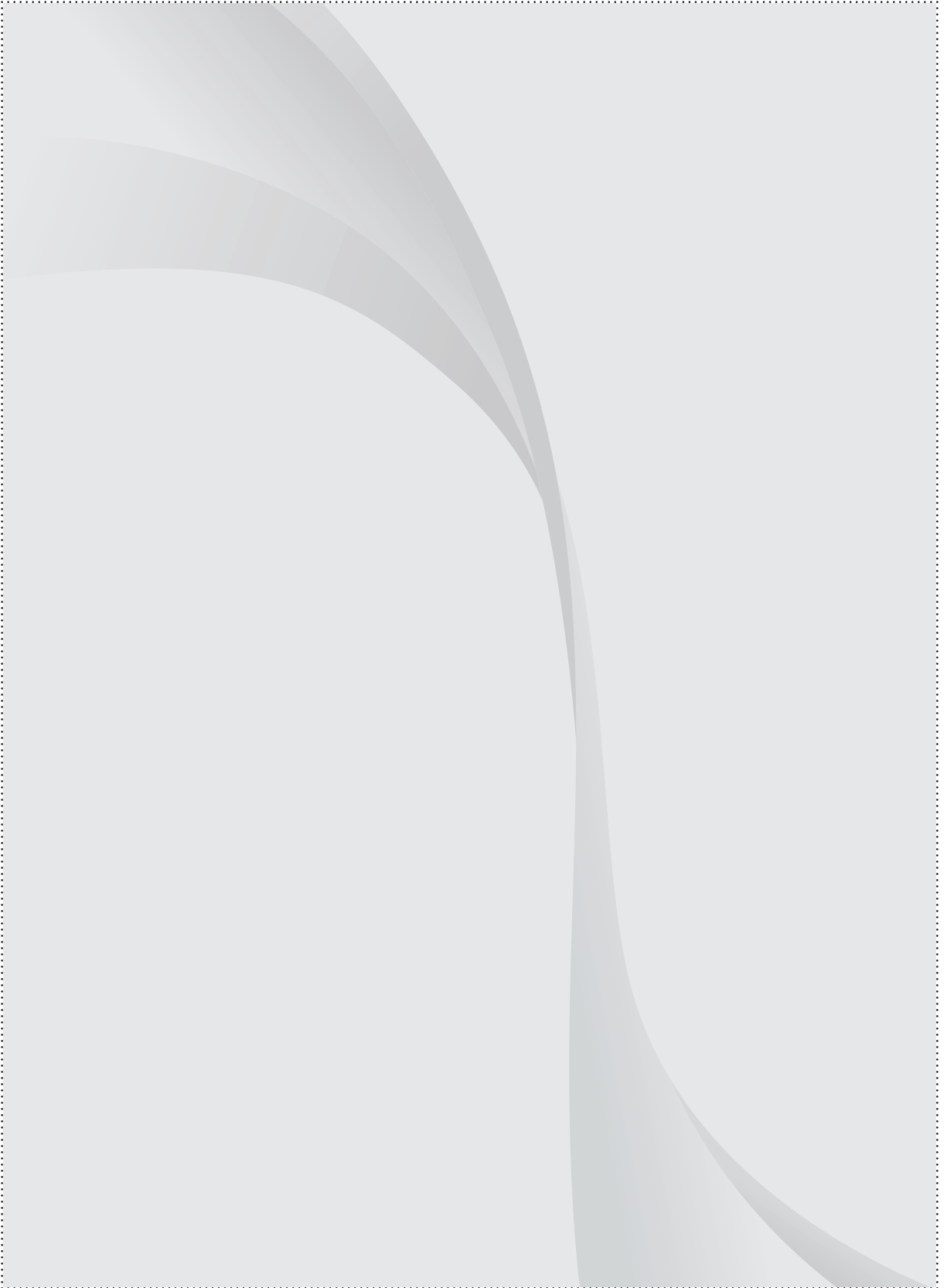
PARTIE III : LA RESPONSABILITÉ AU TRAVERS DE DEUX CAS RÉELS

Quelle responsabilité pour l'entreprise éditrice d'un site Web en cas de piège logiciel infectant à son insu son site Web ?	27
Quelle responsabilité pour l'entreprise éditrice d'un site Web qui s'est fait voler les données à caractère personnel qu'elle avait collectées grâce à son site Web ?	28

CONCLUSION

31

Les points clés de ce Livre Blanc seront signalés par un texte encadré.



Quelques clés pour comprendre

Le régime de responsabilité juridique sur l'Internet

Section 1 : Deux régimes de responsabilité distincts

Le système juridique français actuel établit deux types de responsabilité : la responsabilité civile et la responsabilité pénale.

	RESPONSABILITÉ PÉNALE	RESPONSABILITÉ CIVILE
Définition	Cette responsabilité est engagée chaque fois que l'ordre public est menacé par une infraction à une réglementation (Code pénal, Loi Informatique et Libertés, Code du travail, etc.)	Toute personne qui, par un fait quelconque, cause à autrui un dommage est susceptible d'engager sa responsabilité civile.
Objectif	Sanctionner et punir l'auteur du délit pour maintenir un ordre public, social ou économique.	Permettre à la victime d'un fait dommageable d'obtenir réparation du préjudice qu'elle a subi.
Sanctions	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Peine privative de liberté (peine de prison, interdiction d'exercer les droits civiques) et/ou ➤ Peine pécuniaire (amende) versée à l'État 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Dommages et intérêts payés à la victime (partie civile) ➤ Publication dans la presse

Section 2 : Les conditions de mise en œuvre

L'engagement de la responsabilité pénale ou civile est soumis au respect de certaines conditions cumulatives qui doivent être obligatoirement réunies pour engager la responsabilité d'autrui.

CONDITIONS CUMULATIVES d'engagement de la RESPONSABILITÉ

RESPONSABILITÉ PÉNALE	RESPONSABILITÉ CIVILE
Élément légal : un acte interdit par la Loi	Faute : ce fait générateur de responsabilité peut être notamment provoqué par son propre fait personnel (violation d'une obligation légale) ou par le fait d'autrui (par exemple, engagement de la responsabilité de l'employeur pour des fautes commises par l'un de ses employés [voir supra])
Élément matériel : Infraction (acte de commission ou d'omission)	Préjudice matériel, corporel, moral : certain personnel et direct
Élément moral : volonté, conscience de l'auteur du délit de commettre l'infraction	Lien de causalité entre la faute et le préjudice

À noter en matière de responsabilité pénale :

ÉLARGISSEMENT DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

Si en droit pénal, le principe est qu'« *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* », on observe une tendance actuelle à rendre pénalement responsable de plus en plus de personnes n'ayant pas forcément agi intentionnellement.

Par exemple, l'article L.121-3 du Code pénal² prévoit un cas de responsabilité pénale même pour une personne de bonne foi n'ayant pas agi

avec l'intention de commettre un délit.

LA RESPONSABILITÉ DES PERSONNES MORALES

Limitée initialement à quelques délits, la Loi Perben II du 10 mars 2004 a généralisé la possibilité d'engager la responsabilité pénale des personnes dites morales, les Sociétés pour l'essentiel³.

À l'exclusion d'une peine d'emprisonnement, une Société peut être condamnée à des peines d'amende et à des sanctions conduisant à la suspension de son

2 - « *Il y a également délit, lorsque la Loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la Loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.* »

3 - C'est-à-dire essentiellement les Sociétés, à l'exception de l'État.

activité voire parfois, à sa dissolution.
En outre, **l'engagement de la responsabilité d'une Société n'exclut pas celle de son dirigeant à titre personnel.**

Celui-ci peut en effet être condamné à une peine privative de liberté et/ou d'amende s'il a agi intentionnellement pour commettre le délit.

Section 3 - Qui peut être responsable à l'occasion du déploiement d'une activité sur le Net ?

LE PRINCIPE : LA RESPONSABILITÉ DE L'ENTREPRISE ÉDITRICE D'UN SITE WEB

Le principe est que l'entreprise éditrice d'un site Web en assume « *personnellement* » la responsabilité dans tous les domaines d'activité (mise en ligne, édition de contenus, déclarations Cnil etc. Cf. Partie II).

Cependant, ce principe multiséculaire connaît, nous le verrons en partie II, des aménagements importants.

En outre, et dans certains cas que nous avons développés ci-après, les dirigeants, voire les salariés de leur entreprise, peuvent voir sous conditions leur responsabilité personnelle engagée.

LES CAS DE RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DU SALARIÉ

Le monde de l'entreprise a conduit à certains aménagements de la responsabilité civile classique.

La responsabilité civile de l'employeur ne pourra être engagée qu'à la triple condition que :

- le salarié ait agi dans l'exercice de ses fonctions ;

- il demeurait dès lors sous la subordination de son employeur ;

- il ait causé un dommage à l'occasion de son travail et avec les outils de l'entreprise, utilisés conformément à leur destination⁴.

L'employeur « *ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions.* »⁵

Comment déterminer si le salarié a agi « dans ou hors de ses fonctions » ?

La jurisprudence française tend à considérer que l'employé a agi dans ses fonctions dès l'instant où le délit a pris place durant son temps de présence en entreprise et avec les moyens mis à sa disposition par son employeur⁶.

Cette jurisprudence aboutit donc à obliger l'entreprise à dédommager des victimes pour des actes qu'elle n'a pas commis et auxquels elle n'a pas directement participé.

L'employeur risque donc d'être tenu pour responsable dans la mesure où il a donné au salarié délinquant les moyens matériels pour commettre un délit en ligne.

4 - Article 1384 alinéa 5 du Code civil : « *Les maîtres et les commettants [c'est-à-dire les employeurs] [sont responsables] du dommage causé par leurs domestiques et préposés [les employés] dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.* »

5 - Cass. Ass. Plénière, 19 mai 1988, Bull. civ. N°5 ; R., p.223 ; D. 1988. 513, note Larroumet.

6 - Cass. 2ème Civ. 19 Juin 2003 Agf / Seguin , Dalloz 10 Juillet 2003 IR 1808.

À titre d'exemple, dans une affaire où un salarié avait réalisé depuis son lieu de travail un site Internet jugé contrefaisant, la cour d'appel d'Aix en Provence a confirmé la condamnation d'un employeur pour avoir mis à disposition d'un salarié les moyens techniques nécessaires à la mise en ligne d'un site Internet satirique dénigrant une autre Société⁷.

La responsabilité d'un salarié ne peut être engagée que s'il est prouvé que le salarié a agi :

- hors de ses fonctions ;
- sans autorisation ;
- à des fins étrangères à ses attributions.

LES CAS DE RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DU DIRIGEANT DE L'ENTREPRISE

Le cas de celui que l'on nomme le dirigeant (mandataire social) diffère encore de celui du simple salarié.

Le régime est décrit ci-après.

Tout dirigeant d'entreprise peut voir sa responsabilité personnelle engagée, au civil comme au pénal, pour les infractions qu'il a lui-même commises mais aussi pour celles commises par ses subordonnés.

Dans quels cas un dirigeant peut-il engager sa responsabilité du fait des agissements de l'un de ses salariés, commis à partir du matériel informatique de son entreprise ?

- **Sur le plan pénal**, la responsabilité du dirigeant ne pourra être retenue que si celui-ci a intentionnellement participé à la commission de l'infraction.

L'hypothèse la plus courante est celle d'un salarié qui agit à son insu. Ici, le dirigeant n'a pas, a priori, agi avec l'intention de mettre à disposition de son salarié les moyens de son délit.

Mais, toutes les fois où il sera possible de démontrer qu'un dirigeant savait ou aurait dû savoir que de telles pratiques s'étaient développées au sein de son entreprise, ce dernier pourrait se voir reprocher des actes de complicité par fourniture de moyens.

- **Sur le plan civil**, les règles sont radicalement différentes.

La responsabilité personnelle d'un dirigeant d'entreprise ne sera engagée que si est prouvée une « *faute détachable de ses fonctions* ».

Selon la jurisprudence, il s'agit :

- d'une faute commise à l'occasion d'une activité « *étrangère à l'objet social* »⁸ ;
- une faute séparable des fonctions du dirigeant social et qui lui est imputable personnellement⁹ sans qu'il soit nécessaire qu'il s'agisse d'une faute de gestion ;
- lorsque « *... le dirigeant commet intentionnellement (...) d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.* »¹⁰

La responsabilité personnelle d'un dirigeant d'entreprise ne sera engagée qu'en cas de preuve d'une faute détachable de ses fonctions.

7 - Arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence 13 mars 2006, Lucent Technologies c/ Escota, Lycos France, Nicolas B.

8 - Besnard Goudet, D.2002 chron., p.1821.

9 - Cass. Com. 4 juin 1991 Bull. civ. IV, n°211 p. 149.

10 - Gazette du Palais 6 - 7 Février 2004 note de Jean-François Clément.

LES CAS DE RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES

La Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique¹¹, dite la LCEN limite fortement la responsabilité des intermédiaires techniques. En effet, la Loi n'impose aucune obligation générale de surveillance des informations stockées ni la recherche de faits et circonstances révélant des activités illicites (article 6.I.7 LCEN).

Les intermédiaires techniques sont toutefois tenus à une obligation de coopération et notamment celle de :

- faire cesser la diffusion de contenus illicites (notamment, ceux faisant l'apologie de crimes contre l'humanité, ceux incitant à la haine raciale ou à la pédopornographie) en facilitant leur dénonciation¹² ;
- conserver les éléments nécessaires à l'identification des auteurs de ces contenus¹³.

La Loi pose un principe d'irresponsabilité des intermédiaires techniques quant aux contenus stockés ou diffusés sur les réseaux sous certaines conditions.

Lorsque le prestataire technique remplit un simple rôle de transport d'informations fournies par des tiers ou agit comme simple Fournisseur d'Accès Internet (ci-après « FAI »), la Loi¹⁴ prévoit une exonération de

responsabilité à son égard, à condition que ce dernier :

- ne soit pas à l'origine du contenu d'informations faisant l'objet de cette transmission ;
- n'intervienne pas dans la sélection du destinataire de la transmission ;
- ne choisisse ni ne modifie les informations, objet de la transmission.

Quid de la responsabilité des hébergeurs à raison du contenu ?

La Loi exclut la responsabilité tant civile¹⁵ que pénale¹⁶ des hébergeurs¹⁷ :

- lorsqu' « *ils n'avaient pas effectivement connaissance* » du caractère illicite des informations stockées ou de faits faisant apparaître ce caractère ;

ou

- s'ils ont agi promptement pour retirer ces données ou en ont rendu l'accès impossible dès lors qu'ils ont eu connaissance de leur illicéité.

Toute notification à l'hébergeur fait naître à son encontre une présomption de connaissance du caractère illicite du contenu hébergé qu'il doit dès lors retirer.

11 - Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'Économie Numérique.

12 - Article 6-I-7 de la LCEN

13 - Article 6-II de la LCEN

14 - Article 9 de la LCEN qui ajoute un nouvel article, l'article L.32-3-3, au Code des postes et communications électroniques.

15 - Article 6-I-2 de la LCEN

16 - Article 6-I-3 de la LCEN

17 - L'article 6-1-2 de la LCEN définit l'hébergeur comme : « *Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.* »

Pour que la présomption soit effective, cette notification doit comporter certains éléments :

- la date de la notification ;
- l'identification du notifiant et du destinataire ;
- la description des faits litigieux et leur localisation précise ;
- l'exposé des motifs justifiant le retrait du contenu ;
- une copie de la correspondance adressée à l'auteur des informations litigieuses sollicitant leur retrait ou leur modification¹⁸.

À défaut de réunir l'ensemble de ces éléments, la connaissance du caractère illicite des propos ne peut être réputée acquise¹⁹.

Aussi, la responsabilité de l'hébergeur pourra être engagée dès lors que :

- ce dernier n'a pas retiré le contenu illicite alors même qu'un tiers lui avait notifié son caractère manifestement illicite et que cette notification était exacte (le contenu est bien manifestement illicite) ;
- il ne s'est pas conformé aux prescriptions du juge lui demandant de retirer les propos.

La responsabilité des hébergeurs ne sera engagée que s'ils n'ont pas retiré le contenu litigieux :

- **alors même que la notification de son caractère manifestement illicite respectait les conditions de forme strictement fixées par la LCEN ;**
- **malgré une injonction du juge faite de retirer ce contenu.**

ATTENTION !

Toute dénonciation abusive d'un contenu prétendument illicite est sanctionnée d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 euros (Article 6-I-4 de la LCEN).

18 - Article 6-I-5° de la LCEN

19 - Par exemple, affaire « *Wikimédia Foundation* », le Tribunal a jugé qu'une notification ne pouvait permettre de présumer acquise la connaissance du caractère illicite des propos en l'absence de mentions obligatoires et parce que l'envoi avait été fait par simple courriel, et donc sans preuve de réception. (TGI Paris, Ordonnance, 29 octobre 2007) ; la même solution avait été retenue par le TGI de Paris dans une affaire Madame H.P contre Google : TGI Paris, ordonnance du 19 octobre 2006.

Les obligations spécifiques liées au déploiement d'une activité sur Internet

Section 1 : Les obligations légales lors de la première mise en ligne du site Web

COMMENT DÉCLARER UN SITE WEB ?

A • L'absence de déclaration spécifique

Face au développement croissant de l'Internet et à l'accroissement des opérations de collecte et de diffusion des données à caractère personnel, la création d'un site Web a bénéficié d'allègements successifs en matière de formalités de déclaration.

La Loi du 1^{er} août 2000²⁰ a supprimé l'obligation de déclaration d'un site Web auprès du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) et du Procureur de la République qu'exigeait la Loi de 1986, dite *Loi Léotard*.

À partir de 2005, la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) a, par souci de pragmatisme, estimé inutile de maintenir la déclaration spécifique de site Web qu'elle avait créée en 1997.

Désormais, la création de sites Web n'est plus soumise à une déclaration systématique. Certaines catégories de sites sont désormais dispensées de déclaration.

La création d'un site Internet n'est plus soumise à une obligation de déclaration spécifique. Toutefois, cette simplification ne dispense pas le responsable du site Web d'une déclaration selon le cas considéré.

B • L'obligation de déclaration des traitements de données personnelles auprès de la CNIL

La création et la mise en œuvre d'un site Web s'accompagnent le plus souvent de traitements de données à caractère personnel²¹, par

20 - Loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication parue au J.O. n°177 du 2 août 2000, p.11903.

21 - Seront considérées comme synonymes, les notions de données à caractère et données nominatives, c'est-à-dire de données qui permettent, directement ou indirectement, sous quelque forme que ce soit, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent. L'article 1^{er} de la Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel précise que « constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. »

exemple collecte d'emails par une adresse de type contact@nomdelentreprise.fr ou d'un formulaire en ligne, contraignant l'éditeur du site à respecter les dispositions légales en matière de protection des données.

La déclaration du site Web dépendra de la finalité des traitements de données à caractère personnel opérés à partir du site Web concerné²².

Dispense de déclaration préalable

La CNIL dispense de déclaration préalable trois types de site Web :

- les sites qui ont pour finalité la diffusion ou la collecte de données à caractère personnel mis en œuvre par des particuliers dans le cadre d'une activité exclusivement personnelle (blog)²³ ;
- les sites institutionnels, sans finalité commerciale qui mettent en œuvre des traitements constitués à des fins d'information ou de communication externe (newsletters, données statistiques, etc.)²⁴ ;
- les sites des associations à but non lucratif régis par la Loi de 1901 qui mettent en œuvre des traitements relatifs à la gestion de leurs membres et donateurs²⁵.

Le responsable du traitement des données à caractère personnel doit déterminer la finalité des fichiers de données constitués afin de déterminer de quel régime de déclaration ils relèvent.

Déclaration simplifiée

En dehors de ces trois hypothèses, les sites de commerce électronique collectant des données à caractère personnel relatives à ses clients ou prospects devront établir une déclaration simplifiée auprès de la CNIL en précisant la finalité des informations nominatives collectées²⁶.

Pour la plupart des entreprises concernées par le présent Livre Blanc, une déclaration simplifiée suffira.

Déclaration normale

Tout traitement de données à caractère personnel ne rentrant dans aucun des cas de figure précédents doit faire l'objet d'une déclaration normale auprès de la CNIL.

Les mentions légales du site Web devront contenir la formule suivante :

Conformément à la Loi n°78 - 17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la Loi n°2004-801 du 6 août 2004, le traitement automatisé des données à caractère personnel réalisé à partir du site Internet www._____ a fait l'objet d'une déclaration auprès de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, déclaration enregistrée le _____ sous le n° _____.

22 - Un guide pratique en ligne intéressant : « Déclarer à la CNIL », juillet 2006, http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/declarer/mode_d-emploi/declarer-CNIL.pdf

23 - Délibération n° 2005-285 du 22 novembre 2005, Dispense n°6.

24 - Délibération n°2006-138 du 9 mai 2006, Dispense n°7.

25 - Délibération n°2006-130 du 9 mai 2006, Dispense n°8.

26 - Délibération n°2005-112 du 7 juin 2005, Norme simplifiée n°48.

Attention !

Tout manquement à l'obligation de déclaration est susceptible d'être sanctionné sur le fondement de l'article 226-16 du Code pénal²⁷, soit les peines maximales de 300 000 euros d'amende et cinq ans d'emprisonnement.

QUELLES MENTIONS LÉGALES DOIVENT FIGURER SUR LE SITE WEB ?

La Loi n° 2004-575 pour la Confiance dans l'Économie Numérique du 21 juin 2004, dite la LCEN, crée une véritable obligation de transparence des transactions et opérations se déroulant sur Internet en imposant aux éditeurs de site de commerce électronique d'assurer un « *accès facile, direct et permanent* » à un certain nombre d'informations, en faisant apparaître clairement la « *fiche d'identité du site* ».

L'article 14 de la LCEN liste les activités entrant dans le champ d'application du commerce électronique.

Il s'agit de toute personne qui propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services ainsi que celle qui fournit « *des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent.* »

Pour un site de commerce électronique, l'article 19 de la LCEN impose que les éléments d'identification de l'éditeur apparaissent clairement et de façon exhaustive, sur le site Web.

Il s'agit des éléments suivants :

- la dénomination sociale ou la raison sociale de l'entreprise éditrice ;
- l'adresse de son lieu d'établissement, son adresse de courrier électronique et son numéro de téléphone ;
- le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social (si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des Sociétés ou au répertoire des métiers) ;
- son numéro individuel d'identification (Numéro SIREN), si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel en application de l'article 286 ter du code général des impôts ;
- le nom, la dénomination sociale si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci ;
- le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci, si son activité est soumise à un régime d'autorisation ;
- si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'État membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite.

À défaut d'identification de l'exploitant d'un site Web, la responsabilité de la Société éditrice du site sera recherchée.

27 - Article 226-16 alinéa 1er du Code pénal : « Le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la Loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. »

En pratique, aucune disposition légale n'impose d'indiquer l'ensemble de ces informations sur la page d'accueil du site.

Pour s'assurer que les internautes aient pris connaissance de ces informations quelle que soit la page du site consultée, il est conseillé d'inclure un lien hypertexte sur toutes les pages du site Web intitulé « mentions légales » permettant l'accès à ces informations.

Exemple de mentions légales d'un site Web :

« Conformément aux dispositions de l'article 6-III-1 de la Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'Économie Numérique, nous vous informons que :

La Société xxx, [forme sociale], est la Société éditrice du présent site, dont le siège sis _____, au capital social de _____ euros, enregistrée au RCS de _____ sous le numéro _____.

- N° SIREN : _____
- **Président Directeur Général :** _____
- **Directeur de la publication du site Web :** _____ [c'est à dire de la personne responsable de la rédaction]
- L'hébergeur du site est la Société _____, [forme sociale], dont le siège sis _____, tél : _____

Conformément à la Loi n°78 - 17 du 6 janvier 1978 relative à l'Informatique, aux Fichiers et aux Libertés, modifiée par la Loi n°2004-801 du 6 août 2004, le traitement automatisé des données à caractère personnel réalisé à partir du site Internet www.xxxxxxxx a fait l'objet d'une déclaration auprès de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, déclaration

enregistrée le _____ sous le n° _____.

Veuillez consulter les conditions d'utilisation du présent site. »

Mentions devant figurer sur toutes les pages du site Web :

Conditions d'utilisation du site - Mentions légales - Informatique & Libertés
« © xxxx - xxxx - tous droits réservés »

LA RÉSERVATION DU NOM DE DOMAINE ET SA DISPONIBILITÉ

Le nom de domaine Internet se présente comme l'un des outils privilégiés des entreprises pour se faire connaître sur l'Internet. Pour être valable, le nom de domaine choisi par l'entreprise doit, comme en matière de marque, être disponible, c'est-à-dire, ne doit pas porter atteinte à un droit antérieur détenu par un tiers.

Avant de réserver un nom de domaine, l'entreprise doit procéder à une recherche d'antériorités afin d'éviter tout litige.

Voici quelques exemples d'antériorités qui peuvent restreindre la liberté de choix d'un nom de domaine :

L'hypothèse d'une marque antérieure à un nom de domaine

L'enregistrement d'une marque confère à son titulaire un droit de propriété sur ce signe distinctif pour les produits et services qu'il a désignés (articles L. 713-1, L.713-2 et L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle).

Le droit sur une marque est soumis au principe de spécialité lequel permet au titulaire de la marque de s'opposer à l'usage non autorisé d'un signe identique à sa marque pour désigner des produits et services identiques.

En cas d'usage d'un signe simplement similaire ou identique mais désignant des produits ou services similaires, la preuve de l'existence d'un risque de confusion doit être rapportée²⁸.

En cas de conflit entre le titulaire d'un nom de domaine et celui d'une marque déposée antérieurement, le droit des marques a vocation à s'appliquer.

L'hypothèse d'une marque renommée, antérieure à un nom de domaine

L'article L.713-5 du Code de la propriété intellectuelle fixe un régime de protection spécial pour les marques de renommée.

Elles bénéficient ainsi d'une protection double, à savoir :

- la protection générale fondée sur le principe de spécialité qui permet d'agir contre un usage non autorisé d'une marque renommée pour désigner des produits ou services identiques à ceux enregistrés ;
- la protection spéciale qui permet au titulaire de la marque renommée d'empêcher qu'un tiers ne profite de cette renommée pour désigner des produits ou services différents²⁹.

L'hypothèse d'une dénomination géographique antérieure à un nom de domaine

Le choix d'un nom de domaine ne doit pas être identique ou similaire à une dénomination géographique (une appellation d'origine, par exemple), lorsque cet usage n'a pas été autorisé.

Cette interdiction concerne non seulement l'usage de ce signe pour des produits ou services identiques mais aussi pour des produits ou services similaires, dès lors qu'il crée une confusion dans l'esprit du public.

L'hypothèse d'un nom commercial antérieur à un nom de domaine

Un nom commercial peut constituer une antériorité et interdire à une entreprise de réserver un nom de domaine identique pour désigner des produits ou services identiques ou similaires dès lors qu'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public³⁰.

LES CONDITIONS D'UTILISATION DU SITE WEB

Ces conditions doivent apparaître sur le site Web dans la mesure où elles sont destinées à être opposables aux utilisateurs dudit site.

Ces conditions d'utilisation doivent être accessibles grâce à un lien hypertexte depuis toutes les pages du site concerné.

Quant au contenu, elles peuvent se composer notamment des dispositions relatives :

- au droit d'auteur de la Société éditrice sur l'ensemble de son contenu, préciser les droits accordés aux utilisateurs du site, etc. ;
- à l'interdiction d'extraction de données incluses dans une base de données protégée par la Loi ;
- à la limitation de responsabilité de l'entreprise éditrice du site Web ;

28 - Pour une absence de risque de confusion entre une marque antérieure « *Stratégies* » et un nom de domaine « *strategieclient.com* » Arrêt de la cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, Section A., 9 avril 2008, n°07/5649, SAS Reed Business Information c/ Philippe B. et a.
29 - Cette protection spéciale a été invoquée avec succès au bénéfice de la marque renommée *Milka* : Arrêt de la cour d'appel de Versailles, 27 avril 2006, n°05/03166, Milka B. c/ SA Kraft Foods Schweiz Holding AG ; pour la marque renommée *Desperados*, utilisée pour désigner des boissons qui avait été reprise pour désigner des jeux vidéos : Arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation 20 février 2007, n°05-10.462, SAS Atari Europe c/ SA Brasserie Fischer.

30 - Pour une usurpation de nom commercial : TGI Paris, 3^{ème} chambre, référé, 19 octobre 1999, Sté Marc Laurent c/ M. E. J.

- à la législation Informatique et Libertés : finalité des données collectées, informations obligatoires collectées, droits accordés aux utilisateurs du site sur les données personnelles les concernant, etc. ;
- au recours à la technique des cookies.

Cas de la mise en place d'un forum de discussion

Dans le cas où le site Internet organise un forum de discussion, il est important de rédiger une charte d'utilisation dudit forum à l'attention des participants.

Cette charte devra préciser notamment les modalités d'accès et d'utilisation du forum, les droits et obligations des participants, la modération choisie par le site (modération *a priori* ou *a posteriori*) et le contact du modérateur, limitation de responsabilité, utilisation de cookies, modalités d'exclusion d'un participant, dispositions relatives à la législation Informatique et Libertés, etc.

Cette charte est dès lors souvent intégrée dans les conditions d'utilisation du site Web.

LES CONDITIONS GÉNÉRALES DE VENTE

Toute personne qui propose, par voie électronique, la fourniture de biens ou de

services doit fournir les « conditions contractuelles applicables », selon les termes de l'article 1369-4 du Code civil et « d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction ».

Les conditions générales doivent donc être largement diffusées sur le site Web et sont obligatoires dès lors qu'une offre de produits ou de services est mise en ligne.

L'article 1369-4 du Code civil impose que soient précisés :

- « 1 ➤ Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;
- 2 ➤ Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;
- 3 ➤ Les langues proposées pour la conclusion du contrat ;
- 4 ➤ En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;
- 5 ➤ Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre. »

Section 2 : Les données à caractère personnel collectées par le site Web : entre obligations et contraintes d'utilisation

FOCUS SUR LE PRINCIPE DE L'« OPT-IN » OU LA RÈGLE DUE CONSENTEMENT PRÉALABLE

Toute entreprise qui utilise la technique du marketing direct doit respecter le régime

applicable en matière d'opérations de prospection directe par voie électronique (fax, email, SMS).

L'article 22³¹ de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'Économie Numérique, dite LCEN, interdit de

31 - Article L. 34-5 du Code des postes et des communications électroniques et L. 121-20-5 du Code de la consommation.

prospector directement, par l'intermédiaire d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique, des personnes physiques n'ayant pas donné leur consentement préalable.

À l'instar du droit communautaire, le droit français consacre le principe du consentement préalable, encore appelé système de l'« *opt-in* », selon lequel la personne a le choix de recevoir ou non la sollicitation commerciale, par le biais d'une case à cocher.

À l'inverse, le système dit de l'« *opt-out* » ne contraint pas le prospecteur à recueillir le consentement préalable de la personne mais cette dernière peut toujours s'opposer *a posteriori* à l'envoi de nouvelles sollicitations commerciales.

Le système de l'*opt-in* impose aux prospecteurs directs de recueillir le consentement de la personne physique visée avant de lui envoyer des sollicitations commerciales.

En outre, le consentement doit répondre à trois caractéristiques cumulatives :

- **consentement libre** : le consentement doit être donné grâce à un comportement actif de la personne prospectée (case à cocher et non une case pré-cochée) ;
- **consentement spécifique** : le consentement doit être donné pour des finalités précises (envois de messages publicitaires, d'offres promotionnelles...) ;
- **consentement éclairé** : la prospection doit être réalisée dans des conditions transparentes, c'est-à-dire que la personne démarchée doit notamment avoir connaissance de la nature des messages envoyés, de l'identité de l'expéditeur.

En pratique, le recueil du consentement ne doit pas être dilué dans une acceptation des

conditions générales ou couplé à la demande de bons de réduction.

Le recueil du consentement pourra être recueilli par le recours à une case à cocher, du type : « j'accepte de recevoir des offres commerciales de xxx ».

Exceptions au principe

La LCEN organise une dérogation au principe de l'*opt-in* qui permet aux entreprises de prospection directe d'envoyer des messages publicitaires à toute personne physique sans consentement préalable de sa part.

Sous réserve de prévoir la possibilité pour le destinataire du message de s'opposer sans frais à l'utilisation de ses coordonnées, le principe de l'*opt-in* ne s'applique pas si trois conditions cumulatives sont réunies :

- le destinataire du message est déjà client : les données le concernant doivent avoir été collectées directement auprès de cette personne à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de service ;
- la prospection concerne des produits ou services « *analogues* » fournis par la même personne physique ou morale : les produits et services analogues s'entendent d'une même catégorie de produits ou services ;
- cette prospection doit émaner de la même entité juridique, à l'exclusion des filiales, des Sociétés mères ou des partenaires.

Le non-respect du principe de consentement préalable est sanctionné par une amende de 750 euros par message irrégulièrement envoyé et par infractions constatées.

Quid de l'envoi de sollicitations commerciales à des adresses électroniques professionnelles ?

La question s'est posée de savoir quel système adopter en cas de sollicitations commerciales envoyées aux adresses électroniques professionnelles.

Si la réponse semblait ne poser aucune difficulté particulière pour les adresses électroniques du type « *contact@societe.com* », la solution semblait moins évidente en ce qui concerne les adresses plus personnalisées construites à partir des nom et prénom du salarié, du type « *prenom.nom@societe.com* ».

Pour cette hypothèse, dans un avis rendu le 17 février 2005, la CNIL a consacré le système de l'opt-out en considérant que « *des personnes physiques peuvent être prospectées par courrier électronique à leur adresse électronique professionnelle sans leur consentement préalable, si le message leur est envoyé au titre de la fonction qu'elles exercent dans l'organisme privé ou public qui leur a attribué cette adresse.*³² »

Une exception au système de l'opt-in est prévue lorsque les prospections commerciales sont adressées à des adresses électroniques professionnelles.

LES EXIGENCES EN MATIÈRE DE COLLECTE ET DE TRAITEMENTS DES DONNÉES

La simplification des déclarations auprès de la CNIL ne dispense pas le responsable du site Web du respect des dispositions de la Loi Informatique et Libertés³³.

Les utilisateurs du site Web doivent être informés de leurs droits sur les données nominatives les concernant.

Toute personne dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement doivent être informées des informations suivantes : (Article 32-I Loi IFL)

- l'identité du responsable du traitement ;
- la finalité poursuivie par le traitement ;
- le caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- les conséquences éventuelles à l'égard de la personne concernée en cas de défaut de réponse ;
- les destinataires ou catégories de destinataires des données ;
- les droits reconnus à la personne concernée : droit d'accès, de rectification et d'opposition des données à caractère personnel concernant ainsi que les moyens dont elle dispose pour s'opposer à ce type de traitement (Article 32-II Loi IFL) ;
- le cas échéant, l'existence de transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un État non membre de la Communauté européenne.

En cas d'une collecte directe, toutes ces informations doivent être fournies à la personne concernée au moment de la collecte.

Lorsque les données à caractère personnel n'ont pas été recueillies auprès de la personne concernée, le responsable du traitement ou son représentant doit fournir à cette dernière ces informations, dès l'enregistrement des données ou, si une communication des données à des tiers est envisagée, au plus tard lors de la première communication des données.

Il est conseillé de créer un lien hypertexte présent sur toutes les pages internet intitulé par exemple, « Informatique & Libertés ».

32 - Voir sur le site de la CNIL, l'avis disponible à l'adresse suivante : <http://www.cnil.fr/index.php?id=1780>.

33 - La Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés a été publiée au JO du 07 août 2004.

LES EXIGENCES DÉCOULANT DE LA COLLECTE DE DONNÉES PAR LE BIAIS D'UN FORMULAIRE EN LIGNE

Pour toutes les rubriques du site Web permettant d'accéder à un formulaire que l'internaute devra remplir, il est impératif que ces rubriques contiennent les mentions CNIL.

En particulier, doivent être précisés : le caractère obligatoire ou facultatif des informations nominatives collectées, la finalité de leur collecte, etc.

Chaque page du site sur laquelle figure un formulaire destiné à la collecte de données à caractère personnel des clients doit contenir des mentions suivant ce modèle :

Exemple de rédaction des Mentions Informatiques & Libertés

Les seules informations obligatoires sont _____.

Votre adresse électronique servira uniquement à vous transmettre occasionnellement des messages relatifs à votre compte.

Nous pouvons être amenés à transmettre ces informations à des tiers (partenaires commerciaux, etc). Si vous ne souhaitez pas que ces informations leur soient transmises, veuillez cliquer ici.

Certaines informations ne sont que facultatives (par ex, âge moyen, lieux de résidence...). Celles-ci nous permettent de mieux vous connaître afin de _____ (par ex, réaliser des statistiques sur les utilisateurs du présent site).

Votre adresse postale ne sera jamais utilisée pour vous envoyer du courrier publicitaire. Aucune information personnelle (nom, adresse...) n'est vendue et transmise à des Sociétés extérieures.

Droit de rectification et de suppression

Toutes les informations nominatives que nous collectons sont accessibles à partir de _____ (par ex, pseudo et mot de passe).

Vous disposez d'un droit d'accès, de modification, de rectification et de suppression des données vous concernant (art. 34 de la Loi "Informatique et Libertés").

Vous pouvez exercer ce droit en écrivant à [contact@_____], ou sur le présent site avec votre code d'accès au service : _____.

LES EXIGENCES EN MATIÈRE DE CONSERVATION DES DONNÉES

Cette question relative à l'obligation de conservation des données est particulièrement controversée au sein de la jurisprudence actuelle. À défaut de décret d'application en la matière, les décisions des magistrats fluctuent dans tous les sens, aboutissant à des solutions contradictoires qui créent la confusion.

Dans l'immédiat, voici quelques règles que les entreprises devront respecter et qui, pour l'heure, leur permettront d'être en conformité avec les obligations légales.

D'une part, l'article 6-II de la Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique (LCEN) impose aux fournisseurs d'hébergement et aux FAI **une obligation de conserver les données d'identification**.

Il s'agit des données de nature à permettre l'identification des personnes ayant contribué à la création de contenus mis en ligne (blogs, pages personnelles, messages postés sur un forum...) afin de les communiquer aux autorités judiciaires ainsi qu'aux services en charge de la lutte contre le terrorisme pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales.

D'autre part, l'article L.34-1 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE) impose **une obligation de conserver les données de trafic.**

Les opérateurs de communications électroniques doivent conserver les données relatives au trafic pendant un an à compter du jour de l'enregistrement. Cette obligation se limite aux données techniques, à l'exclusion de toute information relative au contenu de ces communications dont la diffusion est prohibée. Selon l'article R.10-13 du CPCE, les catégories des données à conserver sont les suivantes :

- les informations permettant d'identifier l'utilisateur (adresse IP, adresse de courrier électronique, par exemple) ;

- les données relatives aux équipements terminaux de communication utilisés ;
- les caractéristiques techniques ainsi que la date, l'horaire et la durée de chaque communication ;
- les données relatives aux services complémentaires demandés ou utilisés et à leurs fournisseurs ;
- les données permettant d'identifier le ou les destinataires de la communication.

Le non-respect de cette obligation de conservation est sanctionné pénalement d'une d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende (et 375 000 euros pour une personne morale).

Section 3 : Le respect des droits de propriété intellectuelle

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE SUR LE SITE WEB

A • Quid de la création d'un site Web par un salarié de l'entreprise ?

Lorsque le site Web est créé en interne par les salariés de l'entreprise, se pose la question du titulaire du droit d'auteur.

Un site Web est du point de vue des droits de propriété intellectuelle, un objet complexe composé de divers éléments, soit au minimum :

- un code – une programmation informatique même non complexe ;
- des images fixes et / ou animées ;
- des textes ;
- des sons ;

De ce fait, plusieurs intervenants en différentes qualités sont susceptibles de participer à sa création :

- programmeurs ;
- infographistes ;
- auteurs des textes, etc.

Par principe, l'alinéa 3 de l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que l'existence d'un contrat de travail n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu à l'auteur sur son œuvre.

Bien que le site Web ait été créé en exécution d'un contrat de travail ou d'après les instructions de son employeur, le salarié jouit sur son œuvre (le site Web), du seul fait de sa création, d'un droit de propriété intellectuelle exclusif et opposable à tous. Il n'existe aucune présomption de cession au profit de l'employeur pour les besoins de l'entreprise. Cette cession expresse pourra porter sur les droits patrimoniaux du salarié (droit de reproduction ou droit de représentation), sous réserve de respecter :

- les conditions strictes de cession posées par l'alinéa 1er de l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle, à savoir : « *que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée.* » ;
- la prohibition de toute cession globale des œuvres futures³⁴.

Cependant, s'agissant de la programmation informatique du site Web, l'article L.113-9 du Code de la propriété Intellectuelle indique : « *Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires [au contrat de travail du salarié], les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer.* »

Cet article organise une cession légale et automatisée de la programmation du site Web au bénéfice de l'employeur.

Hormis le cas de la programmation informatique du site Web qui revient dans sa propriété à l'employeur, les droits d'auteur nés sur tout objet intégré dans un site Web restent, sauf clause de cession insérée dans un contrat, la propriété du salarié.

B • Les éléments de propriété intellectuelle présents sur le site Web

Les droits de propriété intellectuelle relatifs au site Web considéré restent la propriété exclusive de la Société éditrice. En conséquence, toute reproduction,

réutilisation... sans son autorisation préalable et expresse est donc interdite et constitutive du délit de contrefaçon de droit d'auteur.

Afin de permettre d'informer toute personne consultant le site Web que celui-ci est protégé au titre du droit d'auteur, il est conseillé d'insérer une mention légale sur chaque page du site, selon le modèle proposé ci-dessous :

« *Copyright © [Société éditrice du site Web] – 2005/2009 – tous droits réservés* ».

La première date correspond à la date de la première publication réelle du site : 2005, la seconde (2009) correspondant à celle de la dernière publication du site Web.

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE SUR LES ÉLÉMENTS INTÉGRÉS AU SITE WEB : LE CAS PARTICULIER DES LIENS HYPERTEXTES

Il est nécessaire que l'entreprise éditrice du site Web dispose de la titularité des droits portant sur l'ensemble des éléments constitutifs de son site (textes, graphismes, images, photographies, moteur de recherche interne...), l'ensemble des éléments de propriété intellectuelle intégrés au site considéré devra, au préalable, avoir été cédé à cette dernière.

Il conviendra donc de conclure des contrats de concession ou de cession des droits.

Le cas de renvois à des sites externes par le biais de liens hypertextes

Il est des cas relativement fréquents où le site Web renvoie à des sites externes grâce à des liens hypertextes.

34 - En matière de logiciel, l'article L.113-9 alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle prévoit une exception importante selon laquelle, « *Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer.* »

La création d'un lien hypertexte peut permettre la reproduction du site Web référencé. Or, en tant qu'œuvre de l'esprit au sens du Code de la propriété intellectuelle, les sites Web bénéficient d'une protection au titre du droit d'auteur. Dès lors, toute reproduction de ces sites sans autorisation peut être sanctionnée sur le fondement de la contrefaçon.

Deux hypothèses doivent être distinguées :

A • Les liens hypertextes externes simples

Il s'agit de liens qui renvoient à la page d'accueil du site cible. Par principe, ce type de lien ne comporte pas de risques de confusion ou de reproduction et est censé avoir été implicitement autorisé par tout éditeur de site Web.

Par principe, l'adresse URL n'est pas protégée par le droit d'auteur, sauf reprise d'un titre ou d'un slogan qui revêtirait une originalité suffisante ou reprise d'un logo ou d'une image protégée par le droit d'auteur, auquel cas il conviendrait d'obtenir l'autorisation des titulaires de droits concernés.

Par principe, les liens simples pointant vers d'autres sites sont autorisés.

B • Les liens hypertextes externes profonds

En revanche, la situation est plus délicate lorsqu'un lien hypertexte pointe directement vers une page secondaire d'un autre site Web sans y accéder par sa page d'accueil. Dans ce cas, la responsabilité de l'entreprise qui pointe vers le site Web d'un tiers peut être recherchée sur divers fondements.

➤ **Atteinte au droit du propriétaire référencé :** en tant que copie temporaire d'un autre site, ce procédé est susceptible de porter atteinte aux droits exclusifs de reproduction et de communication publique du propriétaire référencé ;

➤ **Concurrence déloyale et parasitisme :** le fait de s'approprier le contenu d'un site tiers en utilisant des liens laissant croire à l'internaute qu'il reste sur le même site peut être sanctionné sur le fondement de la responsabilité délictuelle (art. 1382 du Code civil) ;

➤ **Contrefaçon :** à titre d'exemple, l'insertion d'un lien hypertexte peut être sanctionnée lorsqu'il porte atteinte aux droits du titulaire d'une marque. C'est ainsi que la Société Europe 2 a été condamnée pour avoir permis délibérément l'accès à un site contrefaisant la marque NRJ³⁵ ;

➤ **Atteinte au droit moral :** La création de ce type d'hyperliens peut être de nature à violer le droit moral de l'auteur du site ciblé qui pourrait invoquer une dénaturation de son œuvre, au motif qu'elle est replacée dans un autre contexte (au sein du site Web « *liant* »).

Toute entreprise éditrice d'un site Web doit s'assurer qu'elle est autorisée à créer des liens hypertextes en sollicitant une autorisation du responsable du site ciblé :

➤ **par un simple échange précisant les conditions de réalisation de ces liens ;**

➤ **par un contrat de partenariat précisant les conditions d'établissement de ce type de lien et les responsabilités y afférentes.**

Dans tous les cas, pour réduire au maximum les risques de conflits :

➤ l'accès au site ciblé doit être réalisé grâce à l'ouverture d'une autre fenêtre pour indiquer clairement à tout utilisateur qu'il vient d'accéder à un nouveau site ;

➤ avant de créer des hyperliens, il convient de s'informer sur le contenu des mentions

35 - Arrêt de la cour d'appel de Paris, 19 septembre 2001, NRJ SA c/ Société Europe 2 Communication.

légales des sites ciblés et vérifier qu'il n'existe aucune interdiction absolue de créer de tels liens hypertextes vers le site visé. En cas de restrictions, la création de liens devra en tenir compte. À défaut de précisions, il convient de contacter le responsable de ce site afin de connaître sa position sur la création envisagée ;

- respecter les droits moraux de l'auteur du site ciblé ;

- citer de façon exhaustive les sources utilisées, en précisant le titre exact de l'article, nom de l'auteur et les références de la source, la date, l'heure si l'article est modifié régulièrement, en faisant apparaître en clair l'adresse profonde du site ciblé.

Section 4 : Les obligations imposées par le droit de la consommation

Le droit de la consommation, dans un souci de protection du consommateur, met l'accent sur l'importance d'une information large des consommateurs relative au produit lui-même mais aussi à son prix.

Information sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service

Selon l'article L.111-1 du code de la consommation, « *tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ».

À défaut, le professionnel s'expose aux sanctions pénales de la tromperie de l'article L. 213-1 ou à celles prévues par l'article L. 121-1 et suivants relatives à la publicité trompeuse.

Information sur les prix

Selon l'article L.113-3 du Code de la consommation, « *tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix (...)* ».

L'offre internationale à partir d'un site français n'échappe pas à cette obligation. L'exportateur français est en effet tenu de communiquer ses tarifs à ses clients étrangers.

L'article 5.2 de la Directive dite « *Commerce Électronique* » du 8 juin 2000 ajoute que : « *Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent au moins à ce que, lorsque les services de la Société de l'information mentionnent des prix, ces derniers soient indiqués de manière claire et non ambiguë et précisent notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus.* »

Enfin, l'article 19 de la LCEN prévoit : « *Toute personne qui exerce l'activité [de commerce électronique] doit, même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus.* »

Quelles que soient les modalités d'information utilisées, elles ne doivent laisser place à aucune équivoque quant à la relation entre les produits ou services offerts et les prix correspondants.

À un autre niveau, on sait que le prix doit être exprimé dans la monnaie du pays où l'offre est accessible.

Les modalités de paiement peuvent être également rattachées à l'information sur le prix (ou aux « conditions particulières de la vente » prévues par l'article L. 113-3 du Code de la consommation).

Le choix du système de paiement doit apparaître clairement tout comme le moment d'encaissement du prix ou les possibilités d'octroi d'un crédit.

Langue. Selon la Loi dite « Toubon », les mentions des étiquettes sont rédigées en français.

En pratique, l'emploi de la langue française reste assez problématique.

À cet égard, la Cour de justice des Communautés européennes³⁶ a souligné que :

« Les articles 30 du Traité et 14 de la directive 79/112 ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui prévoit que l'étiquetage des denrées alimentaires et les modalités selon lesquelles il est réalisé ne doivent pas induire l'acheteur ou le consommateur en erreur, notamment sur les caractéristiques des dites denrées – les articles 30 du Traité et 14 de la directive 79/112 s'opposent à ce qu'une réglementation nationale impose l'utilisation d'une langue déterminée pour l'étiquetage des denrées alimentaires, sans retenir la possibilité qu'une autre langue facilement comprise par les acheteurs soit utilisée ou que l'information de l'acheteur soit assurée par d'autres mesures. »

Dans le droit fil de cette jurisprudence, la directive du 20 mai 1997 relative aux contrats de vente à distance rejoint l'esprit de l'Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes qui prévoit que les informations préalables à la conclusion du contrat doivent être « fournies de manière claire et compréhensible par tout moyen

adapté à la technique de communication à distance utilisée, dans le respect notamment des principes de loyauté en matière de transactions commerciales ».

Au-delà des obligations spéciales applicables à toute forme de commerce, l'article L. 121-18 du Code de la consommation prévoit une obligation d'information renforcée. À ce titre, l'offre de contracter doit comporter des informations détaillées lorsqu'elle est adressée par un moyen de communication à distance :

- 1 > *Le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, son numéro de téléphone, son adresse ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de son offre ;*
- 2 > *Le cas échéant, les frais de livraison ;*
- 3 > *Les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ;*
- 4 > *L'existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas où les dispositions de la présente section excluent l'exercice de ce droit ;*
- 5 > *La durée de validité de l'offre et du prix de celle-ci ;*
- 6 > *Le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance utilisée lorsqu'il n'est pas calculé par référence au tarif de base ;*
- 7 > *Le cas échéant, la durée minimale du contrat proposé, lorsqu'il porte sur la fourniture continue ou périodique d'un bien ou d'un service. »*

Le dernier alinéa de l'article L.121-18 du Code de la consommation dispose enfin que :
« Ces informations, dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée. »

En pratique, le renvoi aux informations de l'article L.121-18 par un lien hypertexte facultatif semble exclu. Cela signifie également que le consommateur peut accéder aux informations utiles avant d'exprimer son acceptation de l'offre.

³⁶ - CJCE, 12 sept. 2000, Sté Casino France.

La responsabilité au travers de deux cas réels

Quelle responsabilité pour l'entreprise éditrice d'un site Web en cas de piège logiciel infectant à son insu son site Web ?

• SCÉNARIO 1 •

Une page d'un site Web d'une entreprise A est infestée d'un piège logiciel qui va rediriger, à leur insu, tous les internautes qui visiteront cette page sur le site du pirate. Cette connexion déclenche le chargement d'un cheval de Troie sur le poste de l'internaute permettant ainsi au cybercriminel de récupérer les informations confidentielles du poste de l'internaute. Les visiteurs du site de l'entreprise A ont subi un préjudice (PC infesté d'un virus/cheval de Troie), vol de données confidentielles sur leur poste (crédentiels d'accès).

>> Quelle est la responsabilité du site Web ?

Ce premier scénario illustre parfaitement le nouveau paradigme consécutif à l'avènement d'Internet, c'est-à-dire un monde où chacun est relié à l'autre et devient dès lors responsable de l'autre.

Du fait de cette évolution, on peut être tout à la fois victime et responsable juridiquement. Dans notre scénario, on retrouve bien deux types de victimes et un auteur de l'infraction.

L'auteur de l'infraction est le pirate qui a infesté la page Web de l'entreprise A avec un piège logiciel.

Les victimes sont :

- › les internautes ;
- › l'entreprise A, victime d'un accès frauduleux à son site Web (système de traitement automatisé – article 323-1 du Code pénal).

Pourtant, selon le scénario décrit ci-avant, on pourrait comprendre que c'est la faiblesse, voire la faille du site Web de l'entreprise A qui a permis le vol de données confidentielles dont a été victime l'internaute.

Si tel est le cas, la responsabilité civile de l'entreprise A pourrait effectivement être recherchée, soit parce qu'il aura été démontré une négligence fautive dans l'administration de son site Web, soit parce qu'il aura été démontré qu'elle savait ou aurait dû savoir qu'une infection était présente sur son site Web et qu'elle n'a pas agi en conséquence.

Dans ce cas, pour prévenir ce type de mésaventure, une entreprise doit au minimum démontrer :

➤ qu'elle a mis en œuvre tous les moyens de sécurité informatique considérés comme règles de l'art, c'est-à-dire admis par le marché comme moyens de sécurité minimum. Devant les tribunaux, la parole sera souvent, pour répondre à cette question, aux experts informatiques nommés par les juges ;

➤ qu'elle a réagi promptement, et mis en œuvre une stratégie judiciaire appropriée (plainte déposée) dès l'instant où elle a eu connaissance des agissements délictueux.

Quelle responsabilité pour l'entreprise éditrice d'un site Web qui s'est fait voler les données à caractère personnel qu'elle avait collectées grâce à son site Web ?

• SCÉNARIO 2 •

Un site Web collecte pour son activité des données personnelles sur ses visiteurs. Du fait d'une malveillance ou d'une erreur technique le contenu de cette base d'informations client est divulgué.

➤ **Quelle est la responsabilité du site et que peut-il lui être reproché ?**

➤ **Manque de protection, dans le cas d'un vol ?**

➤ **Faute technique dans le cas d'une erreur ?**

Au-delà d'une déclaration à la CNIL et d'obligations éventuellement spécifiques liées à la nature des données (carte bancaire, données santé...), quelles étaient les précautions minimum qu'aurait dû prendre le site vis-à-vis de ses données ?

>> Le site peut-il être tenu pour responsable, avec dommages et intérêts à la clef des conséquences de la diffusion d'informations

personnelles pour chacun des internautes concernés ?

Les données à caractère personnel, c'est-à-dire toutes les données « susceptibles » d'identifier directement ou indirectement une personne physique, sont des éléments « explosifs » auxquels toute entreprise qui procède à la collecte, se voit imposer par la Loi des Obligations de sécurité renforcées.

C'est l'article 29 de la Loi Informatique et Libertés du 6 Janvier 1978 qui formalisait il y a plus de trente ans déjà, cette obligation de sécurité renforcée vis-à-vis des données à caractère personnel, lequel article de Loi est devenu article 34 modifié par la Loi n°2004-801 du 6 Août 2004, comme suit :

« Le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles³⁷, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles ne soient déformées, endommagées ou que des tiers non autorisés y aient accès. »

La Convention du Conseil de l'Europe du 28 Janvier 1981 comporte en son article 7

37 - Souligné par nous.

des principes voisins puisqu'il y est question de prendre des « *mesures appropriées* » pour protéger les données à caractère personnel et éviter leur destruction accidentelle ou non ou leur perte.

C'est donc bien une obligation générale de sécurité, et même une obligation de résultat, qui pèse sur le maître du fichier.

Pour ceux qui en douteraient, rappelons que la Loi française sanctionne le manquement à l'obligation de sécurité d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 300 000 euros³⁸.

« Le fait de procéder ou de faire procéder à un traitement automatisé d'informations nominatives sans prendre toutes les précautions utiles pour préserver la sécurité de ces informations et notamment empêcher qu'elles ne soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. »

Prendre « *toutes précautions utiles* » revient là encore, comme pour le scénario 1, à donner la parole à la technique.

L'entreprise sera jugée au regard des diligences qu'elle a mises en œuvre -ou non- des moyens conformes aux règles de l'art pour protéger les données des tiers, qu'elle a collectées et auxquelles elle doit logiquement protection.

Cependant ici, à la différence du scénario 1, elle encourt des sanctions pénales rapportées ci-avant, outre l'obligation qu'elle aura, si elle a manqué aux précautions utiles de dédommager pécuniairement les victimes.

38 - Article 226-17 du Code pénal.



Conclusion

L'environnement Internet ne connaît pas encore à ce jour de disposition juridique décrivant les systèmes de protection minimum que le responsable d'un site Web serait tenu de mettre en œuvre. Toutefois, il existe des obligations à respecter en la matière.

À cet égard, il convient de rappeler que tout responsable de site Web est tenu de garantir la protection des données personnelles qui lui sont confiées. Le juge appréciera la pertinence du niveau de sécurité des données existant en fonction de la nature des données et des circonstances de l'espèce. À titre d'exemple, la responsabilité du responsable d'un site Web sera différemment appréciée selon que la fuite de données provienne d'une attaque ciblée et complexe ayant déjoué la sécurité de l'application ou que cette faille ait pour origine une négligence flagrante de sa part.

Sans entrer dans des considérations qui nous obligeraient à aborder des détails trop techniques, parmi la liste des obligations qui incombent au responsable d'un site Web, nous pourrions retenir que la vigilance et le respect des bonnes pratiques en constituent le maître mot.

En tout état de cause, afin de démontrer que le responsable d'un site Web a fait preuve d'un comportement responsable, ce dernier devra au minimum respecter les règles de l'art ainsi qu'un délai de réaction approprié.

Pour faire simple, il est possible de se concentrer sur trois axes majeurs qui permettent d'illustrer la démarche sécuritaire attendue :

Évaluer sa sécurité

La première des précautions à prendre en matière de sécurité est de connaître son infrastructure applicative. Un serveur Web peut devenir vulnérable en raison d'une erreur de configuration d'un correctif dont l'installation aurait été oubliée.

Une application peut présenter des failles à cause d'un bug dans le développement logiciel ou simplement de la mise en place d'une logique de conception inadaptée à l'environnement Internet. De nombreuses solutions techniques (audit, scanner...) existent pour apporter cette visibilité. Le but n'est pas ici de les détailler mais de sensibiliser

les exploitants de sites Web sur cette démarche qui se révèle fondamentale dans un environnement complexe de connaissance et d'évaluation tel que l'est Internet.

Filtrer le trafic

La Cybercriminalité est devenue une réalité quotidienne. Comme pour la messagerie avec le spam, l'analyse des flux Web montre qu'une part non négligeable du trafic se classe entre inutile et dangereux. Sur Internet comme dans le monde physique, la première étape d'une effraction commence par un repérage, effectué le plus souvent par des robots qui parcourent le Web à la recherche de sites mal configurés ou mal programmés. Bloquer l'accès à ces requêtes malsaines, qu'elles soient automatisées ou humaines, est une protection indispensable, tant pour prévenir que pour bloquer une éventuelle tentative d'attaque.

Assurer sa responsabilité

La responsabilité de l'entreprise déployant une activité via un site Web est à la fois nouvelle et multiple. Il serait illusoire qu'elle se prétend infaillible. Pérenniser l'entreprise et son business passe donc par une assurance capable de protéger l'entreprise et ses employés contre les éventuels dommages que pourraient entraîner un manquement à des obligations qui s'avèrent parfois difficiles à comprendre et ainsi, à maîtriser. Ces risques sont en effet nombreux et portent sur des domaines divers et variés, tels que :

- la protection des données à caractère personnel ;
- la divulgation d'informations confidentielles et l'atteinte à la vie privée ;
- la publicité comparative illicite et la contrefaçon ;
- la transmission de malwares ou de virus ;
- la diffamation et le dénigrement.

La couverture d'assurance est donc particulièrement importante. Elle l'est d'autant plus que, contrairement à de nombreuses idées reçues et comme expliqué dans le paragraphe précédent, les assurances Responsabilité civile habituelles ne couvrent pas l'activité réalisée via le Web. Une assurance spécifique, dite « *du fait du site* », est donc absolument nécessaire.

Le présent ouvrage a été réalisé sous la maîtrise d'œuvre d'Olivier ITEANU, Avocat, avec la collaboration de Klervi RENAUDIN, Juriste SELARL ITEANU
AVOCATS, Messieurs Éric BATTISTONI et Christophe GUYARD, Société BEE WARE.
Tous droits réservés - Société BEE WARE - Mai 2009
Conception / réalisation : [indexel](http://indexel.com) - www.indexel.com



Bee Ware SA
10, rue du Lieutenant Parayre
Espace Wagner, Bâtiment E
13858 Aix-en-Provence cedex 3
France

Tél : + 33 (0)4 86 68 51 70
Fax : + 33 (0)4 42 38 28 62
www.bee-ware.net